6300

6300

ЮРИДИЧЕСКАЯ

ЭНЦИКЛОПЕДІЯ,

ИЛИ

ОРГАНИЧЕСКОЕ ИЗЛОЖЕНІЕ

НАУКИ О ПРАВѢ И ГОСУДАРСТВѢ,

НА ОСНОВАНІИ ПРИНЦИПОВЪ

ЭТИЧЕСКОЙ ФИЛОСОФІИ ПРАВА.

Д-ра Г. Аренса.

ОРДИНАРНАГО ПРОФЕССОРА ФИЛОСОФІИ ПРАВА ИМПЕР. КОРОЛЕВ. УНИВЕРСИТЕТА
ВЪ ГРАТЦѢ.

Jus est ars bon et æqui
Celsus pr. D. 1. 1.

ПЕРЕВОДЪ СЪ НѢМЕЦКАГО.

МОСКВА.
Въ типографіи Александра Семена.
1863.

39
Библиотека [illegible]

Дозволено цензурой. Москва, 2 августа 1863 г.

63895

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Стран.

ПРЕДИСЛОВІЕ. . . . . . .

ВВЕДЕНІЕ. Понятіе, цѣль и раздѣленіе юридической энциклопедіи. 1

КНИГА ПЕРВАЯ. Основныя начала философіи права. . . . . .

ГЛАВА I. Основаніе идеи права. . . . . .

§. 1. Прудъувѣдомленіе. 7

§ 2. Психологическое изслѣдованіе понятія о правѣ. 8

§. 3. Дальнѣйшее развитіе понятія права изъ существа человѣка. A) Предварительное замѣчаніе, стр. 10. B) Выводъ права изъ существа человѣка и совокупности этическихъ жизненныхъ отношеній, стр. 11. C) Указанія понятія права въ дѣйствительной жизни, стр. 17. D) Отношеніе права къ нравственности, стр. 21.

ГЛАВА II. Изложеніе главныхъ моментовъ, содержащихся въ выведенныхъ принципахъ права. 24

Основаніе права стр. 24; цѣль права стр. 25; жизненныя отношенія стр. 27; правовыя отношенія стр. 28; право, какъ субъективный и объективный принципъ стр. 31; право есть понятіе органическое стр. 34; право есть принципъ историческій стр. 36; право есть принципъ національный стр. 37.

ГЛАВА III. Краткое сравненіе выведеннаго принципа права съ важнѣйшими теоріями исторіи философіи права. 39

ГЛАВА IV. О формахъ возникновенія и образованія права въ человѣческомъ обществѣ, или объ источникахъ права. 47

Вообще стр. 48; A) Непосредственные источники права: обычай и законъ стр. 52; B) Посредствующіе источники права: наука права и судебная практика стр. 58.

ГЛАВА V. О государствѣ. Понятіе, происхожденіе, цѣль, отношеніе къ обществу, конституція и администрація. 62

ГЛАВА VI. Объ органическомъ дѣленіи системы права; формальное дѣленіе на публичное и частное право и матеріальное (телеологическое), по цѣлямъ и сферамъ жизни; связь между основаніями того и другаго дѣленія. 73

КНИГА ВТОРАЯ. Исторія права.

Отдѣленіе первое. Историческо-философскіе принципы и дѣленіе на періоды исторіи права.

ГЛАВА I. Объ общихъ принципахъ, опредѣляющихъ развитіе права и государства у различныхъ народовъ. 88

ГЛАВА II. Идея права и государства, разсматриваемая сама по себѣ, въ ея внутреннемъ историческомъ развитіи.

§. 1. Предварительное замѣчаніе. 95

§ 2. Возникновеніе права. 96

§ 3. Дальнѣйшее развитіе права въ три главные періода. 99

Отдѣленіе второе. Исторія права и государства у замѣчательнѣйшихъ образованныхъ народовъ, въ особенности у Римлянъ и Германцевъ. 112

Подраздѣленіе первое. Краткій обзоръ понятія права у восточныхъ народовъ, разсмотреннаго въ связи съ ихъ умственной и нравственной культурой.

О развитіи цивилизаціи восточныхъ народовъ вообще. 114

§. 1. Индійцы. 119

§. 2. Древній Зендскій народъ, или Бактрійцы, Мидяне и Персы. 130

§. 3 Китай. 132

§. 4. Египтяне. 136

§. 5. Семетическіе народы вообще, въ особенности Евреи. 138

§ 6. Исламъ. 142

Подраздѣленіе второе. Право у Грековъ и въ особенности у Римлянъ. Предъувѣдомленіе. О различіи между пониманіемъ жизни и права у Грековъ и Римлянъ. 145

Отдѣлъ первый. Греки и ихъ воззрѣніе на государство и право. 148

Стран.

Отдѣлъ второй. Очеркъ исторіи римскаго права.
ГЛАВА I. О Римлянахъ вообще.
§. 1. Народные элементы Рима. 160
§. 2. О развитіи римской жизни и государства вообще. 163
ГЛАВА II. Обзоръ исторіи римскаго государства и права до Юстиніана. . . . 164
Первая эпоха—до законодательства XII таблицъ, 450 г. до Р. Х. стр. 165. Вторая эпоха — до единодержавія Августа. 31 г. до Р. Х. стр. 174. Третья эпоха—до Константина, 325 г. послѣ Р. Х. стр. 185. Четвертая эпоха до смерти Юстиніана, 565 г. стр. 194.
ГЛАВА III. Краткій обзоръ позднѣйшей судьбы Римскаго права.
I. На востокѣ. 198
II. На западѣ. 199
ГЛАВА IV. Краткая философская оцѣнка римскаго права
§. 1. Историческая оцѣнка. 209
§. 2. Оцѣнка римскаго права самаго по себѣ, относительно содержанія и формы. 221
§. 3. Вліяніе римскаго права на развитіе жизни и права новѣйшаго времени и значеніе его для правовой жизни и изученія права настоящаго времени. 229

Подраздѣленіе третье. Обзоръ исторіи права у христіанскихъ народовъ, въ особенности у Германцевъ.
Введеніе. О происхожденіи, характерѣ, пониманіи жизни и права кельтскихъ, германскихъ и славянскихъ племенъ вообще. 234
Отдѣленіе первое Обозрѣніе исторіи германскаго государства и права.
Раздѣлъ первый. Древнѣйшій историческій бытъ и правовое состояніе Германцевъ.
§. 1. Мѣсто жительства и племена древнихъ Германцевъ. 240
§. 2 Характеръ и религія древнихъ Германцевъ. 241
§. 3. Правовой порядокъ: 1) вообще, стр. 244; 2) отношеніе права къ религіи, стр. 245; 3) поселеніе и устройство территоріи стр. 245; 4) личныя и сословныя отношенія, стр. 247; 5) семейный союзъ; стр. 248; 6) государственное устройство, стр. 249.

Раздѣлъ второй. Обзоръ исторіи германскаго государства и права отъ поселенія германскихъ племенъ въ предѣлахъ римскаго міра до нашего времени. . . . 253

Отдѣлъ I. Очеркъ историческаго развитія публично-правовыхъ отношеній
Первая эпоха, Отъ переселенія до 888 г.
§. 1. Обзоръ внѣшней исторіи. 254
§. 2. Главныя перемѣны, происшедшія въ германской народной жизни, вслѣдствіе поселенія на римской территоріи. 258
§. 3. Публичныя отношенія періода Меровинговъ. 261
§. 4. Возникновеніе бенефиціальной системы. 263
§. 5. Каролингскія учрежденія. 267
Вторая эпоха, отъ 888 г. до вѣчнаго земскаго мира.
§. 1. Германская Имперія, какъ феодальная монархія. 271
§. 2. Внутренная организація государства. 272
Третья эпоха, отъ утвержденія вѣчнаго земскаго мира въ 1495 г. до уничтоженія имперіи въ 1806 г. 280
ПРИБАВЛЕНІЕ. Германскій союзъ. 284

Отдѣлъ II. Обзоръ исторіи источниковъ права.
§. 1. Первая эпоха. Источники права до распаденія Франкской монархіи. . . 285
§. 2. Вторая эпоха. Источники права съ 888 г. до вѣчнаго земскаго мира 1495 г. 287
§. 3. Третья эпоха Источники права съ 1495 г. до новѣйшаго времени. . . 293
Отдѣлъ III. Краткій обзоръ историческаго развитія, преимущественно, отношеній частнаго права. 301
I. Правовыя личныя отношенія, стр. 301; II. Правовыя отношенія къ вещамъ стр. 303; III. Правовыя отношенія къ дѣйствіямъ, или право требованій, стр. 308; IV. Семейное право, стр. 310; V. Наслѣдственное право, стр. 312; VI. Судъ и (гражданское) судопроизводство, стр. 313; VII. Уголовное право и уголовный процессъ стр, 314.
Отдѣленіе второе. О сродственныхъ правахъ ненѣмецко-германскихъ народовъ, или народовъ, обладающихъ германскими племенными элементами.
I. Права германскихъ ненѣмецкихъ народовъ. 319
II. Германское право въ романскихъ государствахъ. 321
ПРИБАВЛЕНІЕ. О главнѣйшихъ источникахъ исторіи права славянскихъ народовъ. 323
ЗАКЛЮЧЕНІЕ. §. 1. Оцѣнка нѣмецкаго права 325
§. 2. О необходимости новаго гражданскаго законодательства (кодификаціи). . 342

Стран.

КНИГА ТРЕТЬЯ. Система частнаго права въ его основныхъ чертахъ; философско-правовое основаніе положительнаго права и примиреніе римскаго и германскаго права настоящаго времени.

Введеніе.

§. 1. Понятіе и задача. 347
§. 2. Раздѣленіе системы, ... 349
§. 3. Юридическій методъ. 354

ОБЩАЯ ЧАСТЬ ЧАСТНАГО ПРАВА. Развитіе общихъ ученій о принципѣ, субъектѣ и объектѣ права; возникновеніе и прекращеніе права; объ охраненіи права и о владѣніи.

Отдѣлъ I.

§. 4. О важнѣйшихъ основныхъ положеніяхъ и правилахъ, вытекающихъ изъ принципа частнаго права. 372

Отдѣлъ II.

§ 5. О субъектѣ права. 378

Отдѣлъ III. Объ объектѣ права, или о вещахъ и дѣйствіяхъ.

§. 6. Вообще. 381
§. 7. О вещахъ. 382
§. 8. О дѣйствіяхъ, какъ предметѣ права. 386

Отдѣлъ IV. О правовыхъ отношеніяхъ и въ особенности о возникновеніи и прекращенія правъ.

ГЛАВА I. §. 9. Вообще. 389

ГЛАВА II. Въ особенности о дѣйствіяхъ, какъ причинахъ возникновенія и прекращенія правъ.

§. 10. Раздѣленіе. 391
§. 11. О способности воли. 391
§. 12. Объ ошибочныхъ опредѣленіяхъ воли. 392
§. 13. О правильныхъ опредѣленіяхъ воли. 395
§. 14. О содержаніи правовыхъ отношеній. I. Вообще, стр. 296; II. Различіе между содержаніемъ вещно-правовымъ и облигаціоннымъ; III. о содержаніи облигаціонныхъ сдѣлокъ стр. 397
§. 15. Въ особенности о побочныхъ опредѣленіяхъ, или объ условіи опредѣленія времени и цѣли. 400
§. 16. Объ изъявленіи воли и различныхъ его формахъ. 402

ГЛАВА III. §. 17. Объ основаніи права и объ отношеніи этаго основанія къ причинамъ возникновенія права и видамъ его пріобрѣтенія. 404

ГЛАВА IV. § 18. Объ образованіи правовыхъ отношеній въ пространствѣ и времени. 405

ГЛАВА V. §. 19. Объ охраненіи правъ. 407

ГЛАВА VI. § 20. Владѣніе. 408

ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ ЧАСТНАГО ПРАВА.

Отдѣленіе I. Общее личное право.

Подраздѣленіе первое. Общее личное право.

§. 21. О личныхъ правахъ вообще. 414
§. 22. Объ особенныхъ видахъ, или раздѣленіи личныхъ правъ. 417
§. 23. Объ юридическихъ лицахъ. 421
§. 24. Переходъ къ частно-экономическому, или имущественному праву. . . 425

Подраздѣленіе второе. Частно-хозяйственное (имущественное) право.

Отдѣлъ первый. Общее вещное право.

§. 25. Введеніе. Предварительныя замѣчанія. Основаніе. Понятіе и характеръ. Виды. 427

ГЛАВА I. Собственность и право собственности.

§ 26. Собственность. Основаніе. Объемъ. Понятіе и ограниченія собственности. 429
§. 27. Право собственности. 435
§. 28. Объ различныхъ видахъ и формахъ собственности. 435
§. 29. О пріобрѣтеніи и видахъ пріобрѣтенія собственности. 440

ГЛАВА II. §. 30. Особенныя вещныя права. 442

Второй отдѣлъ имущественнаго права. Общее оборотное, или (имущественно-) облигаціонное право.

Введеніе.

§. 31. Объ облигаціонномъ правѣ, самомъ по себѣ и его относительномъ положеніи къ вещному праву; основаніе облигаціоннаго права и дѣленіе его. . . 444

ОБЩАЯ ЧАСТЬ (имущественнаго) облигаціоннаго права.

ГЛАВА I. О понятіи, лицахъ, предметѣ, дѣйствіи и выполненіи облигацій.

§. 32. Понятіе и различіе облигацій и облигаціоннаго права. 448

Стран.

§. 33. О субъектѣ, или лицахъ облигаціи. 449
§. 34. О предметѣ облигаціи. 450
§. 35. Дѣйствіе облигаціи. 451
§. 36. О выполненіи облигаціи. 451
ГЛАВА II. §. 37. О распространеніи облигаціоннаго отношенія на третье лицо, (или лица), при возникновеніи, или перенесеніи облигацій. 452
ГЛАВА III. § 38. О прекращеніи облигацій. 453
ГЛАВА IV. О главнѣйшихъ видахъ облигацій вообще.
I. Дѣловыя облигаціи. A) Договоры.
§. 39. Объ основаніи и цѣли договоровъ и ихъ положеніи въ правовой системѣ. 455
§. 40. Понятіе договора въ его главнѣйшихъ моментахъ. 457
§. 41. Договорное дѣйствіе сначала до совершенія (perfectio) договора. . . 459
§. 42. Раздѣленіе договоровъ. 460
B) Односторонніе облигаціонныя сдѣлки. . . . . .
II. Обязательства, возникающія изъ правонарушеній и нѣкоторыхъ положеній и отношеній. . . . . .
ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ имущественно-облигаціоннаго права.
§. 43. Обзоръ главнѣйшихъ видовъ облигацій. 462
I. Дѣловыя облигаціи. . . . . .
A) Договорныя облигаціи. . . . . .
a) Матеріальные договоры.. . . . . .
I. Существенно отягощающіе лишь одну сторону (благодѣтельные) договоры: 1. Дареніе, стр. 462; 2. Ссуда, стр. 463; 3. Заемъ, стр. 463; 4. Сохранный договоръ, стр. 464; 5. Договоръ уполномоченія, стр. 464.
II. Договоры, существенно обременительные для обѣихъ сторонъ: 1. Мѣна, стр. 264; 2. Купля, стр. 464; 3. Наемъ, стр. 465: 4. Германскій Viehverstellungsvertrag, стр. 465; 5. Договоры по изданію, стр. 466; 6. Случайные договоры, стр. 466: a) страховые договоры, b) договоры на счастье, стр. 467.
b) Формальные договоры, стр. 468; въ особенности векселя, стр. 469.
B. §. 45. Односторонніе, или бездоговорныя дѣловыя облигаціи. 469
§. 47. Облигаціи, вытекающія изъ нѣкоторыхъ положеній и отношеній. . . . 470
Подраздѣленіе третье. §. 48. Общее общественное право.
I. Мѣсто, занимаемое въ системѣ права, стр. 471; II. Правовая сущность общества, стр. 471; III. Раздѣленіе обществъ, стр. 473; IV. Экономическія, или имущественныя общества, стр. 474; V. Право обществъ, стр. 474
Отдѣленіе второе. Особенное частное право, или право особенныхъ сферъ жизни и сословій.
ГЛАВА I. Частное право сферъ личности.
§. 49 Брачное и семейное право. 476
§. 50. Наслѣдственное право. 479
ГЛАВА II. §. 51. Особенное частное право дѣятельныхъ сферъ или сословій, организованныхъ по главнѣйшимъ цѣлямъ жизни. 482
A) Публично-правовая сторона этаго права. . . . . —
B) Частно-правовая сторона: I. Сельско-хозяйственное право, стр 484; II. Право промышленности, стр. 486; III. Торговое право, стр. 486.
КНИГА ЧЕТВЕРТАЯ. Публичное право
Отдѣлъ первый. Государственное и общественное право.
О современномъ состояніи этой науки и объ ея необходимой реформѣ; изложеніе главныхъ основаній этой реформы.
§. 1. Руководящія начала. 488
§. 2. Историческія основанія государственной жизни. 491
§. 3. Этическая цѣль государства 493
§. 4. Отношеніе государства къ обществу. 496
§. 5. Организмъ публичнаго права. 501
§. 6. Органически-сословное представительство въ государствѣ. 504
Отдѣлъ второй. Международное право.
§. 1. Понятіе этаго права и взгляды на его изложеніе. 510
§. 2. Обзоръ историческаго развитія международнаго права. 512
§. 3. Главнѣйшіе принципы международнаго права. 514
§. 4. Раздѣленіе международнаго права. 516
Прибавленіе, Юридическая методологія. 521

ПРЕДИСЛОВІЕ АВТОРА.

Издавая Юридическую энциклопедію," трудъ, которымъ я занимался въ продолженіи нѣсколькихъ лѣтъ, въ то время, когда уже появилось нѣсколько достойныхъ сочиненій по этой наукѣ, я могу найти оправданіе лишь *въ существенномъ* различіи моей точки зрѣнія и обработки предмета.

Послѣ благосклоннаго вниманія, какое встрѣтила во многихъ странахъ моя „Философія права", я намѣревался сдѣлать болѣе практическое примѣненіе и дать большее развитіе основнымъ положеніямъ, устранить встрѣчающіяся, въ моей Философіи права, недоразумѣнія, указать въ особенности на пользу въ достаточной мѣрѣ развитаго ученія о правѣ, преимущественно при уясненіи высшихъ руководящихъ принциповъ, какъ того требуетъ энциклопедія и наконецъ дать по возможности, философско-правовую обработку всего матеріала энциклопедіи. То положеніе, въ какомъ находится эта наука въ настоящее время, по моему мнѣнію, оправдывало это намѣреніе. Никто не будетъ отрицать благотворнаго вліянія исторической школы на болѣе основательное развитіе этой науки, въ особенности въ ученіи объ источникахъ права, равно какъ и въ болѣе цѣлесообразномъ распредѣленіи правоваго матеріала, и въ болѣе строгомъ опредѣленіи важнѣйшихъ правовыхъ понятій. Однако были оставлены существенные недостатки, такъ что новѣйшее направленіе науки, даже въ области римскаго права, стремится къ болѣе полному ученію объ источникахъ, требуетъ болѣе глубокаго вниканія въ сущность дѣла и сообразнаго съ послѣднимъ преобразованія понятій. Если съ другой стороны взять во вниманіе теперь снова оживившійся споръ между романистами и

германистами, споръ, коренящійся въ различіи воззрѣній на право, и наконецъ принять въ соображеніе до какой степени въ наукѣ права являются лишенными связи частное и публичное права, такъ что въ нихъ нѣтъ даже общаго принципа; вспомнивъ, что ученія объ источникахъ права приведеннаго въ частномъ правѣ по его односторонности, а отчасти и ложности нельзя придерживаться въ публичномъ правѣ, гдѣ требуется болѣе богатые по послѣдствіямъ принципы; вспомнивъ далѣе, какимъ образомъ публичное право, по аналогіи съ частнымъ правомъ, обработывается абстрактно, совершенно независимо отъ важнѣйшихъ этическихъ, религіозныхъ, нравственныхъ и народно — хозяйственныхъ отношеній, сообразивъ все это — по неволѣ придешь къ заключенію, что, если въ наукѣ существуетъ такой недостатокъ единства и связи, самыя основныя понятія должны быть существенно несостоятельны. При такомъ положеніи науки, я хотѣлъ сдѣлать посильную попытку, съ точки зрѣнія болѣе высокаго, по моему мнѣнію, пониманія права, внести большую связь въ цѣлое науки права и тѣмъ облегчить энциклопедическое обозрѣніе всей науки. По этому планъ и выполненіе должны быть совершенно иными.

Прежде всего слѣдовало выяснить *понятіе о правѣ*, избѣгая слишкомъ спеціальнаго изслѣдованія, однако согласно съ этическимъ основаніемъ права, съ его существенными моментами, и въ особенности съ столь важными отношеніями его къ нравственности. За симъ слѣдовало пополнить ученіе объ *источникахъ права*, опираясь на теорію *жизненныхъ отношеній*, которая, получивъ основаніе, должна была получить и дальнѣйшее развитіе, не забывая, что правовыя отношенія должны постоянно находиться въ связи съ этими жизненными отношеніями, образующими истинно объективное основаніе права, до сихъ поръ замѣнявшееся субъективною причиною образованія права, которая имѣла свое основаніе въ воли или сознаніи. Наконецъ, изложивъ основныя понятія, предстояло сдѣлать болѣе органическое подраздѣленіе науки о правѣ и государствѣ.

Исторія права съ одной стороны понимается какъ *цѣлое въ развитіи народовъ*, при чемъ однако, согласно съ преобладающею практическою потребностью, исторія *римскаго и нѣмецкаго* права получили болѣе полное обозрѣніе; съ другой же стороны исторія права находится въ болѣе тѣсной связи съ этическими жизненными отношеніями народа и эпохи, нежели какъ это дѣлалось до сихъ поръ. Исторіи права народовъ, существовавшихъ до Римлянъ и современныхъ имъ, посвященъ лишь краткій обзоръ, обращено вниманіе лишь на нѣкоторыя черты, имѣя въ виду дать лишь возмож-

ность уяснить себѣ различіе, отчасти между восточнымъ и западнымъ, отчасти же между греческимъ и римскимъ пониманіемъ права. Исторія индійскаго права изложена впрочемъ подробнѣе, потому что здѣсь и при настоящихъ уже свѣдѣніяхъ, можно указать на весьма важные начатки обычая и права, и ближайшее ихъ развитіе болѣе опредѣленно, нежели у какого либо другаго народа, а также и потому, что племенное родство Индійцевъ съ Греками, Римлянами, Германами и Славянами представляетъ много общаго въ воззрѣніи на жизнь и право:

При изложеніи исторіи *римскаго* и *нѣмецкаго* права, я могъ слѣдовать лишь за надежными руководителями. Впрочемъ, что касается исторіи римскаго права, я, не смотря на то, что мои силы не позволили мнѣ проложить болѣе самостоятельнаго пути, не могу вмѣстѣ съ тѣмъ утаить того мнѣнія, что въ сочиненіяхъ по исторіи права предстоитъ исправить многіе существенные недостатки, заключающіеся частію въ томъ, что не обращено достаточнаго вниманія на столь важные начатки развитія права, когда право въ обычаѣ и въ важныхъ своихъ частяхъ, какъ въ сакральномъ и жреческомъ правѣ, въ правѣ цензора наблюдать за нравами, получило дополненіе, а отчасти и ограниченіе; частію же въ томъ, что, рядомъ съ внѣшнею исторіею источниковъ, внутренняя исторія правовыхъ понятій не получаетъ почти никакой обработки, и вообще вся исторія права почти совершенно отрѣшена отъ основныхъ, нравственно жизненныхъ отношеній и состоянія послѣднихъ въ различныя эпохи. Въ моемъ изложеніи этого предмета я могъ сдѣлать лишь самые необходимые указанія и намеки. Можно впрочемъ надѣяться, что новѣйшія изысканія, содѣйствовавшія болѣе глубокому пониманію римскихъ жизненныхъ мотивовъ, не останутся безъ вліянія и на развитіе исторіи права.

Какимъ образомъ я энциклопедически обработалъ *основныя ученія гражданскаго права*, покажетъ само изложеніе; думаю однако, что посредствомъ болѣе глубокаго Философски-правового опредѣленія, еще столь во многихъ отношеніяхъ спорныхъ понятій объ имуществѣ, собственности и обязательствѣ, я отчасти способствовалъ къ примиренію воззрѣній римскаго и нѣмецкаго права.

Что касается *ученія о государствѣ*, то всякій можетъ убѣдиться, что въ этой энциклопедіи обращено бо́льшее, нежели въ другихъ энциклопедіяхъ вниманіе на этическія общественныя отношенія, что основныя понятія развиты согласно съ ихъ самыми важными практическими результатами, и вся наука раздѣлена органически.

Точно также какъ въ философіи права, которой этотъ трудъ долженъ служить дополненіемъ, я стремился этически связать право, не вредя его относительной самостоятельности, со всѣми жизненными благами и смотрѣть на него какъ на внѣшнее регулированіе этихъ благъ во взаимно обусловливающихся жизненныхъ и оборотныхъ отношеніяхъ, такъ и въ этомъ сочиненіи я старался, въ областяхъ, болѣе доступныхъ обыкновенному изученію права, открыть путь къ высшему этическому пониманію права, и тѣмъ, на сколько возможно достичь этого посредствомъ права, способствовать къ распространенію нравственнаго пониманія жизни, въ чемъ преимущественно нуждается наше время.

Грацъ 6 Мая, 1855 г.

Г. АРЕНСЪ.

ЮРИДИЧЕСКАЯ ЭНЦИКЛОПЕДІЯ

ВВЕДЕНІЕ

Понятіе, цѣль и раздѣленіе Юридической Энциклопедіи.

Энциклопедія есть вообще обзоръ какой нибудь науки во всемъ ея цѣломъ (1). Она будетъ общей, универсальной энциклопедіей, если будетъ вмѣщать въ себѣ, въ совокупности, всѣ человѣческія знанія, и будетъ частной энциклопедіей, если ограничится какою нибудь отраслію человѣческаго знанія. Цѣль энциклопедіи можетъ быть или полнѣйшее представленіе, или же только обзоръ всѣхъ человѣческихъ знаній, или какой нибудь одной науки. Въ обоихъ случаяхъ она можетъ быть формальной и матеріальной; смотря потому излагаетъ ли она только внѣшнюю связь различныхъ частей, или также принимаетъ въ расчетъ, по крайней мѣрѣ въ основныхъ чертахъ, и внутреннее содержаніе.

Предлагаемая юридическая энциклопедія, какъ введеніе въ науку, представитъ обзоръ цѣлаго науки о правѣ и государствѣ; а также, на основаніи высшихъ принциповъ права, представитъ связь различныхъ ея отраслей, равно какъ и существенныя основныя положенія всѣхъ главныхъ частей ея.

Задача энциклопедіи, какъ введенія въ какой нибудь курсъ науки, заключается вообще въ томъ, чтобы посредствомъ развитія основныхъ понятій и изложенія органической связи всѣхъ частей науки, сообщить начинающему руководящія данныя, дабы онъ, при самомъ началѣ изученія, ознакомился съ объемомъ и требованіями науки, для того, чтобы уяснить и облегчить ему дальнѣйшій и болѣе спеціальный путь изслѣдованія. Мысль, безъ общихъ философскихъ или энциклопедическихъ основныхъ понятій, должна удаляться отъ предмета и вести за собой чувство недовольства; потому необходимъ предварительный обзоръ науки во всемъ ея цѣломъ, для того чтобы, по возможности, поставить изучающаго

---

(1) Греки словомъ ἐγκυκλιος παιδεια обозначали въ совокупности всѣ науки и искуства, необходимыя для образованія каждаго свободнаго Грека. Римляне выражали это понятіе, какъ orbis doctrinarum (Quint. inst. orat. I. 10.). Въ XVI столѣтіи снова вошло въ употребленіе слово Cyclopaedia, Encyclopaedia, которое, какъ будетъ объяснено ниже, было понимаемо весьма многоразлично.

въ свободное отношеніе къ главному предмету и черезъ то облегчить свободный выборъ какой нибудь отдѣльной спеціальности.

Если, съ высшей точки зрѣнія, энциклопедія должна представлять собою истинный организмъ науки, то она должна способствовать высшимъ нравственнымъ цѣлямъ, должна стараться дать понятіе о человѣческой жизни во всемъ ея цѣломъ и о тѣсной взаимной связи жизненныхъ отношеній, должна предостеречь абстрактное, внѣшнее отдѣленіе мысли отъ факта.

Юридическая Энциклопедія можетъ выполнить такого рода задачу только въ такомъ случаѣ, когда она сама основывается на единомъ органическомъ началѣ, опредѣляющемъ руководящіе принципы и взаимную связь ихъ. Такая энциклопедія не можетъ быть отдѣлена отъ философіи права и не можетъ быть развиваема безъ основныхъ положеній послѣдней.

Отсюда объясняется появленіе юридической энциклопедіи, какъ науки, только вмѣстѣ съ возрожденіемъ философіи права и наукъ политическихъ, въ особенности же съ появленіемъ философіи Лейбница и Вольфа. Дальнѣйшая обработка и преобразованіе энциклопедіи совершались подъ вліяніемъ направленій различныхъ философскихъ школъ (2). Такъ появились впослѣдствіи различныя энциклопедіи, составленныя подъ вліяніемъ различныхъ новыхъ философскихъ системъ: формальной и абстрактной *Кантовой* философіи права; старавшейся провести принципъ организма во всѣ науки, идентической, натуральной философіи *Шеллинга*; діалектической философіи *Гегеля*, преслѣдующей духъ во всемірно-историческомъ развитіи; исторической школы (Савиньи и Гуго), старавшейся уяснить право исторически, въ живыхъ обычаяхъ народа (3).

Но такъ какъ въ наше время чувствуется ощутительная потребность въ философіи права, основывающейся на этикѣ, какъ наукѣ о совокупныхъ жизненныхъ отношеніяхъ человѣка и общества, поэтому и энциклопедія права должна слѣдовать такому высшему направленію и должна показать внутреннюю связь права со всѣми существенными жизненными отношеніями. Совершеннѣйшее ученіе о правѣ, государствѣ и обществѣ, основанное на этикѣ, представляетъ намъ въ настоящее время философская система Краузе. Потому послѣдуемъ этому этическому ученію философіи права, при нашемъ общемъ изложеніи развитія науки права, и тѣмъ самымъ ясно докажемъ, что истинно-философская обработка

---

(2) Изложеніе исторіи юридической энциклопедіи можно почерпнуть изъ замѣчательнаго, въ этомъ отношеніи, сочиненія Фридлендера: «Juristische Encyclopädie». 1847. S. 9–42.

(3) Общія понятія энциклопедіи были извѣстны еще въ средніе вѣка, когда названіями *Summa*, *speculum*, обозначались сочиненія о цѣломъ спекулативной теологіи, и наконецъ «Speculum juris» Вильг. Дурантиса, жившаго въ XIII-мъ столѣтіи, представляетъ намъ истинное зеркало всего тогда дѣйствовавшаго, гражданскаго и каноническаго права.

Реставрація философіи Бэкономъ (+1626) и Декартомъ (+1650) имѣла ближайшимъ слѣдствіемъ возрожденіе философіи права, что скоро повлекло за собою болѣе научную обработку энциклопедіи права. Замѣчательные философскіе умы тогдашняго времени — Пуффендорфъ, Лейбницъ, Томазій, проложили путь къ болѣе раціональной обработкѣ энциклопедіи права: Пуффендорфъ своимъ «Elementa Jurisprudentiæ universalis»; Лейбницъ, уже тогда помышлявшій объ общемъ законодательствѣ Германіи, своимъ «Nova Methodus discendæque docendæque jurisprudentiæ ex artis didacticae principiis» 1668; Томазій же преподавалъ всемірную энциклопедію съ университетской кафедры и написалъ сочиненіе: «Summarischer Entwurf der Grundlehren, die einem studioso juris zu wissen nöthig» 1669.

Въ духѣ Лейбнице-Вольфовой философіи права, но только въ болѣе формально-логическомъ, нежели внутреннемъ единствѣ, пытался переработать энциклопедію права *Нетельбладтъ* во многихъ своихъ сочиненіяхъ, въ особенности въ «Systema elementare universae jurisprudentiæ etc. 1749, 2-te Aufl. 1762 и въ «Von dem ganzen Umfang der natür-

права есть лучшій путь къ его разумному пониманію; ибо, уважая съ одной стороны, требованія нравственно-праваго прогресса, истинная философія, съ другой стороны, умѣетъ цѣнить и условія жизни и существующіе обычаи, выработанные исторіей, и, такимъ образомъ, соединяетъ въ себѣ какъ историческую, такъ и философскую систему права.

Важныя заблужденія въ философіи вообще и въ абстрактно-формальной философіи права въ особенности, имѣли въ послѣднее время своимъ слѣдствіемъ общее недовѣріе къ этимъ наукамъ. Этому думали помочь не опроверженіемъ заблужденій, посредствомъ болѣе глубокаго изслѣдованія истины, а совершеннымъ отреченіемъ отъ всякой философіи и изученіемъ лишь исторіи и дѣйствительной жизни. Однако такое изученіе не можетъ вполнѣ одно удовлетворить умъ, стремящійся къ полному знанію, и юношество, предоставленное въ области философіи самому себѣ, попало въ другую крайность: отвернулось отъ всего положительнаго и считало абстрактныя и поверхностныя теоріи единственно-вѣрными. Вотъ почему необходимо строго опредѣлить отношеніе философіи къ исторіи и дѣйствительной жизни вообще, а государственной въ особенности, такъ чтобъ мыслящій умъ, принимая данныя, добытыя философскимъ изслѣдованіемъ, съумѣлъ бы достойно оцѣнить и результаты, выработанные исторіей. Такого рода изложеніе особенно важно для науки о правѣ и государствѣ, — науки, имѣющей столь близкое отношеніе къ жизни. Наука эта должна ясно показать, что право не есть произведеніе человѣческаго произвола, но что оно есть порядокъ, созданный Богомъ для жизненныхъ отношеній, и что правовыя отношенія глубоко связаны въ этомъ порядкѣ со всѣми другими этическими, особенно нравственными отношеніями.

---

lichen und der in Deutschland üblichen positiven gemeinen Rechtsgelehrsamkeit» 1772. Въ эту эпоху вообще появилось весьма много сочиненій, изъ авторовъ которыхъ особенно замѣчателенъ *Нюттеръ*, старавшійся глубже проникнуть въ положительное существо права, а потому сочиненія его отличаются весьма свѣтлымъ взглядомъ. Изъ сочиненій Нюттера особенно важны: «Entwurf einer juristischen Encyclopädie» Göt. 1757 и «Neuer Versuch einer juristischen Encyclopädie u. Methodologie» 1767. Другія замѣчательныя сочиненія этой эпохи суть: *Мейстера*-«Ueber das juristische Studium,» Berl. 1780; *Брунквеля*—«Isagaye in univ. jurispr.»; *Шотта* — «Entwurf einer juris. Encyclop. und Method.» 1771, 6 Aufl. von *Kees* 1794. и *Рейтемейера*—«Encyclop. und Geschichte der Rechte in Deutschland» 1785.

Новая эпоха для энциклопедіи права начинается съ распространеніемъ философіи *Канта*. Критическій духъ, возбужденный этой философіей во всѣхъ наукахъ, отразился разумѣется, и на наукѣ права, но результатомъ такого вліянія для послѣдней было впрочемъ только болѣе формальный принципъ права и внѣшнія, формальныя раздѣленія энциклопедіи. Подъ вліяніемъ этой философіи писали: *Тафингеръ*—«Encycl. u. Gesch. der Rechte in Deutschland, 1789, 2-te Aufl. 1800; *Ейзенгардтъ*— «Die Rechtswissenchaft nach ihrem Umfange, ihren einzelnen Theilen u. Hülfswissenschaften, 1795, 2-te Aufl, 1804; *Цахаріе*—«Grundlinien einer wissenschaftlichen jurist. Encyclopädie» 1795; *Гуфеландъ*—«Institutionen des ges. pos. Rechts, oder systematische Encyclop.» 1798, 2-te Aufl. 1803; *Тибо* —jurist. Eucyclop. u. Method.» 1797. Формально логическій духъ Кантовой философіи, вмѣстѣ съ глубокими историческими изслѣдованіями права, въ особенности Римскаго, высказалъ *Гуго* въ своемъ, весьма распространенномъ, сочиненіи, подъ заглавіемъ «Lehrbuch der juristischen Encyclopädie, 1792, 8-te Auflage 1835. Философія Шеллинга вызвала первыя попытки понять право, какъ организмъ, но вслѣдствіе крайне-неудовлетворительнаго пониманія права и государства, она не могла достигнуть вполнѣ истинной органической разработки матеріи права. Въ этомъ отношеніи замѣчательны попытки органической разработки права: *Гуммеля* «Einleitung in das gesammte positive Recht

Истинная задача этической науки права состоитъ потому въ представленіи жизни, въ цѣлостности и совокупности всѣхъ ея отношеній, движущихъ основныхъ силъ ея, идеальныхъ и реальныхъ факторовъ этого порядка, въ которомъ созданные Богомъ жизненные законы должны познаваться разумомъ, и выполняться нравственно-правовой свободой. Направить умъ къ истинному пониманію жизни, къ живому представленію вещей и ихъ взаимныхъ отношеній, — вотъ въ чемъ заключается истинная задача науки права. Но для этого не должно привязывать изучающаго къ положительному праву, взятому изъ прошедшей или современной жизни народовъ; необходимо только, чтобы онъ заранѣе научился понимать ту органическую связь, которая существуетъ между правомъ и другими жизненными отношеніями: религіозными, нравственными, экономическими. Только такимъ образомъ можно пробудить, присущее человѣческой душѣ, стремленіе къ единству и любовь къ наукѣ въ ея высшей связи со всѣмъ содержаніемъ жизни. Пониманіе такой связи права съ религіозною, нравственною и экономическою сторонною народной жизни, всегда ведетъ къ осмотрительности, обдуманности и истинной житейской мудрости; ибо познавая внутреннюю связь между всѣми жизненными учрежденіями, мы всегда поймемъ, что каждое существенное измѣненіе въ одномъ изъ нихъ должно непремѣнно вести за собою измѣненіе во всѣхъ остальныхъ. Чтобы противодѣйствовать, до сихъ поръ преобладающему въ жизни и наукѣ, механическому направленію (понимающему все механически, отрывочно), чтобы возбудить лучшія стремленія и дать уразумѣть всѣ разносторонніе условія жизненныхъ отношеній, — необходима такая философія права, которая отражала бы въ себѣ этическій организмъ жизни. Задача энциклопедіи, исходящей изъ основныхъ началъ такой философіи права, состоитъ въ томъ, чтобы показать все значеніе послѣдней во всѣхъ областяхъ права.

Такую задачу предоставила себѣ предлагаемая энциклопедія права, которая раздѣляется на слѣдующія части или книги:

Первая книга заключаетъ въ себѣ изложеніе *основныхъ философскихъ ученій о правѣ и государствѣ* не во формѣ постулятовъ философіи права, но въ самомъ ясномъ развитіи этихъ ученій, вмѣстѣ съ анализомъ нашего внутренняго сознанія. Особенное вниманіе обращено здѣсь на тѣ стороны права, которыя всего болѣе важны для жизни и для правильнаго пониманія положительнаго права. Сюда относится опредѣленіе права и выводъ его изъ этики; отношеніе его къ добру,

---

4. Bände, 1804;—и потомъ хотя небольшое, но за то весьма остроумное сочиненіе *Рудгарта* «Encyclopädie u. Method. der Rechtswissenschaft» 1812 (Фидлендеръ ошибался, принимая это сочиненіе обработаннымъ по началамъ философіи Фихте). Подъ вліяніемъ *Гегелевой* философіи писали: *Аббегъ* [— «Encyclop. und Method. der Rechtswissenschift im Grundrisse,» 1823; *К. Т. Пютманъ* «Der Inbegriff der Rechtswissenschaft oder jurist. Encyclop. u. Method.» 1846. Въ послѣднемъ сочиненіи видна попытка понять право въ его всемірно-историческомъ развитіи, но такая попытка далеко не увѣнчалась успѣхомъ. *Историческая школа*, сдѣлавшая науку права болѣе положительной, имѣла также вліяніе на энциклопедію права. Но такъ какъ эта школа отказалась отъ чисто философскихъ принциповъ и такъ какъ безъ послѣднихъ не можетъ обойдтись научная энциклопедія, то составители послѣдней, приверженцы школы исторической, брали философскіе принципы то у Канта и Фихте, то у Гегеля и Шталя, модифицируя ученія этихъ философовъ на разные лады. Сюда принадлежатъ энциклопедіи, составленныя подъ вліяніемъ сочиненій *Гуго*, весьма распространенныя: «Juristische Encyclopädie Фалька, 4-е изданіе 1853 г. Игеринга; Пухта, Encyclopädie, als Einleitung zu Institutionen,-Vorlesungen 1825, *Фр. Блума* вновь переработанная въ его Cursus der Institutionen B. 1 (erstes Buch). 1841, новѣйшее изд. 1853; Encyclopädie der in Deutschland geltenden Rechte 1847—1854. Послѣднее сочиненіе, въ общей части хотя весьма

къ жизненнымъ благамъ и жизненнымъ цѣлямъ; представленіе органически—этической цѣли государства и органическое раздѣленіе всей науки о правѣ и государствѣ. Такое обозрѣніе философіи права не должно однако походить на какой-то научный парадъ, выставляя главныя философскія положенія, безъ всякой связи ихъ съ положительнымъ правомъ, какъ это дѣлается большею частію энциклопедій. Мы постараемся напротивъ найти практическое примѣненіе основныхъ началъ философіи ко всѣмъ отраслямъ науки.

Вторая книга содержитъ въ себѣ *исторію права* Римскаго и Германскаго, какъ преимущественно практически для насъ важныхъ. Этому отдѣлу однакоже предшествуетъ общее философское обозрѣніе развитія права и государства, во всѣ важнѣйшія эпохи всемірной исторіи. Цѣль этого обозрѣнія состоитъ въ томъ, чтобы доказать и на основаніи исторіи, что право и государство развиваются всегда подъ вліяніемъ высшихъ религіозныхъ и нравственныхъ идей, что потому право и государство никогда не имѣли самобытной, творческой силы, приписываемой имъ тѣми, которые думаютъ, что благо человѣчества зависитъ лишь отъ улучшеній въ правовомъ и государственномъ порядкѣ, и что слѣдовательно и въ наше время успѣшная практическая дѣятельность обусловливается тѣснымъ соединеніемъ права съ высшими человѣческими идеями. Собственно изъ исторіи права, обширнѣйшее изложеніе получатъ право Римское и Германское. Этимъ мы конечно не хотимъ отрицать всей важности подробнаго изслѣдованія права и у другихъ народовъ, Индѣйцевъ, Китайцевъ, Персовъ, Египтянъ, Евреевъ и Грековъ; — мы только отказываемся отъ такого изложенія потому, что не имѣемъ почти ни однаго самостоятельнаго сочиненія по этому предмету, на которомъ могло бы основываться подробное изслѣдованіе. Исторія Римскаго и Германскаго права представлена преимущественно со стороны ея внутренняго развитія, изложено практическое значеніе каждой изъ этихъ правовыхъ системъ, равно какъ и ихъ сравнительная оцѣнка.

Третья книга содержитъ въ себѣ общее изложеніе главныхъ положеній *частнаго положительнаго права*. Но понятіе положительнаго есть понятіе весьма относительное, — оно является различнымъ во всѣхъ различныхъ законодательствахъ и пониманіе его весьма шатко въ Германіи, потому что до сихъ поръ практическое отношеніе между Римскимъ и Германскимъ правомъ не опредѣлено ни практически, ни теоретически, — вслѣдствіе чего мы не могли также принять, въ

неудовлетворительно, на за то второй отдѣлъ, содержащій въ себѣ очеркъ сравнительной науки права, по своей полнотѣ, весьма замѣчателенъ.

Болѣе самостоятельно писали энциклопедіи за границей (т. е. по отношенію къ Германіи), куда вирочемъ обработка этой науки проникла поздѣе: *Anne den Tex* — Encyclopädia jurisprudentiae, Amstelod. 1835; *A. Roussel*—Encyclopädie du droit, Bruxelles 1843; *Eschbach*, Cours d'introduction gènèrale á l'ètude du droit ou manuel d'encyclopèdie juridique, Paris, 2-ème édit. 1845. Изъ нѣмецкихъ сочиненій также заслуживаютъ вниманія: *Велькера*— Die Universal—und die juristisch—politische Encyclopädie u. Methodologie, 1829. (Этого сочиненія вышла только первая часть, которая помѣщена также во введеніи къ Staatslexikon v. Rotteck u. v. Welcker); *Пертгаллера* Recht u. Geschichte, zur encyclopädischen Einleitung in das Studium der juridisch politischen Wissenschaften, Wien. 1843; *Фридлендера* «Juristische Encyclopädie 1847; *Л. Арндтса*, Juristiche Encyclop. und Method., 2-te Aufl. 1850 (хотя и краткая, но отличающаяся весьма яснымъ опредѣленіемъ понятій); *А. Виросцила*, Encyclopädie u. Method. des juridisch-politisch. Studiums, Ofen 1852 (замѣчательна по строгому методу, выдержанному во всѣхъ частяхъ сочиненія и по богатству литературы науки права въ Австріи). Послѣднее и самое замѣчательное сочиненіе Juristische Encyclopädie, oder organische Darstellung der Rechtswissenschaft, 1853, *Варнкенига*, выдающееся своей полнотой исторической обработки и богатствомъ литературы, но принятые авторомъ философскіе принципы далеко неудовлетворительны, слишкомъ внѣшни и мало объясняютъ сущность предмета.

этой части, ни одно положительное право за исходный пункт. Понятіе каждаго правоваго института выводится прежде всего изъ природы вещей, т. е. изъ сущности, лежащихъ въ основаніи его, жизненныхъ отношеній; вмѣстѣ съ тѣмъ разсматривается противоположный взглядъ Римскаго и Германскаго права, и наконецъ приводятся взгляды новѣйшихъ законодательствъ. Этимъ самымъ указывается на основанія *сравнительной юриспруденціи*, полная обработка и изложеніе которой имѣли бы несравненно болѣе развивающее вліяніе на юношество, чѣмъ постоянное приковываніе мысли то къ одному, то къ другому положительному праву.

Четвертая книга заключаетъ въ себѣ *основныя ученія государственнаго и международнаго права*. Въ государственномъ правѣ мы обратили особенное вниманіе на этическую сторону всѣхъ важнѣйшихъ вопросовъ, на отношеніе государства къ обществу вообще и ко всѣмъ формамъ общественной жизни, а также строго опредѣлено ученіе объ администраціи, по всѣмъ отраслямъ послѣдней. При обозрѣніи международнаго права, мы разсматривали преимущественно практическіе вопросы.

Пятая книга содержитъ въ себѣ краткую *методологію*, т. е. научное указаніе на лучшіе пріемы при изученіи науки права.

КНИГА ПЕРВАЯ.

ОСНОВНЫЯ НАЧАЛА ФИЛОСОФІИ ПРАВА.

ГЛАВА I.

ОСНОВАНІЕ ИДЕИ ПРАВА.

§ 1. Предварительное замѣчаніе.

Въ жизни человѣчества вездѣ, во всѣ времена проявляется глубоко укоренная вѣра въ высшее существо, въ добро и нравственность, въ правду, право и справедливость. Эти идеи такъ крѣпко и внутренно связаны между собою, что сомнѣніе въ какой нибудь одной изъ нихъ влечетъ за собой сомнѣніе во всѣхъ остальныхъ и одна безъ другой они не могутъ быть полно и правильно поняты. Потому отдѣленіе права отъ добра и нравственности всегда влечетъ за собой ошибочное пониманіе, одностороннее представленіе правовыхъ жизненныхъ отношеній. Эти идеи, требующія и пополняющія другъ друга, повидимому имѣютъ одно общее начало. Указывая на высокое въ сознаніи и въ жизни человѣка всѣ эти идеи имѣютъ ту общую черту, что онѣ не могутъ быть выведены путемъ *внѣшняго опыта*, всегда несовершеннаго, ограниченнаго только пониманіемъ конечнаго и условнаго, преходящаго и измѣняющагося. Поэтому первоначальный источникъ пониманія такихъ идей долженъ быть отыскиваемъ внутри человѣка, въ его *сознаніи*, управляющемъ внутренними способностями и дѣятельностью человѣка. Потому изслѣдованіе сознанія должно служить точкой отправленія для познанія тѣхъ идей и въ особенности идеи права.

Идея *права* и *справедливости* отличается отъ другихъ подобныхъ ей высшихъ, жизненныхъ идей своимъ болѣе непосредственно-практическимъ характеромъ, потому что жизнь людей въ обществахъ не мыслима безъ надлежащаго законнаго укрѣпленія самыхъ существенныхъ жизненныхъ отношеній. Отсюда изслѣдованіе понятій о правѣ само собою упрощается, но, вмѣстѣ съ тѣмъ, является опасность, чтобы высшая идея права, цѣль которой-постоянное развитіе и совершенствованіе жизни, не была смѣшиваема съ тѣмъ положительнымъ и историческимъ понятіемъ о правѣ, которое почерпается изъ данныхъ учрежденій.—Такого уклоненія слѣдуетъ избѣгать. Но также ошибоченъ будетъ и противоположный путь, по которому понятіе о правѣ строится чисто *a priori*, не потвержденное указаніемъ на исторію и дѣйствительную жизнь. Пожалуй такой путь изслѣдованія еще можетъ быть оправданъ въ другихъ наукахъ, гдѣ дѣло идетъ о чисто умозрительныхъ понятіяхъ; но такое изслѣдованіе будетъ, во всякомъ случаѣ, односторонпимъ, по отношенію къ праву, которое имѣетъ своимъ предметомъ непосредственно дѣйствительную жизнь. Потому идея права, добытая философіей права должна быть не доказываема, но подтверждаема опытомъ, т. е. исторіей и дѣйствительной жизнью. Всякая идея, данная какъ принципъ права, но несогласная въ своихъ существенныхъ пунктахъ съ дѣйствительностью, никогда не можетъ быть истиннымъ понятіемъ права.

Методъ, которому нужно слѣдовать при философскомъ изслѣдованіи права, указуется самою сущностью понятій права. Этотъ методъ долженъ основываться прежде всего на изслѣдованіи *сознанія* и присущей ему общей идеи о правѣ; потомъ послѣдняя должна быть разложена на свои составныя части, *анализирована*, и найденное такимъ образомъ аналитическое понятіе должно быть сравниваемо съ дѣйствительностью—съ данными правовыми отношеніями. Но это, найденное психологическимъ образомъ, аналитическое понятіе не представляетъ еще достаточнаго ручательства за свою полноту; при разсматриваніи отдѣльныхъ признаковъ его, могутъ быть пропущены весьма важные моменты и можетъ быть пропущено болѣе глубокое основаніе права: право обхватываетъ только одну опредѣленную сторону человѣческой дѣятельности, между тѣмъ какъ есть еще много другихъ сторонъ, тѣсно связанныхъ между собою и имѣющихъ одно общее основаніе въ *существѣ* человѣка. Потому, для полнаго уясненія идеи права, человѣкъ долженъ быть обнятъ не съ одной стороны правовыхъ жизненныхъ отношеній, но во всей цѣлостности и полнотѣ своего бытія, и потомъ уже, изъ суммы всѣхъ человѣческихъ жизненныхъ отношеній, должно выдѣлить ту особенную сторону, которая будетъ обозначена понятіемъ права. Разность въ методѣ, при изслѣдованіи права, повлекла за собой появленіе различныхъ школъ философіи права, ибо всякій исходный пунктъ и всякій путь изслѣдованія ведутъ къ свойственому имъ своеобразному пониманію. Въ правильномъ же, полномъ, всестороннемъ методѣ должны быть разсмотрѣны, по возможности, во взаимной связи между собою, всѣ моменты болѣе или менѣе соприкасающіеся съ правомъ, которое только такимъ образомъ и можетъ быть полно и правильно понято. На основаніи предъидущаго замѣчанія, мы разсмотримъ, прежде всего, идею право психологически, на основаніи того, что говоритъ намъ наше сознаніе; потомъ выведемъ право изъ существа человѣка.

§ 2. *Психологическое изслѣдованіе понятія о правѣ.*

Когда мы спрашиваемъ наше *сознаніе*: что такое право? то у насъ прежде всего является мысль, что это понятіе есть чисто субъективное, выходящее за предѣлы внѣшняго опыта. Простымъ отвлеченіемъ отъ отдѣльныхъ данныхъ жизненныхъ отношеній или учрежденій не можетъ быть выведено понятіе о правѣ, ибо каждое абстрактное понятіе вмѣщаетъ въ себѣ только предметъ, служащій его субстратомъ. Каждое отвлеченное понятіе, выведенное изъ опыта, выражаетъ, что *нѣчто* есть *то* или *то*, но оно не говоритъ намъ, что это нѣчто должно быть *тѣмъ* или *другимъ*. Но, въ силу присущей нашему существу идеи права, мы уполномочиваемъ себя обсуждать и даже поставлять требованія, чтобы существующія отношенія и учрежденія *измѣнялись* и *улучшались*, согласно нашему внутреннему пониманію права. Такое притязаніе, возникающее невольно въ нашемъ сознаніи, на основаніи лежащей въ немъ идеи права, не успокоивается до тѣхъ поръ, пока не осуществитъ своихъ требованій. Слѣдовательно, идея права представляется намъ, какъ бы заключеннымъ внутри насъ, высшимъ масштабомъ, по которому мы разбираемъ и судимъ жизненныя отношенія. Но эта идея прежде всего находится въ нашемъ сознаніи только въ неопредѣленной всеобщности, вслѣдствіе чего сужденія, основанныя на этомъ масштабѣ, до такой степени различны, что легко пожалуй, съ перваго взгляда, можетъ установиться мнѣніе, что идея права—идея не прирожденная, не первоначальная, иначе сужденія не были бы такъ противорѣчивы. Но основанія этого противорѣчія заключаются главнымъ образомъ въ томъ, что общая мысль, заключающаяся въ нашемъ сознаніи, не развивается обыкно-

венно въ строго опредѣленное понятіе, согласно всѣмъ общественнымъ признакамъ послѣдняго, посредствомъ продолжительнаго размышленія и методическаго изслѣдованія. Идя далѣе, къ ближайшему и болѣе тѣсному опредѣленію идеи права, намъ представится *существенное ея отличіе* отъ другихъ подобныхъ ей идей, присущихъ также нашему сознанію, какъ-то: идеи правды, красоты и т. д. Отличіе это заключается въ практичности этой идеи передъ всѣми остальными: она относится преимущественно къ *дѣятельной волѣ*, а не къ чувству или способности познавательной. Есть только одна идея, имѣющая съ идеею права ближайшее родство и осуществляемая, также какъ и послѣдняя, *волею* человѣка, — это идея *нравственно-добраго*, имѣющая въ нашемъ сознаніи одно общее опредѣленіе съ правомъ.

Теперь, разсматривая идею права совершенно отрѣшенно, независимо отъ ея происхожденія и отношенія къ другимъ идеямъ, мы увидимъ, что она имѣетъ свою отдѣльную сферу, свое собственное назначеніе, указывающее своими правилами и нормами, какъ и какимъ образомъ должна направляться свободная дѣятельность человѣка въ отношеніи къ себѣ самому и другимъ — однимъ словомъ, мы увидимъ, что въ правѣ содержатся требованія, *какъ мы должны поступать въ отношеніи другихъ и насъ самихъ*. Хотя господствуетъ мнѣніе, что области права подлежатъ только отношенія человѣка къ другимъ людямъ, дѣятельность же человѣка въ отношеніи себя самого составляетъ предметъ морали, но такое мнѣніе противорѣчитъ нашему внутреннему сознанію, и на языкѣ всѣхъ образованныхъ народовъ существуетъ сужденіе, что тотъ или другой человѣкъ дѣйствуетъ въ отношеніи себя самаго, по праву или не по праву. Вѣренъ, или ошибоченъ извѣстный взглядъ или сужденіе нашего внутренняго сознанія — это можетъ рѣшиться впослѣдствіи; теперь же послѣдуемъ въ точности только требованіямъ нашего внутренняго сознанія.

Право, какъ норма нашихъ поступковъ представляется какъ бы *понятіемъ объ отношеніи* нашей дѣятельности къ какому нибудь объекту. Итакъ, понятіе права есть понятіе относительное, а не понятіе о какомъ нибудь простомъ качествѣ; также не идея абсолютнаго и безконечнаго; ибо, хотя право имѣетъ свое высшее начало въ безкопечномъ и абсолютномъ, но само право, т. е. *проявленіе этой абсолютной идеи, конечно и условно*, потому-что оно выражаетъ всегда отношенія конечныя и условныя. Разсматривая эту особенность отношеній, называемыхъ нами словомъ право, мы находимъ, что оно выражаетъ только такія человѣческія отношенія, въ которыхъ предполагается *соразмѣрность* и *соотвѣтственность*; гдѣ же такой соотвѣтственности нѣтъ, тамъ не можетъ быть и рѣчи о правѣ.

Итакъ право обозначаетъ только *соразмѣрность и соотвѣтственность отношеній*. Этотъ характеръ права общъ и для другихъ идей, какъ напр. для идеи правды, выражающей также соотвѣтственность и согласіе нашей мысли съ извѣстнымъ даннымъ предметомъ; но разница заключается въ томъ, что идея правды требуетъ соотвѣтствія и согласія съ даннымъ предметомъ *только нашей мысли*, а право требуетъ *соотвѣтственности поступковъ, дѣяній или недѣяній*

Изъ этихъ признаковъ понятія права, какъ оно представляется въ нашемъ сознаніи, вытекаетъ важдое заключеніе, что это понятіе обхватываетъ *реальныя*, или, такъ называемыя, *объективныя* человѣческія отношенія, что *воля*, или, говоря точнѣе, *свобода*, посредствомъ которой осуществляется право, хотя и субъективна, но, дѣйствуя на міръ объективный, сама опредѣляется имъ.

Итакъ, не одна *воля* или *свобода* творитъ право, но оно имѣетъ свое основаніе и въ отношеніяхъ человѣческой жизни, которыя, прежде всего, должны быть точно изслѣдованы, чтобы сообразно съ ними могла дѣйствовать воля всѣхъ людей вообще и каждаго лица въ отдѣльности. Слѣдовательно, въ правѣ оказывается два момента: *объективный и субъективный*. Первый самъ собою заключается въ жиз-

ненныхъ отношеніяхъ; послѣдній, т. е. субъективный, имѣетъ своимъ основаніемъ свободно-дѣйствующую волю, которая опредѣляетъ эти отношенія. Ни одинъ изъ этихъ моментовъ не можетъ быть обойденъ въ наукѣ права. Если не будетъ признанъ моментъ объективный, то право окажется порожденіемъ произвола, незнающей никакихъ ограниченій свободы; правовыя отношенія будутъ постоянно колебаться; однимъ словомъ, будетъ дано мѣсто только свободному произволу въ образованіи и преобразованіи права.

Если же, съ другой стороны, будетъ упущенъ изъ виду моментъ *субъективный*, то право окажется слѣпою силою природы, а правовыя отношенія, какъ бы передаваемымъ намъ по наслѣдству изъ рода въ родъ, давящимъ ярмомъ, заранѣе указавшимъ всему извѣстный порядокъ. Слѣдовательно, свобода должна пониматься, какъ принадлежность и сила жизненнаго образованія права; но для этой свободы существуетъ *правило, норма,* лежащій въ основѣ человѣческихъ отношеній и изъ нихъ самихъ выведенный *законъ*, сохраняющій порядокъ во всѣхъ правовыхъ отношеніяхъ, созданныхъ свободной волей человѣка.

Обнимая теперь всѣ моменты, найденные нами только психологическимъ анализомъ, мы можемъ сформулировать слѣдующее понятіе о правѣ: *право есть норма, опредѣляющая соотвѣтственность свободныхъ дѣйствій или употребленія свободы въ человѣческихъ жизненныхъ отношеніяхъ.*

Но это понятіе далеко неудовлетворительно, ибо оно во многихъ отношеніяхъ неопредѣленно и неясно. Мы знаемъ, прежде всего, силу осуществляющую право, т. е. *волю, свободу*, но мы еще вѣрно не опредѣлили, въ чемъ состоятъ *человѣческія жизненныя отношенія*, гдѣ ихъ *причина* и что составляетъ ихъ содержаніе. Мы также не имѣемъ еще отчетливаго понятія о томъ, въ чемъ состоитъ соотвѣтственность, потому что она предполагаетъ въ насъ высшій масштабъ, по которому должно обсуждаться. Все это сдѣлается намъ яснымъ и понятнымъ, если мы размотримъ существо человѣка, во всей его полнотѣ и цѣлостности, ибо эти разнообразныя отношенія имѣютъ своимъ основаніемъ существо человѣка. Соотвѣтственность же этихъ отношеній должна опредѣляться какою нибудь цѣлью человѣческой жизни.

§ 3. *Дальнѣйшее развитіе понятія права изъ существа человѣка.*

А. — Предварительное замѣчаніе.

Такой взглядъ,—выведенный нами изъ психологическаго анализа нашего внутренняго сознанія, требующій, для полнѣйшаго разпознанія права, тщательнаго изслѣдованія существа или природы человѣка, былъ отчасти уже извѣстенъ древней философіи права. *Платонъ* и *Аристотель* взяли за основаніе своихъ ученій о правѣ и государствѣ изученіе человѣка, *Цицеронъ* (1) доказываетъ небходимость такого основанія. Дальнѣйшій же успѣхъ новѣйшихъ философскихъ теорій права, которыя появились въ послѣдніе три вѣка, зависѣлъ главнымъ образомъ отъ того, что они старались яснѣе показать: *какъ и какимъ* образомъ должно вывести право изъ природы человѣка. Въ этомъ и заключается важнѣйшій общій вопросъ

---

(1) De leg. 1. E. 5. Natura juris explicanda est nobis, eaque ab hominis repetenda natura и въ обоихъ своихъ сочиненіяхъ «de lege» и «de officiis», Цицеронъ при разрѣшеніи главныхъ вопросовъ обращается къ философскому ученію о человѣкѣ.

всѣхъ философскихъ системъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и тотъ пунктъ, въ которомъ онѣ разошлись и удалились другъ отъ друга въ своихъ взглядахъ и выводахъ. Но ближайшее основаніе разногласія философскихъ системъ должно быть, главнымъ образомъ, отыскиваемо въ томъ, что существо или природа человѣка разсматривались ими съ какой нибудь одной точки зрѣнія, съ какой нибудь одной стороны, а слѣдовательно каждая философская система содержитъ въ себѣ правду, но правду одностороннюю. Такъ хотѣли вывести право и правовой порядокъ изъ какой нибудь одной *потребности* человѣческой природы: изъ *своекорыстнаго*, эгоистическаго или *несвоекорыстнаго* влеченія къ общежитію (Гроціусъ и Пуффендорфъ); потомъ, изъ необходимости *охранить* общественный порядокъ сильною государственною властію (Гоббесъ);—или изъ особенныхъ жизненныхъ цѣлей: изъ стремленія къ *благу* и *благополучію* (Лейбницъ и Вольфъ), или изъ *общей цѣли* къ общей свободѣ, къ *свободѣ всѣхъ* (Кантъ), Было признано также, что въ этихъ теоріяхъ права, особенно въ послѣдней, весьма мало дано мѣста дѣйствительной жизни; потомъ появились требованія, что право не должно быть выводимо изъ какого нибудь воображаемаго естественнаго состоянія, изъ общихъ принциповъ, построенныхъ a priori, но чтобы оно было обнято и распознано въ своемъ *историческомъ развитіи*, какъ понятіе само по себѣ историческое и образующееся народною жизнью. Наконецъ религіозно этическое направленіе, признавшее за христіанствомъ огромное вліяніе на преобразованіе жизни новыхъ народовъ и на всемірную исторію вообще, искало основанія для философіи права въ христіанскомъ ученіи о существѣ и жизни человѣка. Неоспоримо, что во всѣхъ этихъ системахъ есть своя большая или меньшая доля правды, но въ нѣкоторыхъ уже, съ перваго взгляда, проглядываетъ одностороннее направленіе по ихъ односторонникъ началамъ; другія же приводятъ къ болѣе или менѣе односторонникъ результатамъ. Полнѣйшее пониманіе права можетъ быть, по возможности, достигнуто только тогда, когда человѣкъ будетъ разсмотрѣнъ во всемъ *разнообразіи* и *полнотѣ* своего существа, своей жизни и жизненныхъ цѣлей и право будетъ опредѣлено такимъ образомъ въ его различныхъ моментахъ. Попробуемъ слѣдовать такому образу мыслей при дальнѣйшемъ разсужденіи нашемъ о правѣ.

Выводъ права изъ существа человѣка и совокупности этическихъ жизненныхъ отношеній.

Если разсматривать человѣка въ томъ положеніи, которое онъ занимаетъ въ міровомъ порядкѣ и во всѣхъ сферахъ жизненной дѣятельности, то онъ представится, подобно другимъ конечнымъ существамъ, вездѣ и во всемъ обусловленнымъ: ни въ какой сферѣ своей дѣятельности человѣкъ не можетъ удовлетворить себя самъ. Рѣзко выдающееся богатство силъ и способностей человѣка еще болѣе увеличиваетъ его зависимость, еще болѣе усугубляетъ нужду его въ помощи, черезъ что его внутреннія силы развиваются и ростутъ еще болѣе. Но, съ другой стороны, человѣкъ ощущаетъ въ себѣ способность, силу предчувствовать, вѣрить, распознавать *безконечное* и *безусловное*; равно какъ направлять и опредѣлять свою волю согласно его представленію о высшемъ и безконечномъ такъ, что границы его существа разширяются и даже отчасти устраняются, исполняются пробѣлы съ тѣмъ, чтобы по возможности уничтожить условность своего существа посредствомъ возстановленія необходимыхъ для того условій. Это постоянное стремленіе расширить границы своихъ знаній и дѣятельности, находится у каждаго человѣка въ большей или меньшей степени, сознательно или безсознательно; и чѣмъ болѣе развивается человѣкъ, тѣмъ яснѣе онъ ощущаетъ въ себѣ приро-

щеніе силы и способности: понимать и усвоивать все болѣе и болѣе, такъ, что съ развитіемъ его внутренней силы постоянно увеличивается его *воспріимчивость*. Это стремленіе выйти за предѣлы условнаго и конечнаго не можетъ быть объяснено изъ природы человѣка, какъ существа конечнаго, а обличаетъ въ человѣческомъ духѣ присутствіе и дѣйствіе безусловнаго и бозконечнаго, т. е. *Бога и божественнаго*. Потому высшая изъ человѣческихъ способностей, *разумъ*, должна быть понимаема какъ *божеская искра*, какъ *органъ божества*, дѣйствующій въ человѣкѣ. Человѣкъ существо разумное; разумъ возводитъ все существо его, всѣ его способности и силы на высшую ступень бытія. Черезъ разумъ человѣкъ становится *лицемъ*, получаетъ *личность*, ибо онъ, черезъ божественность, заключающуюся въ немъ, является существующимъ самъ для себя и самъ по себѣ есть цѣль. Черезъ разумъ человѣкъ возвышается своими мыслями и познаніями надъ чувственнымъ міромъ, понимаетъ во всякой идеѣ безусловное и безконечное, постигаетъ высокое значеніе бытія и жизни. Черезъ разумъ человѣкъ является существомъ *свободнымъ*, потому что его воля, опредѣляясь по началамъ истины и добра, способна возвыситься надъ чувственностью.

Такимъ образомъ человѣкъ представляется съ *двухъ сторонъ*: онъ конеченъ и обусловленъ вездѣ, во всемъ; и въ то же время, въ существѣ его есть начало безусловнаго и безконечнаго, проявляющееся въ немъ какъ высшая, дѣйствующая, жизненная сила. Эта постоянная противоположность, чувствуемая нашимъ сознаніемъ, между конечнымъ нашимъ бытіемъ и требованіемъ высшихъ началъ, разрѣшается и соглашается тѣмъ, что человѣкъ свободно постановляетъ для себя *цѣль жизни*, которой потомъ, на основаніи своего настоящаго бытія, достигаетъ, или предполагаетъ достигнуть въ близкомъ или отдаленномъ будущемъ. Въ этой *цѣли* соединяется для человѣка конечное и безконечное: чѣмъ онъ *не есть*, *тѣмъ онъ долженъ сдѣлаться*. Этой цѣлью соединяетъ человѣкъ настоящее и будущее; послѣднее открывается ему какъ безконечное, ибо цѣли человѣческой жизни, сами по себѣ, безконечны и не могутъ быть достигнуты конечнымъ существомъ человѣка, какъ бы ни была богата его натура.

Теперь разсмотримъ, въ чемъ же состоитъ *цѣль человѣческой жизни?* Цѣль собственно одна, которая потомъ уже развѣтвляется на множество отдѣльныхъ цѣлей. Единая, полная цѣль человѣческой жизни заключается прежде всего въ совершенствованіи, въ полномъ развитіи человѣческаго существа. Человѣкъ, мощью божественности, въ немъ заключенной, развивая всѣ свои способности и силы сообразно разуму, и изъ безконечной области бытія и жизни постоянно заимствуя и усвоивая себѣ то, чего ему недостаетъ, пополняется и постоянно осуществляетъ цѣль своей жизни. Отсюда, вся человѣческая жизнь есть стремленіе къ *законченности*, *полнотѣ*, *совершенству*, что и есть единая, общая, постоянная и истинная цѣль жизни всего человѣчества.

Но эта *общая, главная цѣль* достигается человѣкомъ различными направленіями дѣятельности, отмѣченными каждое своимъ специфическимъ характеромъ; однако всѣ они находятся въ постоянной внутренней связи и взаимнодѣйствіи между собою, такъ что ни одно изъ нихъ не можетъ быть полно и совершенно понято безъ отношенія ко всѣмъ остальнымъ.

Въ высочайшей мѣрѣ человѣкъ пополняется *религіею*, какъ единеніемъ съ *Богомъ*. Въ религіи внутренно уподобляется человѣкъ всей своей *личностью* Богу, какъ своему *первообразу*, т. е. внутренно соединяется со своимъ первоначальнымъ источникомъ сознанія, съ абсолютнымъ безконечнымъ существомъ, которое не только создало вселенную по необходимости, какъ міровая душа, какъ міровой духъ, но которое также, какъ мудрое Провидѣніе, управляетъ міромъ и жизнью человѣка. Гдѣ же Богъ представляется тожественнымъ со вселенною или съ человѣчествомъ, тамъ существованіе религіи не мыслимо.

Разсмотримъ теперь назначеніе человѣка, смотря потому, какъ онъ исполняетъ его своими различными способностями: *мыслью, знаніемъ, чувствомъ и волею.*

Со стороны мысли и познаванія, въ различныхъ сферахъ бытія и жизни, человѣкъ совершенствуется *наукою*, соглашающею мысль съ существующимъ, въ чемъ и заключается *истина*. Наука, по различнымъ сферамъ бытія и жизни, по различнымъ источникамъ знаній, образуетъ систему наукъ.

Между тѣмъ какъ наука обхватываетъ жизнь, безконечное и безусловное со стороны мысли и знанія, *искусство*, даетъ общимъ идеямъ и понятіямъ опредѣленную, духовную или матеріяльную *форму*, съ помощью индивидуализирующей *фантазіи и чувства*, понимающаго частное въ общемъ. Искусство будетъ *изящное*, если форма, какъ представленіе, опредѣленной *идеи*, сама для себя есть цѣль; если же, черезъ приложеніе общихъ понятій, законовъ, силъ, въ особенности силъ природы, полученныя произведенія должны будутъ служить средствомъ для достиженія другихъ цѣлей, то такое искусство будетъ называться *искусствомъ полезнымъ, ремесломъ*.

Наука и искусство, т. е. истина, прекрасное и полезное, направленныя къ совершенствованію конечнаго существа человѣка, соединяются между собою въ *преподаваніи* и, болѣе тѣсно, въ воспитаніи.

Религія, наука, искусство (изящное и полезное) и воспитаніе даютъ человѣческой жизни полнѣйшее *содержаніе*, и въ жизни человѣка нѣтъ ничего такого, чтобы не обхватывалось этимъ содержаніемъ, т. е. не подлежало бы области религіи, науки, искусства (изящнаго и полезнаго) и воспитанія.

Но это содержаніе жизни должно быть разсматриваемо на столько, на сколько оно осуществляется человѣческой волею, какъ способностью причинности. Отсюда проистекаетъ понятіе о добрѣ.

Понятіе это не представляетъ никакого другаго, новаго содержанія; оно есть только совокупное представленіе всего содержанія жизни, долженствующаго осуществиться волею т. е. единой общей цѣли, заключающей въ себѣ различныя цѣли жизни. Добро различается по содержанію этихъ жизненныхъ цѣлей. *Высочайшее добро* есть Богъ и божественное, когда воля человѣка, въ религіозномъ пареніи къ Богу, стремится осуществить въ жизни божественное. Наука и искусство являются добромъ, взаимно пополняющимъ и помогающимъ другъ другу; воспитаніе же, понимаетъ самаго человѣка какъ добро, способное постоянно развиваться. Добро, по отношенію къ способности чувствовать, есть *благо*. Цѣль добра есть всегда и цѣль блага, которая также многоразлична, какъ и самое добро.

Но добро, которое, само по себѣ, есть едино и составляетъ единую общую цѣль всего человѣчества, *осуществляется* человѣческою волею *двоякимъ образомъ*, при чемъ отражается и двойственность человѣческой природы: безконечное, безусловное, конечное и условное. Такъ какъ эти обѣ стороны присущи существу человѣка и объусловливаются его человѣчностью, то и добро должно осуществляться зависимо отъ этихъ двухъ, хотя и различныхъ началъ, но за то внутренно связанныхъ. Отсюда, съ одной стороны, добро осуществляется безусловно, на основаніи высшаго божественнаго начала, присущаго человѣческой природѣ; съ другой же стороны, оно осуществляется условно, въ конечныхъ условныхъ жизненныхъ отношеніяхъ, въ зависимости отъ различныхъ обстоятельствъ, сопровождающихъ его осуществленіе. Оба эти рода осуществленія добра суть только *видоизмѣненія, формы*, въ которыхъ добро является въ жизни, то есть *благо формальное*, въ отличіе вышеозначеннаго, образующаго содержаніе добра, которое назовемъ *благомъ матеріальнымъ*. Формальное благо, или формы осуществленія добра, содержащія въ себѣ условность и безусловность для человѣческой воли, суть *нравственность* и *право*. Оба послѣднія понятія (т. е. нравственность и право) могутъ быть опредѣлены теперь еще точнѣе.

1) Подъ *нравственностью* мы разумѣемъ такія дѣйствія человѣка, въ которыхъ *онъ совершаетъ добро безусловно, чисто, ради самаго добра.*

Кантъ, конечно, оказалъ неоспоримую заслугу, признавши безусловность и чистоту нравственнаго принципа или мотива. Но основаніе нравственности Кантъ искалъ въ категорическомъ императивѣ чистаго разума; истинное же основаніе нравственности заключается собственно въ томъ, что человѣкъ хотя условленъ и конеченъ, но божественною силою разума имѣетъ способность постигать идею Бога и божественнаго, какъ безусловную истину;—и его воля (т. е. человѣка), какъ высшій божественный даръ, постигаетъ и сознаетъ, что все доброе происходитъ отъ Бога, какъ божественное и безконечное, которое она непремѣнно должна хотѣть и исполнять безусловно. Въ этомъ и заключается нравственная чистота побужденій, въ которыхъ и выражается нравственность. Нравственныя дѣянія уподобляютъ человѣка Божеству. Какъ Богъ творитъ добро безусловно въ безконечной жизни, такъ и человѣкъ, въ своей конечной жизни, долженъ доказать на дѣлѣ присущую ему божественную силу, желая и совершая добро ради только самаго добра. Но здѣсь должно быть сдѣлано различіе между простымъ добромъ и нравственнымъ добромъ. Добро есть вообще все то, что существеннымъ образомъ составляетъ цѣль жизни и способствуетъ къ достиженію этой цѣли. Человѣкъ можетъ дѣлать много добра себѣ и другимъ; онъ можетъ многимъ помогать, онъ можетъ даже пріучиться дѣлать добро; но если это добро и помощь другимъ является безъ любви, безъ чистаго желанія добра, для того только, чтобъ показать себя, или изъ другихъ какихъ интересовъ; если человѣкъ не побуждается, при достиженіи добра—когда оно абсолютно, какъ религія, наука, искусство,—чистою любовью къ нему, или, если оно относительно,—дѣлаетъ его не изъ побужденія служить своимъ разумнымъ цѣлямъ, то такія дѣянія не нравственны и добро, которое дѣлаетъ человѣкъ, благо, котораго онъ достигаетъ, не имѣютъ для него той высокой цѣны, какъ добро, совершенное чисто, только по однимъ нравственнымъ побужденіямъ. Нравственное намѣреніе, побужденіе, постоянно располагающее человѣка къ содѣянію добра, называется *добродѣтелью.* Въ высшемъ смыслѣ, добродѣтель точно также, какъ и добро, существуетъ *одна*, опредѣляя и обхватывая собой всю жизнь человѣка, всѣ сферы его дѣятельности, но она раздѣляется по различію сферъ человѣческой дѣятельности и по различію цѣлей человѣческой жизни. Такъ въ отношеніи религіи будутъ добродѣтелями: благочестіе, смиреніе, покорность и т. п.; въ наукѣ: любовь къ истинѣ и правдивость; въ изящномъ искусствѣ: благородное и гармоническое олицетвореніе истинной красоты; въ полезныхъ искусствахъ (въ различныхъ областяхъ промышленности): обладаніе, распоряженіе, укрощеніе и совершенное подчиненіе себѣ всѣхъ силъ природы для того, чтобы онѣ служили средствами къ достиженію высшихъ цѣлей жизни; наконецъ въ воспитаніи будетъ добродѣтелью: постоянное самообразованіе, самоусовершенствованіе и споспѣшествованіе къ образованію другихъ. Къ этимъ добродѣтелямъ, которыя опредѣляются объективными цѣлями жизни, причисляются добродѣтели, относящіяся уже до чисто-субъективныхъ, личныхъ отношеній; къ нимъ принадлежатъ: любовь, довѣріе, желаніе блага и т. п. Но всѣ эти добродѣтели должны содержаться и быть гармонически связанными, для взаимнаго пополненія, въ одномъ стремленіи къ божественно-доброму. Отсюда, ученіе о нравственности въ ея постоянномъ проявленіи составляетъ, въ означенномъ смыслѣ, предметъ науки о *добродѣтели* или *морали.*

Но рядомъ съ нравственностью является, тѣсно связанное съ нею понятіе, правильное и отчетливое пониманіе котораго, составляло до сихъ поръ величайшую трудность, ибо оно не такъ просто, какъ простая нравственность, относящаяся до чистыхъ побужденій и намѣреній къ содѣянію добра, но оно указываетъ на многоразличныя условія, отъ которыхъ зависитъ осуществленіе добра въ жизни; для полнаго пониманія этого понятія требуется тщательное изслѣдованіе и сообра-

женіе разнообразнѣйшихъ жизненныхъ отношеній, въ которыхъ оно проявляется. И хотя это понятіе проявляется въ дѣйствительности въ высочайшей мѣрѣ обусловленнымъ, оно до такой степени практически важно, что еслибы и не было ему дано надлежащаго мѣста и опредѣленія въ области науки, то разумный инстинктъ народовъ все-таки безпрерывно прилагалъ бы его къ своимъ безотлагательнымъ жизненнымъ нуждамъ.

Но наука и жизнь обняли это понятіе какъ *право*, которое можетъ быть показано теперь еще яснѣе, посредствомъ болѣе тѣснаго опредѣленія этого понятія и указанія его въ дѣйствительной жизни.

2) По данному антропологическому и этическому выводу права изъ существа человѣка и изъ добра, обхватывающаго собой многоразличныя цѣли жизни, право, прежде всего, понимается какъ *совокупность условій, поставленныхъ свободною волею человѣка, для достиженія разумныхъ цѣлей жизни*, или, короче, какъ совокупность условій разумной, т. е. нравственно-доброй жизни, какъ отдѣльныхъ личностей, такъ и человѣческихъ обществъ.

Въ этомъ понятіи заключаются три главныхъ момента: нравственно-добрая, разумная цѣль жизни является моментомъ *объективнымъ*; человѣческая воля представляетъ моментъ *субъективный*, и наконецъ *отношеніе* этихъ моментовъ между собой, т. е. условіе, какъ цѣлесообразность, которая сама по себѣ, хотя и объективна, но, получая свое начало въ свободной волѣ человѣка, содержитъ въ себѣ также и субъективную сторону. Такъ что право, такимъ образомъ разсматриваемое, въ отношеніи условности, представляется на столько же субъективнымъ началомъ, на сколько и объективнымъ.

Но въ этихъ моментахъ есть весьма важное для права понятіе *условія*, которое нужно точно опредѣлить и отдѣлить отъ сродственныхъ ему понятій *причинности* и *средства*.

Условіемъ называется вообще все то, что, опредѣляетъ бытіе или дѣятельность чего либо другаго. Но въ наукѣ права принимаются въ расчетъ только условія, установленныя свободною волею человѣка, а не тѣ, которыя являются независимо отъ его воли и способностей, т. е. *созданные Богомъ законы природы*, которымъ подчинены бытіе и жизнь человѣка. И такъ, условіемъ въ правѣ представляется все то, отъ чего зависитъ дѣятельность, какъ отдѣльныхъ лицъ, такъ и цѣлаго общества. Но эта дѣятельность устремляется на достиженіе разумной, нравственно-доброй цѣли жизни: отсюда условіе, въ правѣ (2), есть вообще все то, отъ чего зависитъ дѣятельность отдѣльныхъ лицъ и цѣлаго общества въ достиженіи разумной, нравственно-доброй цѣли жизни.

Понятіе *условія* нельзя смѣшивать съ понятіемъ *средства*. Средство есть вообще относительное добро, которое полезно другому добру, служащему цѣлью. Собственно говоря, всякое добро должно служить средствомъ для другаго болѣе высокаго добра, но, въ органической связи и взаимнодѣйствіи всѣхъ благъ, высшее благо служитъ средствомъ для низшаго, такъ напр. въ извѣстныхъ случаяхъ, великіе результаты науки, а также выводы нравственности, суть также и средства къ дости-

---

(2) Общее философское понятіе условія гораздо обширнѣе, нежели то, которое представляется положительнымъ правомъ, какъ частное опредѣленіе какого нибудь отдѣльнаго юридическаго случая. Но также и въ положительномъ правѣ, какъ основательно замѣтилъ Seufert (въ своемъ „Praktisches Pandectenrecht I. §, 76“) и другіе, понятіе условія является въ болѣе обширномъ смыслѣ; подъ нимъ разумѣется иногда, нетолько одинъ, опредѣленный, частный случай, но и всѣ видоизмѣненія его, мало того, всѣ вообще предположенія его, дѣлающія юридическими извѣстныя дѣйствія или отношенія. Такое пониманіе совершенно согласно съ философскимъ образомъ мышленія; себя опредѣляющее всегда предполагаетъ опредѣляемое,— оно есть требованіе, чтобы опредѣляемое существовало.

женію и полученію, матеріальныхъ интересовъ. Но подъ понятіемъ *средства* должно разумѣть всегда чисто *вещное*, *объективное* отношеніе одного добра къ другому; *условіе* же означаетъ не болѣе какъ *формальное*, *внутреннее* отношеніе зависимости одного добра отъ другаго и вмѣстѣ съ тѣмъ указываетъ дальнѣйшій путь дѣятельности, какимъ образомъ установить это отношеніе. Потому если требуется, чтобы право или государство, какъ учрежденіе правовое, образовало условіе разумной жизни, то это не значитъ, чтобы государство само *создало* къ тому *средства*, но значитъ только, что право и государство должны *обозначить* всѣ небходимыя къ тому средства и постановить ихъ, какъ *требованія*, съ которыми должна сообразоваться человѣческая дѣятельность. Средство заключается всегда только въ вещи; напротивъ, условіе выражаетъ только предположеніе, *требованіе*, чтобы нѣчто было для того, чтобы существовало другое. Отсюда объясняется то, что въ правѣ всегда выражаются требованія, обозначающія право въ отношеніи лица требующаго и обязанности, въ отношеніи лица, исполняющаго эти требованія. Потому чрезвычайно важно, какъ для частнаго, такъ и для публичнаго права, чтобы *условіе*, хотя и являющееся *средствомъ*, не было смѣшиваемо съ послѣднимъ (3). Далѣе, нельзя смѣшивать понятіе *условія* съ понятіемъ *причины*, *причинности*. Условіе, само по себѣ, дѣлаетъ возможнымъ только то, что уже осуществляется по извѣстной *причинѣ*. Итакъ, если право требуетъ, чтобы были поставлены условія для разумной жизни каждаго отдѣльнаго лица и цѣлаго человѣческаго общества, то это вовсе не значитъ, чтобы все-то, что необходимо для достиженія жизненныхъ цѣлей, достигалось бы безъ помощи, но только, чтобы отдѣльныя лица и цѣлое общество, по возможности, могли достигать и преслѣдовать разумныя цѣли жизни, на основаніи *присущей* человѣку собственной *причинности* и дѣятельности. Только то, что неможетъ быть достигнуто собственными силами отдѣльныхъ лицъ и общества, пополняется пособіемъ и помощью со стороны другихъ личностей, ибо собственная дѣятельность физическаго или нравственнаго лица никогда вполнѣ не можетъ удовлетворять его и всегда обусловливается постороннею помощью другихъ лицъ. Условіе никогда не должно заступать мѣста причины; право никогда не можетъ уничтожить самоназначеніе, самоопредѣленіе, свободную волю отдѣльныхъ лицъ и человѣческаго общества; иначе, во имя права, человѣческое общество представится простымъ механизмомъ, гдѣ человѣку, лишенному всякой свободы самоопредѣленія и отвѣтственности, указано извѣстное занятіе, изъ результатовъ котораго онъ получаетъ только то, что составляетъ насущную потребность его жизни. Такое заблужденіе касательно права, высказанное различными школами соціалистовъ и коммунистовъ, совершенно устраняется правильнымъ пониманіемъ сущности права.

Понятіе условія, разсматриваемое само по себѣ, есть *понятіе отношенія*, въ которомъ обнимаются двѣ составныя его части:—обусловливаемое и обусловливающее. Обыкновенно, въ понятіи условія видятъ только одну его сторону, именно обусловливающее, но нужно также смотрѣть и на другую его сторону—обусловливаемое, относительно котораго обусловливающее должно быть всегда сообразнымъ и *соотвѣтственнымъ*. Выраженіе *условность* правильно обозначаетъ

---

(3) Въ прежнихъ изданіяхъ моей „Философіи права“ понятіе средства, для обозначенія вещнаго содержанія условія, часто соединялось съ понятіемъ о послѣднемъ. Это повело къ недоразумѣніямъ, потому что многіе строгое понятіе условія смѣшивали съ понятіемъ средства и дѣлали ложные выводы изъ этого юридическаго понятія. Ложное пониманіе понятія условія, непростительное для юристовъ, было главною причиною полемики, поднятой въ послѣднее время нѣкоторыми итальянскими юристами противъ моей „Философіи права.“ Въ 4-мъ, нѣмецкомъ изданіи моей „Rechtsphylosophie, 1852“ и французскомъ, 1853, устраненъ всякой поводъ къ недоразумѣніямъ такого рода.

обѣ стороны понятія условія (4). Но въ правѣ можетъ быть что либо въ одно и то же время и обусловливаемымъ и обусловливающимъ; такъ религія, религіозная жизнь во многомъ обусловливаются воспитаніемъ, научнымъ образованіемъ, внѣшнимъ покровительствомъ; но религія, въ свою очередь, является условіемъ нравственно-добраго въ жизни и всего общественнаго порядка. Отсюда, въ правѣ должно разсматриваться каждое отношеніе, каждый данный субстратъ со всѣхъ его существенныхъ сторонъ, ибо въ человѣческой жизни многое, въ особенности существенныя жизненныя цѣли, взаимно обусловливаютъ другъ друга и каждое отношеніе потому должно разсматриваться въ зависимости отъ вліянія, которому оно подчиняется. Итакъ, правомъ должны быть установлены всѣ сферы жизни, всѣ жизненныя цѣли, въ соотвѣтственномъ, а потому и правильномъ, отношеніи другъ къ другу, для взаимнаго ихъ споспѣшествованія. Здѣсь мы узнаемъ, что соотвѣтственность отношеній и цѣлей жизни, которую нашли мы въ правѣ, какъ требованіе нашего внутренняго сознанія, составляетъ существенный характеръ права.

На основаніи этого точнаго опредѣленія понятія условія или условности, мы можемъ указать такимъ образомъ полученное понятіе о правѣ въ дѣйствительной жизни.

63895

C. Указаніе понятія права въ дѣйствительной жизни.

Человѣческое общество представляется внутренно-связаннымъ, цѣлымъ организмомъ, состоящимъ изъ физическихъ и нравственныхъ лицъ, которыя преслѣдуютъ различными сферами дѣятельности разумную цѣль жизни. Человѣкъ, какъ существо разумное, постановляетъ для себя во всѣхъ своихъ дѣйствіяхъ, будь его дѣятельность значительна или незначительна,—извѣстную цѣль, когорая можетъ быть направлена къ достиженію или пользованію всякимъ нравственно-дозволеннымъ благомъ жизни, что случается всегда, когда человѣкъ дѣйствуетъ свободно и сознательно. Такъ какъ ни одно сознательное, свободное дѣйствіе не можетъ быть совершенно отдѣлено отъ своей цѣли, то уже основываясь на одномъ этомъ положеніи, принятый въ какой нибудь практической жизненной наукѣ (въ морали или философіи права) принципъ чистой свободы или воли, безъ отношенія къ цѣли, является ошибочною абстракціею, вредною и для науки и для практической жизни, какъ это напр. было сдѣлано Кантомъ и другими. Слѣдовательно, не нужно заботиться объ отвлеченномъ осуществленіи воли или свободы, а лишь только о возможности выполненія нравственно дозволенныхъ цѣлей. Но ни одна цѣль человѣческой жизни не можетъ быть преслѣдуема безъ опредѣленныхъ условій, дѣлающихъ возможнымъ ея достиженіе. Самое незначительное, самое обыкновенное дѣйствіе, какъ напр.

---

(4) Краузе, употребившій это строгое научное выраженіе, различаетъ въ *условности* съ одной стороны то, что *обусловливаетъ, обусловливающее, условіе* съ другой же стороны, что *обусловливается, — обусловливаемое, условленное*; въ правильномъ отношеніи одной стороны къ другой заключается право. Понятіе условности опредѣляетъ Краузе точно и строго, какъ *взаимное опредѣленіе вмѣстѣ-существующаго*. Такое метафизическое понятіе чрезвычайно обширно: оно обнимаетъ собою всѣ сферы бытія и жизни, и, по отношенію къ условности, созданной разумною волею для человѣческой жизни, оно является какъ понятіе права. Въ самомъ дѣлѣ, въ физической и духовной жизни каждаго человѣка есть многое, что опредѣляется и обусловливается одно другимъ; въ своей собственной, духовной и физической жизни человѣкъ постановляетъ условія для своей дѣятельности *самъ*, на основаніи только требованій своей внутренней справедливости, точно также какъ въ обществѣ эти условія и правила создаются сообща. Здѣсь можетъ быть сдѣлано весьма рѣзкое различіе между правомъ и нравственностью. Нравственность заключается въ *самоопредѣленіи* человѣка къ разумнымъ цѣлямъ жизни—право же заключается во взаимномъ опредѣленіи для этихъ цѣлей, такъ что посредствомъ него въ организмѣ человѣческой жизни, установляются какъ самостоятельныя такъ и взаимныя условія разумной жизни отдѣльнаго лица и цѣлаго общества.

прогулка, предполагаетъ, какъ условіе своей возможности, охранительную полицію. Человѣкъ, стремящійся своими цѣлями за предѣлы настоящаго, находится разнообразно обусловленнымъ во всѣхъ своихъ нравственно-позволенныхъ дѣйствіяхъ. Прежде всего требуется общій *общественный порядокъ*, въ которомъ бы всѣ члены общества находили съ одной стороны ручательство ихъ внѣшней *безопасности*, а съ другой, въ различныхъ степеняхъ и видахъ, *помощь*, *содѣйствіе* для преслѣдованія своихъ жизненныхъ цѣлей. Хотя общественный союзъ вызывается прирожденнымъ человѣку стремленіемъ къ общительности, наклонностью и любовью людей другъ къ другу, но, вмѣстѣ съ тѣмъ, потребность общежитія, взаимнаго пополненія и помощи, является у людей также вслѣдствіи чувства недостатка, ограниченности и условности. Чѣмъ болѣе успѣваетъ человѣчество въ образованности, въ раздѣленіи занятій и труда, тѣмъ болѣе,—при постоянно возрастающемъ предложеніи и запросѣ, при постоянно увеличивающемся обмѣнѣ произведеній труда, — становится необходимымъ взаимное установленіе условій, которыя бы помогали человѣку въ достиженіи его цѣлей жизни, въ достиженіи того, что онъ считаетъ своимъ собственнымъ добромъ, своимъ собственнымъ благомъ. Такъ какъ человѣчество, со всею его духовною и матеріальною жизнью, со всѣми его цѣлями, взаимно обусловливающими другъ друга, представляется организмомъ, то многоразличныя условія, постановленныя свободною волею отдѣльныхъ лицъ и цѣлаго общества, являются также органически образованнымъ цѣлымъ. При этомъ не нужно забывать уже прежде высказанное, весьма важное положеніе, именно, что каждое физическое или нравственное лицо, вслѣдствіи присущихъ ему самопричинности, самоопредѣленія, или свободы, должно непосредственно поставить нравственно-позволенную цѣль своей жизни, точно также, какъ само же должно позаботиться создать необходимыя для того условія. Каждая человѣческая личность управляется ближе всего сама собою, и въ этой самодѣятельности должна доказать на дѣлѣ свою нравственность и свое собственное право. Никакая общественная власть, или государство, какую бы оно форму ни имѣло, не должно ставить себя на мѣсто свободной личности, заботиться о ея дѣйствіяхъ и достигать цѣли, которыя должны быть предоставлены нравственной свободѣ и собственнымъ силамъ отдѣльныхъ лицъ. Пренебреженіе основнымъ этимъ положеніемъ влечетъ за собою всегда парализацію дѣятельныхъ силъ общества въ тѣхъ государствахъ, гдѣ насиліе государственной власти совершенно все захватило, забрало въ свои руки; тамъ цѣли человѣчества достигаются всего менѣе, ибо лица, составляющія такое общество, всего ждутъ отъ власти и потому даютъ совершенно заглохнуть своимъ силамъ, лишеннымъ развитія.

Установленіемъ этихъ условій достигается пополненіе человѣческой личности и расширеніе сферы дѣятельности. Это совершается различнымъ образомъ и въ различной степени и мѣрѣ.

Человѣкъ, прежде всего, пополняется изъ области природы *вещами*, которыя различнымъ образомъ, и въ особенности какъ собственность, подчиняются его власти, для достиженія разумно-чувственной цѣли жизни. Совокупность условій, отъ которыхъ зависитъ владычество (полное или не полное) лица надъ вещью, составляетъ *вещное право*. Далѣе пополняется человѣкъ, въ области разнообразной, постоянно измѣняющейся своей дѣятельности, дѣйствіями другихъ лицъ, дѣйствіями, о которыхъ онъ условливается *договоромъ*, или которыя направлены въ его пользу отъ другихъ причинъ (безъ договора), и тѣмъ еще болѣе расширяетъ сферу своей жизни и дѣятельности. Совокупность условій, отъ которыхъ зависитъ власть одного лица надъ дѣйствіями другаго, составляетъ *право по обязательствамъ* и *договорамъ* (5), по которому полученныя права могутъ состоять

(5) Такое же пониманіе облигаціоннаго права у Савиньи въ его "System des heutigen röm. Rechts„1840 Bd. I. s. 339—364 u. folg.

или изъ правъ на вещи, или изъ правъ на личный трудъ. Вещнымъ и облигаціоннымъ правомъ будетъ правильно опредѣляться вся внѣшняя сфера, т. е. *имущественная сторона* человѣческой личности. *Имущественное право* заключаетъ въ себѣ двѣ отдѣльныя части: право вещное и право по обязательствамъ. Но внѣшнее богатство есть большею частью только результатъ внутренней, духовной мощи человѣка, т. е. его способностей, силъ, искусства, а потому оно должно также, согласно праву и нравственности, служить нравственнымъ цѣлямъ жизни.

Но въ союзѣ съ отдѣльными лицами, *человѣкъ пополняется* не въ такой мѣрѣ, какъ въ *союзѣ общественномъ*. Эти общественные союзы бываютъ двоякаго рода: или *общества съ извѣстной цѣлью* или *общества, преслѣдующія всѣ цѣли жизни*, какъ семейство и союзъ народный.

Общество съ какой нибудь особенной цѣлью, товарищества, корпораціи разнаго рода, представляетъ собой раздѣленіе общественнаго труда, сообразно различнымъ цѣлямъ жизни. Если человѣкъ пополняется дѣятельностью другихъ лицъ въ договорѣ, то онъ еще болѣе можетъ пополниться, еще вѣрнѣе достигнуть своей цѣли постоянною, взаимно-обусловливающеюся и пополняющеюся дѣятельностью *многихъ*, причемъ право обществъ и корпорацій постановляетъ условія, какимъ образомъ каждый изъ членовъ общества долженъ содѣйствовать къ достиженію общей цѣли.

Но еще болѣе совершенное пополненіе получаетъ человѣкъ въ семействѣ и союзѣ народномъ, который, устроенный по праву, является государствомъ, ибо каждый человѣкъ долженъ непремѣнно принадлежать или семейству, или народному союзу, или тому и другому вмѣстѣ. Право опредѣляетъ общія условія прочности этого союза, который, какъ совокупная, цѣлая личность, постановляетъ условія для своихъ отдѣльныхъ членовъ, въ отношеніи достиженія общей цѣли; съ другой стороны, отдѣльные члены этого организма постановляютъ условія, поддерживающія общежитіе и взаимныя жизненныя отношенія. Въ каждомъ такомъ обществѣ всѣмъ его членамъ, посредствомъ различныхъ условій, должна быть предоставлена возможность всѣми нравственно-позволенными средствами, отдѣльными и совокупными силами, достигать цѣли жизни.

Такимъ образомъ, право, по своему истинно-человѣческому характеру и этическимъ цѣлямъ, имѣетъ высокій смыслъ и значеніе. Оно состоитъ не въ ограниченіи свободы всѣхъ, для цѣли взаимнаго существованія, какъ ошибочно утверждали Кантъ и его школа, не въ начертаніи внѣшнихъ границъ для нравственной свободы человѣка, какъ хотѣлъ того Шталь. Хотя обѣ эти цѣли и присущи праву, но только какъ цѣли побочныя; цѣль же права заключается собственно въ расширеніи сферы свободы и дѣятельности всѣхъ, въ возможномъ устраненіи предѣловъ и границъ, которыя даны человѣку конечностью и условностью его существа и жизни. Для всѣхъ человѣческихъ дѣяній и стремленій существуетъ одна главная цѣль, которая есть общая цѣль всѣхъ практическихъ наукъ; всѣ они преслѣдуютъ ее, каждая по своему, а наука права преслѣдуетъ ее преимущественно, положительнымъ образомъ. Эта цѣль заключается *въ стремленіи къ возможнѣйшему совершенствованію и законченности человѣческой жизни посредствомъ взаимно-пополняющейся дѣятельности всѣхъ.*

Справедливость такого понятія о правѣ можетъ быть подтверждена и доказана въ всѣхъ областяхъ права. Если бы захотѣли отрицать справедливость такого понятія о правѣ, то вмѣстѣ съ тѣмъ должно бы было создаться въ языкѣ другое выраженіе, для того, чтобы обозначить, столь важную практически, сторону условности жизни. Но инстинктъ языка народовъ создалъ, для обозначенія этого понятія объ отношеніи, стольже простое, сколько и точное выраженіе: «*право*»; точно также какъ словомъ «нравственность» обозначается безкорыстное, безусло-

вное желаніе и дѣланіе добра ради только добра. На языкѣ всѣхъ образованныхъ народовъ, выраженіемъ «право» (rectum, right, droit, Recht) (6) обозначается направленіе извѣстныхъ дѣйствій, или отношеній къ извѣстной цѣли, т. е. оно выражаетъ соотвѣтсвенность дѣяній въ опредѣленныхъ жизненныхъ отношеніяхъ, направленныхъ къ дозволенной цѣли; короче, оно есть направленіе человѣческихъ дѣяній къ этической цѣли. Итакъ право обозначаетъ такое сопоставленіе человѣческихъ дѣяній и жизненныхъ отношеній, чтобы они взаимно, правильно ограничивались и вмѣстѣ съ тѣмъ *положительно споспѣшествовали* другъ другу. По отношенію къ нравственному и доброму, въ правѣ заключается требованіе, чтобы добро совершалось не только субъективно, — въ чистотѣ внутренняго намѣренія, но и объективно—въ опредѣленныхъ отношеніяхъ, въ извѣстное *время*, въ извѣстномъ *мѣстѣ* и извѣстными *средствами*, короче при всѣхъ многоразличныхъ *У*словіяхъ жизни.

Изъ этого вывода въ полной ясности представляется внутренняя связь права съ *объективнымъ добромъ, какъ цѣлью жизни и субъективною нравственностью* т. е. вообще съ нравственно-добрымъ. Поэтому, нравственность и право являются хотя сами по себѣ и различными, но зато взаимно другъ друга пополняющими формами осуществленія добра въ человѣческой жизни. Отсюда нравственность и право суть только вѣтви одной общей, высшей, науки, — *науки о добрѣ и его осуще-*

---

(6) Латинскимъ словомъ jus и греческимъ δίκαιον выражаются совершенно другіе моменты, заключающіеся въ понятіи права. *Ихеринъ*, „Geist des römischen Rechts“. I. s. 204„ основываясь на сочиненіи *Потта* Etymologische Forschungen auf dem Gebiete der indogermanischen Sprachen“, 1853, Bd. I. s. 213, говоритъ, что *jus* имѣетъ своимъ корнемъ санскритское слово ju (связывать, обвязывать, verbinden), отъ котораго происходятъ также *jugum*, *jumentum*, *jungere*, *Joch* и многія другія слова латинскаго и нѣмецкаго языковъ;—такъ слово jus означаетъ *союзъ, связь, связующее* Band, Bindende. Интересно, замѣчаетъ далѣе *Ихеринъ*, различіе греческаго и римскаго значенія понятія права. Оба языка предлагаютъ различные корни для вывода этого понятія; греческій—корень *δικη* (наставлять, указывать, zeigen weisen), отъ котораго происходятъ въ латинскомъ языкѣ *dicere*, *digitus* и т. п.;—латинскій языкъ представляетъ корень *ju*, отъ котораго происходитъ и которому соотвѣтствуетъ въ греческомъ языкѣ слово ξυγον. Греческое слово ξυγον соотвѣтствуетъ нѣмецкому *Weise* (образъ, манера, стать) и имѣетъ, точно также какъ послѣднее, двоякое значеніе: *Art* und *Weise* или *Norm* und *Regel* (норма, правило). Греческое слово *Δικαιος* въ своемъ коренномъ значеніи, выражаетъ то, что слѣдуетъ *образу*,— *образное* der Artige). Понятіе, вытекающее изъ этихъ двухъ значеній греческаго слова есть понятіе *образца, примѣра* (des Vorbildes und Musters), отъ которыхъ происходятъ *нравъ, обычай, право* (Gebrauch, Sitte, Recht). На такое этическое понятіе *рода, образа* (der Art), указываютъ многія выраженія: напр. „*что это не такъ*“ Das ist keine Art oder ist eine Unart“). Намъ уже извѣстно изъ вывода понятія права, что послѣднее, въ самомъ дѣлѣ, выражаетъ родъ и видъ осуществленія добра. Добро, какъ его понимаетъ инстинктъ или внутренній смыслъ народа, есть присущій понятіямъ послѣдняго *образецъ*, осуществленіе котораго въ жизни получаетъ опредѣленную форму, являясь *обычаемъ* и *правомъ*. Разница между *закономъ* (lex) и *правомъ* (jus) говоритъ *Ихеринъ*, заключается въ томъ, что *законъ* есть основаніе *права*, актъ приневоливанія (lex сродственъ латинскому корню leg и нѣмецкимъ словамъ — legen, auferlegen, Obliegenheit — класть, налагать обязанность); напротивъ *jus* (право) выражаетъ слѣдствіе и продолжительный актъ такаго состоянія. По субъективному воззрѣнію Римлянъ на право, такой взглядъ *Ихеринга* справедливъ, ибо право возникаетъ положеніемъ воли (Willenssetzung), черезъ *законъ* (lex), который обозначаетъ и законъ и *договоръ*, на что указываютъ напр. выраженія: lex commissoria, vendere hac lege; между тѣмъ у другихъ Индо-германскихъ племенъ, Грековъ и Германцевъ удержалось преимущественно объективное воззрѣніе на право.

ствленіи въ жизни. Послѣдняя наука называется *этикою* (7), которая не должна быть смѣшиваема съ болѣе тѣснымъ понятіемъ морали, какъ ученіемъ о нравственности и добродѣтели. Но право, точно также какъ и нравственность, является только *формальною* этическою наукой, которая всегда предполагаетъ матеріальную этическую науку о добрѣ и благахъ жизни, хотя бы даже основныя положенія ея были выражены въ формѣ постулатовъ. Но, безъ отношенія къ наукѣ о добрѣ, благахъ жизни и связанныхъ съ послѣднею цѣлей жизни, наука права является совершенно абстрактною наукой, съ пустымъ, формальнымъ схоластическимъ содержаніемъ, какъ это большею частію до сихъ поръ и было во всѣхъ отвлеченныхъ теоріяхъ права, ко вреду науки и практической жизни. Науку права должно понимать, напротивъ, какъ органическую часть этики, т. е. поставить ее во взаимной, внутренней связи съ другими частями этики,—съ общею (матеріальною) наукой о добрѣ, и формальнымъ ученіемъ о нравственности и добродѣтели, такъ какъ они—то именно и даютъ наукѣ права ея содержаніе, цѣль и нравственную точку опоры.

D. *Отношеніе права къ нравственности* (8).

Займемся теперь отношеніемъ права къ нравственности. Подобно тому какъ понятіе добра служитъ общимъ содержаніемъ для права и нравственности, такъ и *каждое* дѣйствіе, т. е. каждое внѣшнее заявленіе человѣкомъ своей воли въ мірѣ чувственномъ, можетъ быть разсматриваемо съ двухъ сторонъ: со стороны внутреннихъ побудительныхъ причинъ, мотивовъ, составляющихъ предметъ нравственности, и со стороны чисто вещной объективной, цѣлесообразности, составляющей существенный моментъ права. Нравственность разсматриваетъ каждое дѣйствіе въ зависимости отъ его внутреннихъ побужденій, т. е, имѣетъ своимъ предметомъ *субъективную форму* осуществленія добра въ жизни, право—на оборотъ—только *объективную*. Отсюда совершенно ошибочно принимать, чтобы дѣянія были или чисто-нравственными, или чисто—правовыми. Каждое дѣяніе (исключая только

---

(7) Слово *этика*,—отъ греческихъ словъ ηθος, εθος= verb. εξω (класть, ставить—setzen), который обозначаетъ, поставленное, положенное (gesetzte), точно также какъ и εθος (мѣсто, мѣстопребываніе (Sitz, Wohnsitz), обычай, привычка, (Sitte, Gewohnheit) выражаетъ понятіе *постояннаго и однообразнаго дѣйствія*),—получало въ философскихъ системахъ то узкое, то широкое значеніе. Платонъ, Аристотель и стоики разумѣли подъ этикой въ совокупности всѣ науки, относящіяся къ дѣятельной жизни, т. е. всю практическую философію. Въ латинскомъ языкѣ среднихъ вѣковъ слово ethica часто замѣнялось выраженіемъ «philosophia moralis». Но когда начали точнѣе различать естественное право и нравственность, впрочемъ не отдѣляя ихъ другъ отъ друга, philosophia moralis разсматривалась, какъ общее основаніе естественнаго права и какъ общее основаніе этики, въ смыслѣ науки о добродѣтели, что видно изъ многихъ сочиненій Вольфа и его послѣдователей (см. напр. «philos. moralis institutiones, jus naturae, ethicam et politicam complexae», Bruxellis 1789). Кантъ точнѣе отличилъ этику отъ ученія о правѣ;—этику онъ понималъ только какъ ученіе о добродѣтели (Tugendlehre), но въ своей «Metaphysik der Sitten» онъ принимаетъ ученіе о правѣ и этику какъ части «der Sittenlehre». Напротивъ, въ новѣйшее время, этику понимаютъ, какъ *общую* высшую науку, которую дѣлятъ на ученіе о добрѣ (Güterlehre), ученіе о добродѣтели (Tugendlehre) и ученіе о обязанностяхъ (Plichtenlehre). Но такое дѣленіе далеко неосновательно и неточно, потому что ученіе о добродѣтели нельзя смѣшивать съ наукою о правѣ, а ученіе объ обязанностяхъ основывается и на ученіи о добродѣтели, и на наукѣ права. Въ истинномъ своемъ значеніи, этика есть ученіе о *житейской мудрости* (Lebensweisheitlehre), потому что она излагаетъ осуществленіе добра во всѣхъ сферахъ жизни, во всѣхъ жизненныхъ отношеніяхъ.

(8) См. объ этомъ подробнѣе въ моей Rechtsphilosophie. s. 276—283.

внутреннихъ состояній духа, постояннаго нравственнаго образа мыслей, принадлежащихъ исключительно области морали), заключаетъ въ себѣ и нравственную и правовую сторону. Такъ напр. дѣянія благодарности, благотворительности суть дѣянія нравственныя, но вмѣстѣ съ тѣмъ они, въ своемъ внѣшнемъ проявленіи, получаютъ и правовой характеръ—такъ что можетъ возникнуть вопросъ, не перешагнуты ли въ нихъ границы права? Такъ напр., положительныя законодательства постановляютъ иногда отнятіе, всего или части, подарка, если этимъ подаркомъ нарушены права законнаго наслѣдника, или по причинѣ нищеты самаго дарителя и проч., съ другой стороны положительныя законодательства дозволяютъ и самому дарителю взять назадъ подаренное, изъ нравственныхъ побужденій, какъ напр., оскорбленія, неблагодарности и т. п.

Конечно, въ извѣстныхъ случаяхъ, положительное право не должно обращать вниманіе на нравственныя побужденія, такъ что эти послѣднія не подлежатъ внѣшнему обсужденію. Это бываетъ при всѣхъ дѣйствіяхъ, подлежащихъ исключительно области частной жизни, гдѣ человѣкъ дѣйствуетъ совершенно произвольно, безъ отвѣтственности предъ властью, потому что въ этой сферѣ онъ постановляетъ и достигаетъ свои цѣли такъ, какъ ему хочется, дѣйствуетъ только на основаніи своего личнаго, субъективнаго пониманія права и нравственности, и долженъ соблюдать только общія, правовыя формы. Эта сфера опредѣляется частнымъ правомъ. Такъ никто не обязанъ давать и не даетъ отчета въ томъ, — изъ какихъ нравственныхъ побужденій заключается извѣстный договоръ; для чего пріобрѣтается и почему извѣстнымъ образомъ потребляется какая либо собственность; все это частныя дѣйствія, которыя подчиняются исключительно только свободному опредѣленію личности. Такъ какъ первообразомъ прежняго естественнаго права служило право Римское, со своимъ, часто весьма односторонним, «jus privatum», то хотѣли поставить правило, по которому бы нравственность была совершенно исключена изъ области права. Но подобное отдѣленіе права отъ нравственности совершенно несправедливо, потому что даже и въ частномъ правѣ, при правонарушеніяхъ и личныхъ обидахъ, должно также быть обращено вниманіе на нравственные моменты, каковы: culpa, dolus и т. п.; и въ области уголовнаго права, нравственность имѣетъ весьма важное примѣненіе, и ни одно преступленіе не можетъ быть и не должно быть обсуживаемо по одной его внѣшней, объективной сторонѣ. Въ публичномъ правѣ еще болѣе слѣдуетъ обращать вниманія на нравственный принципъ, когда частое повтореніе фактовъ, носящихъ на себѣ общественный характеръ, доказываетъ, что причина извѣстнаго общественнаго направленія находится въ области нравственности; слѣдуетъ принимать мѣры противъ такого направленія, какъ и вообще нормы государственнаго устройства и управленія должны опредѣляться всегда нравственнымъ образованіемъ и развитіемъ народа. Одна только истина заключалась въ вышеозначенномъ воззрѣніи, именно та, что право не должно прежде всего обращать вниманіе на нравственность и только по поводу *внѣшняго* дѣянія брать во вниманіе внутреннія побужденія.

Право предписываетъ во многихъ отношеніяхъ *принужденіе* когда, по самой сущности вещей, нельзя предполагать, чтобы то, что само по себѣ справедливо, было совершено добровольно. Но опять ошибочно принимать *принужденіе* общимъ исключительнымъ признакомъ права, какъ это высказали различныя теоріи *принужденія*: *предваренія, исполненія, вознагражденія вреда и уголовной угрозы* (9). Во всѣхъ

---

(9) Также замѣчаетъ *Фалькъ* въ своей "Encyclopädie„ 4-te Aufl. s. 53, что только два первыхъ рода принужденія могутъ быть совмѣстными понятію права. Также замѣчаетъ *Вирсциль* "Encyclopadie„, s. 56, что существуютъ такія положительныя права и отношенія, которыя вовсе не допускаютъ никакого внѣшняго принужденія. Тоже самое говоритъ *Anne den Tex* и друг.

этихъ теоріяхъ существеннымъ отличіемъ правоваго отъ нравственнаго, должно быть признано, что области права подлежитъ *только то, къ чему оно непосредственно принуждаетъ*, но тогда возможно только признать *принужденіе исполненія*, что можетъ быть примѣнимо только въ нѣкоторыхъ случаяхъ. Такъ напр., принужденіе совершенно не мыслимо при взаимныхъ одолженіяхъ, услугахъ, которыя если не будутъ исполнены, то возможенъ только *суррогатъ* принужденія: вознагражденіе за вредъ или наказаніе. Кромѣ того, есть много такихъ правовыхъ отношеній, гдѣ принужденіе устраняется совершенно, напр. нарушеніе супружеской вѣрности, хотя безнравственно и незаконно, потому-что нарушается тѣмъ существенное условіе брачныхъ отношеній, но принужденію здѣсь нѣтъ мѣста; здѣсь возможно только расторженіе союза, по требованію оскорбленной стороны, или разводъ супруговъ. Теорія принужденія, варіированная на разные лады, долго признавалась наукою за истину, чѣмъ, разумѣется, совершенно исключалось полное пониманіе права, область котораго была до такой степени съужена, что практически все положительное право должно было выйти за предѣлы этого начала и тѣмъ самымъ сущность права была понята гораздо яснѣе, нежели тѣми системами естественнаго права.

Внутренняя *связь* между нравственностью и правомъ заключается особенно въ томъ, что все, предписываемое правомъ, предписывается также нравственностью; съ другой стороны, право не позволяетъ ничего такаго, что безнравственно, и не выставляетъ требованій на что нибудь безнравственное (10).

Но, напротивъ, утверждали, что право можетъ позволять то, что запрещается нравственностью, какъ говорили Римляне: non omne-quod licet, honestum est. Такой взглядъ имѣетъ своимъ основаніемъ выше высказанную истину, именно, что человѣкъ въ своей частной сферѣ дѣятельности можетъ пользоваться своими правами совершенно по произволу, даже безнравственно, *не отвѣчая* передъ какою либо властью или судомъ. Но выраженіе «позволяется правомъ» вовсе не заключаетъ въ себѣ и не значитъ положительное отношеніе права къ безнравственности, котораго быть не можетъ, потому что наука права, основанная на этикѣ, имѣетъ цѣлью вложить въ сердце каждаго человѣка, чтобы онъ также и въ своей частной жизни пользовался своими правами сообразно велѣніямъ Бога и своей нравственной совѣсти. Положительное право даже можетъ постановить, въ извѣстныхъ случаяхъ, предѣлы законнаго употребленія власти, обязать къ болѣе лучшему употребленію своихъ правъ, напр. въ правѣ собственности—расточительность и мотовство признаются дѣйствіями, противными праву, какъ въ отношеніи себя самого, такъ и въ отношеніи другихъ.

---

(10) По примѣру Римскаго права, требованіе въ положительномъ правѣ чего либо безнравственнаго, считается нравственною невозможностью. *Папиніанъ*, доказавшій это положеніе своей жизнью, скорѣе согласившись быть казненнымъ Каракаллою, нежели защищать братоубійство послѣдняго передъ сенатомъ, говоритъ въ § 15, D. 28, 7: quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram et ut, generaliter dicam contra bonos mores fiunt; nec facere nos posse credendum est.

ГЛАВА II

ИЗЛОЖЕНІЕ ГЛАВНЫХЪ МОМЕНТОВЪ, СОДЕРЖАЩИХСЯ ВЪ ВЫВЕДЕННЫХЪ ПРИНЦИПАХЪ ПРАВА (1).

Право, по своей высшей идеи, есть установленный божественнымъ міровымъ порядкомъ,—особенный жизненный порядокъ, въ которомъ конечному разумному существу предоставлена задача установить въ соотвѣтственности взаимно условливающія другъ друга жизненныя отношенія для достиженія цѣлей жизни. Съ высшей точки зрѣнія, право является атрибутомъ божества (2), руководящаго всею жизнью, какъ самосознающее жизненное провидѣніе, которое постановляетъ и направляетъ міровыя и жизненныя отношенія такимъ образомъ, что всѣмъ разумнымъ существамъ, какъ въ отдѣльности, такъ и въ обществахъ, представляется возможность свободнымъ самоназначеніемъ вмѣстѣ съ личной отвѣтственностью преслѣдовать и достигать свои нравственныя цѣли жизни. Поэтому право есть жизненное направленіе, которое, исходя отъ Бога и направляясь на все доброе, должно служить первообразомъ дѣйствій конечныхъ существъ. Съ точки зрѣнія человѣческаго существа право проявляется въ слѣдующихъ главныхъ моментахъ. 1) Основаніе права заключается въ конечности и условности человѣческаго существа и неразрывно связано съ нимъ (3). — Отсюда право не есть преходящее учрежденіе, или порядокъ который можетъ уничтожаться съ высшимъ развитіемъ жизни и нравственности. Такой взглядъ, высказанный большею частью теорій права, происходитъ главнымъ образомъ отъ того, что право опредѣляли односторонне,—какъ принужденіе, которое конечно, несогласно съ нравственнымъ существеннымъ существомъ человѣка. Но принужденіе, какъ мы уже *замѣтили* предполагаетъ возможность, что человѣкъ добровольно неисполнитъ то, что само по себѣ справедливо—потомъ оно можетъ быть примѣнимо въ правѣ, только въ пра-

---

(1) Болѣе подробное изложеніе смот. въ моей Rechtsphylosophie 4 Aufl. s. 250–276

(2) Смот. мою «Rechtsphilosophie.» s. 284–289.

(3) Тоже говоритъ *Савиньи* въ своей System des heutigen Röm. Rechts. Bd. I. s. 331: "Необходимость и существованіе права есть слѣдствіе несовершенства не случайнаго, не историческаго, а такаго, которое неразрывно связано съ настоящею ступенью нашаго бытія."

вовыхъ имущественыхъ отношеніяхъ, но въ тѣхъ отношеніяхъ, гдѣ нравственность является преобладающей, какъ напр. въ супружескихъ отношеніяхъ, оно немыслимо совершенно. Право находитъ свое примѣненіе вездѣ, гдѣ разумныя и конечныя существа, жизнь которыхъ взаимно обусловливается, живутъ вмѣстѣ; все же царство разума управляется и руководится Богомъ по праву и справедливости.

2) *Цѣль* права заключается, какъ объяснено выше, *въ совершенствованіи* человѣка и человѣческаго общества посредствомъ взаимной помощи и пополненія. Свойственныя человѣческой природѣ ограниченность и условность должны быть, по возможности, устранены разумно, свободною дѣятельностью, посредствомъ возстановленія условій нравственно доброй жизни. Преходящее должно совершенствоваться, ограниченное пополняться, условное сдѣлаться законченнымъ, само себя удовлетворяющимъ, цѣлымъ. Поэтому совершенствованіе, законченность составляютъ высшую цѣль права, какъ это высказалъ въ первый разъ Лейбницъ (Justum est, quod societatem ratione utentium perficit): эта высшая цѣль составляетъ общую принадлежность права и морали.

3) *Содержаніе* права дается осуществляемымъ въ жизни *добромъ*, которое по отношенію къ способности чувствовать есть *благо*. Добро, само по себѣ единое, нераздѣльное, разлагается, соотвѣтственно вышеизложеннымъ главнымъ жизненымъ цѣлямъ, на жизненныя блага, взаимно другъ друга обусловливающія. Право всегда имѣетъ своимъ предметомъ какое нибудь добро, достиженіе, или споспѣшествованіе какому нибудь благу отдѣльнаго лица, или цѣлаго общества. Права безполезнаго и безцѣльнаго не существуетъ. Слѣдовательно благо и право не противоположны другъ другу, а находятся между собою въ необходимой связи. Нѣтъ такого права, цѣль котораго не была бы достиженіе какого либо блага, которое, впрочемъ, можетъ проявляться какъ въ формѣ права, такъ и въ формѣ нравственности. Право, поэтому, должно быть направляемо и измѣряемо по отношенію къ добру и благу, потому что добро обнимаетъ собою *все существенное*, долженствующее осуществиться въ жизни, а право и нравственность суть только формальное добро, суть только виды и формы осуществленія добра, которое нравственностью осуществляется безусловно, — правомъ же въ зависимости отъ взаимно-обусловливающихся жизненныхъ отношеній. *Лейбницъ* и его школа также признаютъ понятіе добра и блага настоящимъ предметомъ и необходимымъ содержаніемъ права; онъ только не точно обозначилъ и не отличилъ надлежащимъ образомъ объ формы его. Точно также и позднѣйшіе римскіе юристы, воспитавшіеся на Греческой философіи, опредѣляли науку права какъ *ars boni et aequi*» (4) будучи убѣждены, что цѣль права состоитъ въ осуществленіи добра, со-

---

(4) Это опредѣленіе принадлежитъ знаменитому ученому, изъ школы прокуліанцевъ, *Цельзу*, жившему около 100 г. п. Р. Х. (См. объ немъ у *Пухта*, Institut; 1853. Bd. 1. s. 455); Это опредѣленіе приводитъ также *Ульпіанъ* въ pr. D. de just. et jure, t. I.: Juri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen juris descendat. Est autem a justitia appellatum, nam (ut eleganter *Celsus* definivit) jus est ars boni et aequi. §. 1. Cujus merito quis nos Sacerdotes appellet. Iustitiam namque colimus, et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos..... efficere cupientes: veram (nisi fallor), philosophiam, non simulatam affectantes. Изъ извѣстныхъ трехъ положеній права (§. 3, I. d. just. et jure: Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere) первое выражаетъ также и нравственный моментъ, такъ какъ въ словѣ honestum заключается сліяніе нравственнаго помышленія съ правовымъ дѣяніемъ, сліяніе, которое одно дѣлаетъ человѣка *честнымъ*.

гласно конкретнымъ отношеніямъ (aequum—προσηκον Платона). Такое воззрѣніе оправдывается также существенными требованіями, поставляемыми Римскимъ правомъ, какъ условія нѣкоторыхъ личныхъ отношеній, какъ напр. брачныхъ, родительскихъ, сыновнихъ, отношеній опекуна и куратора къ ввѣреннымъ ихъ попеченію лицамъ, равно какъ и многими нравственными моментами какъ bona fides, dignitas, honor и т. п., которые по этому праву являются необходимыми условіями извѣстныхъ правовыхъ преимуществъ. Вообще должно сказать, что все личное, вещное и облигаціонное право, есть ученіе объ условіяхъ, отъ которыхъ зависитъ въ личномъ правѣ существованіе, пользованіе и охраненіе личныхъ благъ жизни, здоровья, свободы, чести и пр: въ вещномъ правѣ: пріобрѣтеніе, пользованіе и охраненіе матеріальнаго имущества, собственности;—въ облигаціальномъ—обмѣнъ благъ посредствомъ благъ вещныхъ и личныхъ услугъ. Понятіе о добрѣ и благѣ хотя утратились въ новѣйшихъ отвлеченныхъ и субъективныхъ теоріяхъ права, равно какъ въ положительной юридической наукѣ (5), но оно есть тѣмъ не менѣе объективный, *руководящій принципъ*, высшая мѣра и норма для всѣхъ правовыхъ отношеній, ни въ какомъ случаѣ не могущихъ быть построенными на одномъ только формальномъ принципѣ права. Но такъ какъ право есть само только одинъ видъ осуществленія добра въ жизни, между тѣмъ какъ нравственность есть другой его видъ, то нравственность и право должны идти рука объ руку. Никакой правовой порядокъ не можетъ существовать самъ по себѣ, опираясь на одну только принудительную силу, не опираясь также на нравственно—правовой смыслъ членовъ этаго порядка. Ибо, еслибы только принужденіе, боязнь большихъ невыгодъ или страхъ предъ наказаніемъ составляли исключительныя побужденія всякаго дѣянія, еслибъ въ большей части случаевъ, по крайней мѣрѣ то-что право, не совершалось только ради права и добра, тогда правовой порядокъ потерялъ бы всякую жизненность, всякое содержаніе и прочность; подобно тому какъ нравственность дѣлаетъ правовымъ нашъ образъ мыслей точно также она должна возвысить человѣка, безъ стѣсненія однако жъ его личности, надъ тѣсными предѣлами его эгоизма, такъ что право при увеличивающейся нравственности, можетъ разширять кругъ тѣхъ постановленій, которыя поддерживаются уже не принужденіемъ, а нравственными убѣжденіями.

4) Всякое добро осуществляется въ человѣческихъ обществахъ, въ формахъ нравственности и права *постепенно*, сообразно общему нравственному развитію членовъ общества; добро и благо выражаются поэтому въ каждый опредѣленный періодъ времени, въ каждую эпоху *обычаемъ* (6). Обычай есть хотя и

---

(5) На понятіе блага часто ссылается, составленное подъ вліяніемъ Лейбницо-Вольфовой философіи права, Прусское земское право. Такъ въ первой части послѣдняго въ введеніи §. 83. сказано: "Общія права человѣка основываются на естественной свободѣ стремиться къ собственному своему благу и осуществлять посл[illegible]днее, нестѣсняя разумѣется правъ другихъ." *Пухта*, въ Pandect. 1852. §. 21, говоритъ: "что цѣль права заключается въ споспѣшествованіи благу человѣка; поэтому благо есть также и принципъ права". Но, въ слѣдующихъ словахъ, Пухта весьма неудовлетворительно развилъ свою мысль о томъ, какъ и какимъ образомъ право осуществляетъ эту задачу. "Право" говоритъ Пухта, "служитъ человѣческому благосостоянію, стремясь къ равенству людей, несмотря на индивидуальныя ихъ различія и различія ихъ отношеній. Ближайшая задача права заключается не въ благѣ индивидуума, а въ благѣ цѣлаго." Противъ послѣдняго положенія мы встрѣчаемъ уже у *Ульпіана*, въ его раздѣленіи права на частное и публичное слѣдующую мысль: sunt enim quaedam publicae utilia, quaedam privatim. И дѣйствительно задача права состоитъ въ опредѣленіи условій, при которыхъ отдѣльное лицо стремится къ своему благу свободно, автономически (въ частномъ правѣ), равно какъ и условій, при которыхъ общество, при взаимномъ содѣйствіи всѣхъ своихъ членовъ стремится къ благу всего органическаго цѣлаго (въ публичномъ правѣ).

(6) Объ *обычаѣ* и его этическомъ значеніи см: подробнѣе мою Rechtsphilosophie. S. 215 нельзя неуказать также на появившееся недавно сочиненіе проф. Schliephake „Die Grundlagen des sittlichen Lebens. 1855., построенное на началахъ философіи *Краузе*.

преходящее, но для каждаго опредѣленнаго времени неизмѣнное выраженіе того, какимъ образомъ тотъ или другой народъ понимаетъ добро и жизненныя блага и какъ онъ, сообразно этимъ воззрѣніямъ, установляетъ свою жизнь: онъ есть выраженіе общаго, этическаго пониманія жизни; онъ есть живое утвержденіе, постоянная и твердая, на извѣстное время крѣпкая, основа (7) добраго, нравственнаго и праваго во всемъ характерѣ народа, а не въ одномъ только его сознаніи, или волѣ, или чувствѣ, по одностороннему пониманію нѣкоторыхъ; онъ есть, поэтому, также и историческая связь между прошедшимъ и будущимъ, потому что онъ даетъ возможность постепенно и ровно развиваться существующему и унаслѣдованному отъ прежнихъ поколѣній. Обычай, по отношенію ко всему добру вообще есть прежде всего совокупный обычай, который согласно различнымъ благамъ жизни проявляется въ обычаяхъ религіозныхъ, нравственныхъ, правовыхъ и др. Право, въ своихъ постановленіяхъ и учрежденіяхъ, должно, прежде всего, имѣть въ виду *совокупный обычай* народа, а потомъ уже разсмотрѣть обычай правовой, какъ онъ отражается въ правовомъ воззрѣніи, правовомъ чувствѣ, правовыхъ дѣяніяхъ и привычкахъ. Поэтому право не должно ни слишкомъ забѣгать впередъ нравственнаго развитія народа и ни слишкомъ отставать отъ него. Самъ обычай постоянно развивается, потому-что мышленіе и сила познаванія, прогрессивныя по самой сущности своей, вносятъ постоянно все болѣе и болѣе вѣрныя понятія въ консервативное и привязанное къ преданію чувство, и тогда обѣ душевныя силы т. е. мышленіе и способность познавательная побуждаютъ волю къ дѣйствію, къ созданію новыхъ обычаевъ. Право можетъ и должно ставить положенія, выходящія за предѣлы современнаго обычая, чтобы способствовать дальнѣйшему развитію сознанія и облагороживанію чувства народа. Но положенія эти, чтобы имѣть точку опоры и не нарушить постепенности, главнаго условія всякаго прочнаго развитія, должны во всякомъ случаѣ въ томъ или другомъ направленіи сообразоваться съ существующимъ обычаемъ.

5). Осуществленіе добра при высшемъ единствѣ человѣчества и человѣческаго общества, а также при существующемъ вмѣстѣ съ тѣмъ въ этомъ обществѣ разнообразіи лицъ, цѣлей, силъ, и при преобладающихъ въ немъ жизненныхъ направленіяхъ, взаимно другъ друга обусловливающихъ и пополняющихъ, вызываетъ множество положеній, большое разнообразіе *жизненныхъ отношеній*, въ которыхъ физическія и нравственныя лица связываются съ другими лицами различными сторонами своей жизни и дѣятельности. Регулированіе этихъ отношеній извѣстнымъ образомъ, составляетъ задачу права. Но жизненныя отношенія имѣютъ ту общую черту, что всѣ они, выражая отношенія между лицами, имѣютъ въ виду опредѣленную цѣль, заключающуюся въ достиженіи какаго либо вещнаго и личнаго добра, отличаются же они между собою по вышеизложеннымъ, главнымъ цѣлямъ человѣческой жизни. Потому жизненныя отношенія бываютъ религіозныя, научныя, эстетическія, промышленныя, нравственныя и правовыя. Каждое жизненное отношеніе должно, вслѣдствіи высшаго единства всего добраго, быть разсматриваемо со всѣхъ своихъ существенныхъ сторонъ, такъ что каждое жизненное отношеніе имѣетъ прежде всего свое высшее основаніе въ *религіи*, за тѣмъ глубже изслѣдуется *наукой*, получаетъ свою опредѣленную форму въ дѣйствительности, посредствомъ полезнаго или изящнаго *искусства*, — воспринимается *нравственностью*, какъ добро и споспѣшествованіе добру,—и наконецъ, со стороны своихъ разнообразныхъ условій, регулируется правомъ.

Слѣдовательно каждое жизненное отношеніе — представляется намъ со стольких главныхъ сторонъ, сколько есть главныхъ цѣлей т. е. основныхъ сущест-

---

(7) Слова *Sitz* и *Sitte* также сродны между собою въ нѣмецкомъ языкѣ, какъ въ Греческомъ ηθος и εθος.

венныхъ направленій человѣческой дѣятельности въ осуществленіи единаго добра.

И такъ право есть всегда только *одна сторона* и притомъ *формальная сторона* всякаго жизненнаго отношенія. Но опять не должно забывать, что нѣтъ такаго отношенія, которое, по какой бы то ни было изъ своихъ сторонъ, не обусловливалось волею и дѣятельностью человѣка и не подлежало бы потому регулированію права. До этаго убѣжденія, дошла въ новѣйшее время, хотя и не совсѣмъ удовлетворительно, Историческая школа, посредствомъ болѣе точнаго практическаго изслѣдованія права. Школа эта различаетъ въ каждомъ правовомъ отношеніи двѣ части или стороны: сторону матеріальную т. е. *матерію*, и *право*, какъ *формальную* сторону или *форму* (8) всякаго правоваго отношенія. Но какъ ни важно такое пониманіе права, оно всетаки осталось поверхностнымъ, потому-что съ одной стороны не изслѣдовалась *сущность*, основа и содержаніе жизненнаго отношенія, съ другой же не было ясно опредѣлено, *въ чемъ именно* состоитъ регулированіе права. Понятіе жизненнаго отношенія само по себѣ обще и формально, такъ что не будучи болѣе близко опредѣлено по своему внутреннему содержанію,—оно также мало даетъ намъ руководящій принципъ, какъ абстрактные принципы школы естественнаго права. Дѣло въ томъ, что не нужно упускать изъ виду того значенія жизненнаго отношенія, по которому въ немъ всегда выражается стремленіе людей, какъ существъ разумныхъ, къ какой нибудь жизненной цѣли, — къ достиженію личнаго или вещнаго блага.—

---

(8) Изложенныя въ текстѣ положенія всего больше подходятъ къ теоріи *Шталя*, который также отличаетъ жизненное отношеніе отъ правоваго и считаетъ послѣднее правовою стороною жизненнаго отношенія (Phylosophie des Rechts. 3. Aufl. S. 294). *Шталь* указываетъ также на необходимость признанія внутренней *цѣли*, или какъ выражается онъ, *внутренняго опредѣленія* жизненнаго отношенія, какъ истинно руководящаго принципа права, хотя онъ и не развиваетъ вполнѣ удовлетворительно этихъ этическихъ цѣлей и довольно неясно опредѣляетъ и самое понятіе права. Шталь, повидимому, во многихъ отношеніяхъ, можетъ считаться предшественникомъ *Савиньи* и *Пухты*, которые однакожъ разсматриваютъ различіе между жизненнымъ и правовымъ отношеніемъ слишкомъ съ односторонней юридической точки зрѣнія. Такъ *Савиньи* говоритъ въ своей «System des heut. röm. Rechts. B. 1. S. 333.»: „Каждое отдѣльное правовое отношеніе опредѣляется правомъ, какъ отношеніе однаго лица къ другому. Опредѣленіе это состоитъ въ томъ, что свободной волѣ указывается сфера, въ которой она можетъ дѣйствовать самостоятельно, независимо отъ воли другихъ. Поэтому въ каждомъ правовомъ отношеніи можно отличать двѣ стороны: во первыхъ его матерію т. е. отношеніе само по себѣ, а во вторыхъ правовое опредѣленіе этой матеріи. Первое мы можемъ назвать *матеріальнымъ* элементомъ прававаго отношенія, или его фактическою стороною, второе же формальнымъ элементомъ. т. е. посредствомъ чего фактическое отношеніе возвышается до правовой формы. "Еще болѣе ограничено воззрѣніе Пухты, который не соглашаясь съ ученіемъ Савиньи о правовыхъ отношеніяхъ, опредѣляетъ право совершенно абстрактно, какъ право само по себѣ (см. Puchta. Cursus der Inst. §. 21). *Безелеръ* (System des gem. deutschen Privatrechts. B. 1. S. 20) слѣдуетъ болѣе Савиньи и Шталю, упрекая, однакожъ, послѣдняго въ томъ, что онъ опредѣляетъ правовой институтъ не чисто какъ право, а какъ жизненное отношеніе, взятое какъ право, въ противуположность къ чисто фактическому отношенію. Всѣ эти воззрѣнія заключаютъ въ себѣ ту основную ошибку, что всѣ принимаютъ жизненное отношеніе единственно какъ нѣчто фактическое, между тѣмъ какъ его должно разсматривать съ трехъ сторонъ: *какъ оно было* (исторически), какъ оно существуетъ теперь (фактически) въ видѣ *обычая*—и какъ—оно *должно быть* и развиваться по требованіямъ разумно—нравственнаго *(раціонально)*.

Подобно Шталю его послѣдователи старались только выставить на первый планъ противуположность, между фактическимъ и правовымъ и *Варнкенигъ* (въ своей Jurist. Encyclopaedie S. 22) противупостовляетъ вообще правовое, какъ *раціональную* основу, основѣ *матеріальной*, или фактической. Но это воззрѣніе весьма ошибочно и повело бы даже въ положительномъ правѣ, къ смѣшенію праваго института съ правовымъ отношеніемъ и правовымъ случаемъ (см. объ этомъ слѣдующее примѣчаніе этой же главы). Въ конкретномъ

Эти то цѣли должны всегда служить руководящею нормою, путеводною нитью, при опредѣленіи какаго бы то ни было правоваго отношенія. Право конечно справедливо опредѣляется, какъ *формальное* регулированіе, но мы мало выиграемъ такимъ опредѣленіемъ, если не обозначимъ въ чемъ именно и какаго рода должно быть это регулированіе. Регулированіе жизненныхъ отношеній правомъ состоитъ въ томъ, что послѣднее, руководясь основнымъ принципомъ той разумной цѣли, которая присуща каждому изъ этихъ отношеній, опредѣляетъ условія при которыхъ цѣль эта можетъ быть достигнута. 6). Каждая отдѣльная цѣль въ разумной жизни есть только часть высшей, общей жизненной цѣли; поэтому каждое жизненное отношеніе есть только часть или членъ болѣе обширнаго жизненнаго отношенія. Каждое правовое отношеніе есть также членъ болѣе высшаго цѣлаго. Сюда относится то отличіе, которое дѣлается новѣйшими учеными, хотя и не совсѣмъ ясно, между правовымъ отношеніемъ и правовымъ институтомъ; отъ этихъ двухъ понятій они кромѣ того отличаютъ еще правовой случай. Причина разногласія относительно этихъ понятій (9) заключается въ томъ, что они не были разсмотрѣны въ ихъ внутренней связи съ ихъ жизненными отношеніями. Чтобы сдѣлать научное опредѣленіе этихъ понятій, мы должны переходить отъ главнаго высшаго, — къ низшему подчиненному. Человѣческая жизнь представляетъ, какъ мы объяснили выше, *организмъ* или систему жизненныхъ отношеній, въ которыхъ проявляются жизненныя цѣли. Этому организму жизненныхъ отношеній, насколько они регулируются правомъ, соотвѣтствуетъ организмъ права какъ правовой порядокъ. Правовой порядокъ, разсматриваемый научно, какъ цѣлая система права, распадается на столько отдѣльныхъ порядковъ, или учрежденій, сколько есть существенныхъ жизненныхъ или правовыхъ цѣлей.

правовомъ случаѣ фактическое всегда будетъ матеріальною основою, но въ правовомъ институтѣ напр. въ институтѣ собственности, или договоровъ слѣдуетъ и *возможныя* отношенія понимать идеально. Вообще, каждое жизненное отношеніе должно быть взято въ своей *этической* связи съ религіей, нравственностью и правомъ, и при томъ *раціонально* (въ философіи права), *эмпирически* (въ исторіи и современной дѣйствительности) и наконецъ *раціонально —эмпирически* (въ жизни и законодательствѣ).

– Профессоръ *Лейстъ* въ своемъ недавно вышедшемъ сочиненіи: Civilistischen Studien auf dem Gebiete dogmatischer analyse römischer Rechtsinstitute", хотѣлъ основать *истинную методу* на изученіи *природы* т. е. *фактическихъ жизненныхъ отношеній*, имѣющихъ свои собственныя, отъ права независимыя правила и называетъ эти правила естественными положеніями. Правовыя положенія по мнѣнію автора, суть только большею частію санкція этихъ естественныхъ положеній. Но авторъ смотритъ на естественное положеніе, какъ на физическіе законы, подобно тому какъ Римляне смотрѣли на ихъ Jus naturale, такъ что нравственная природа человѣка совершенно упускается имъ изъ виду. Но если принять такое воззрѣніе за правильное, то современной юриспруденціи осталось бы только обратиться за поученіями къ Сиявозѣ, который, въ своемъ tract. theol. polit." всего послѣдовательнѣе развилъ это jus naturae и дошелъ до того заключенія, что и pisces summo *naturali jure* aqua potiuntur et magni minores comedunt. Но чтобы нѣчто подобное не случилось и въ мірѣ людей, необходимо, чтобы естественное было умѣряемо и управляемо нравственнымъ— и эти то нравственныя отношенія должно имѣть право въ виду и поддерживать. — Всѣ замѣчательные ученые по положительному праву болѣе и болѣе сознаютъ недостаточность прежнихъ теорій и они ясно понимаютъ, что помочь этому можетъ только теорія жизненныхъ отношеній. Но въ такомъ случаѣ эта теорія должна быть полнѣйшей теоріей всѣхъ *существенныхъ*, духовныхъ, нравственныхъ и естественныхъ жизненныхъ отношеній. Все это не можетъ быть достигнуто безъ изученія философіи вообще и философіи права въ особенности, къ чему должно еще присовокупить изученіе экономическихъ отношеній (которыя весьма часто упускались изъ виду юристами), столь важныхъ при обработкѣ многихъ положеній, институтовъ собственности и договоровъ.

(9) См. *Stahl* «Rechtsphilosophie» 3. Aufl. S. 239. и *Beseler*. System des gem deut. Privatrechts. S. 18.

Отсюда вытекаетъ правовой институтъ, который есть органическое цѣлое связанныхъ между собой отношеній, управляемыхъ общею цѣлью, какъ руководящею идеею. Правовой институтъ, какъ органическая часть *постояннаго* правоваго порядка, есть самъ учрежденіе постоянное, есть почва и основаніе, на которыхъ слагаются дѣйствительныя правовыя отношенія —и поэтому какъ существенное, хотя и способное къ развитію учрежденіе, онъ стоитъ выше измѣняющихся правовыхъ отношеній. Такъ напр. въ частномъ правѣ можно назвать институтами: институтъ собственности съ ея особенными вещными правами; институтъ договора; существенные институты семейной жизни съ юридической ихъ стороны, какъ бракъ, опекунство и пр, потому что они относятся къ постояннымъ человѣческимъ цѣлямъ. Правовой институтъ можетъ быть въ свою очередь, общій или особенный; какъ общій, онъ заключаетъ въ себѣ нѣсколько отдѣльныхъ институтовъ. Такъ институтъ собственности заключаетъ въ себѣ также институтъ владѣнія и пріобрѣтенія; институтъ же договора,—отдѣльные виды договоровъ, обязательныхъ для одной изъ договаривающихся сторонъ, или для обѣихъ, такъ напр. институтъ займа, мѣны, купли, найма и пр. Общая же всѣмъ этимъ институтамъ черта есть та, что всѣ они имѣютъ своимъ предметомъ, *постоянныя*, непреходящія, жизненныя отношенія человѣческаго общества, подлежащія регулированію права.

Отъ правоваго института отличается *правовое отношеніе*, которое въ собственномъ смыслѣ выражаетъ опредѣленное и подлежащее регулированію права отношеніе между *извѣстными лицами*, какъ *субъектами* къ опредѣленному объекту, вещи и дѣйствію. Въ правовомъ отношеніи проявляется и правовой институтъ; но послѣдній, есть основа не одного, а нѣсколькихъ правовыхъ отношеній. Такъ институтъ купли заключаетъ въ себѣ не только юридическое отношеніе между покупщикомъ и продавцемъ, но также и отношеніе къ другимъ лицамъ могущимъ имѣть участіе въ дѣлѣ (напр. если продавецъ продаетъ вещь ему не принадлежащую). Такъ институтъ уступки и передачи обязательствъ заключаетъ въ себѣ не только отношенія между уступающимъ и принимающимъ, но также и между уступающимъ и должникомъ его, точно также какъ между послѣднимъ и принимающимъ. Правовое отношеніе представляетъ поэтому правовой институтъ только съ одной стороны, такъ что въ институтѣ заключается столько отдѣльныхъ правовыхъ отношеній, сколько есть въ немъ различныхъ лицъ и взаимныхъ между ними связей.

Отъ правоваго института и отношенія отличается *правовой случай*, въ которомъ отношенія, поставленныя въ институтѣ какъ *возможныя*, проявляются *въ дѣйствительной жизни*, въ своеобразной, опредѣленной формѣ и между опредѣленными лицами,—и который въ случаѣ спора разрѣшается судебною властью по его индивидуальнымъ моментамъ.

Отличія эти имѣютъ, не только теоретическій интересъ, но они важны и на практикѣ при изслѣдованіи всей правовой системы и при отдѣльныхъ юридическихъ опредѣленіяхъ. Вотъ почему необходимо при частныхъ опредѣленіяхъ отдѣльныхъ правовыхъ отношеній, брать такія опредѣленія прежде всего, въ ихъ связи съ цѣлымъ правоваго института, и вмѣстѣ съ тѣмъ не упускать изъ виду, а уяснять себѣ правовую цѣль, лежащую въ основаніи каждаго опредѣленія, дабы тѣмъ самымъ проникнуть въ разумный смыслъ правовой системы. Такому требованію придано еще слишкомъ мало значенія въ научномъ изложеніи положительнаго права, такъ какъ до сихъ поръ обращали даже мало вниманія, на тѣ принципы, которые лежатъ въ основаніи института дѣйствующаго права, и на внутреннюю ихъ связь между собою. При томъ же совершенно была упущена изъ виду связь, между правовыми и жизненными отношеніями, и даже то малое значеніе этой связи, какое она имѣла до сихъ поръ, у романистовъ осталась безъ всякаго практическаго приложенія, иначе они должны бы были придти къ

такому простому заключенію что *наши* жизненныя отношенія, по формѣ и по своему смыслу, многимъ отличаются отъ отношеній римскаго народа, а потому самому для нихъ необходимо и другое право (10).

7) Право заключаетъ въ себѣ принципъ *объективный* и *субъективный* и должно быть правильно разсмотрено съ обѣихъ этихъ сторонъ.

а) Прежде всего право есть принципъ *объективный*, вещный, т. е. норма, присущая самимъ жизненнымъ отношеніямъ, порядокъ, несозданный человѣческою волей и отъ нея независящій. Эта правовая норма, этотъ порядокъ слагаются соотвѣтственно Богомъ установленному порядку, взаимно обусловливающихся жизненныхъ отношеній, исходящихъ изъ существа человѣчества, и тѣхъ вѣчныхъ цѣлей, къ которымъ оно стремится. Человѣческая воля не въ силахъ ни опредѣлить сущности вещей и отношеній, ни измѣнить что либо во внутреннихъ законахъ основныхъ силахъ, цѣляхъ и отношеніяхъ человѣческой природы, не въ силахъ также сдѣлать правымъ то, что само по себѣ неправо, т. е. несоразмѣрно, несоотвѣтственно извѣстнымъ отношеніямъ. Право поэтому не есть принципъ воли, созданный человѣкомъ, но принципъ жизненный, поставленный Богомъ вмѣстѣ съ основными законами жизни человѣка, какъ путеводная нить и масштабъ всѣхъ проявленій. Потому, что право и что должно быть правомъ опредѣляется прежде всего добросовѣстнымъ точнымъ изслѣдованіемъ тѣхъ жизненныхъ отношеній соотвѣтственное регулированіе которыхъ подлежитъ праву. И если въ томъ или другомъ обществѣ дастся праву *формальное* подтвержденіе волею одного лица или общею подачею голосовъ, то всегда должно имѣть въ виду возможность, что утвержденное еще не безусловно право, что вслѣдствіи лучше сознанныхъ отношеній, оно должно и формально измѣниться. Право не проистекаетъ поэтому *изъ* воли или свободы, а существуетъ, какъ норма *для* воли, какъ дѣятельной способности человѣка.

b.) Но право есть также принципъ *субъективный*, выражающій связь, *отношеніе* между волей или свободой и объективной правовой нормой. Норма эта ставитъ *требованія* для воли или свободы, ибо каждое условіе,—какъ *предположеніе* чего либо существующаго для того, чтобъ было возможно, насколько зависитъ отъ человѣческой воли или свободы, существованіе чего-либо другаго, — разлагается на *требованіе* по отношенію къ волѣ и *потребность* по отношенію къ вещи, объекту (11). *Итакъ право выражаетъ требованіе для воли субъекта.* Здѣсь мы видимъ, что наше философское понятіе о правѣ даетъ ясно главный признакъ *требованія*, встрѣчающагося въ каждомъ положительномъ правѣ, ибо вездѣ во всѣхъ областяхъ права, — въ вещномъ правѣ нѣсколько иначе нежели въ облигаціонномъ, — преобладаетъ понятіе требованія съ тѣмъ только различіемъ, что

---

(10). Досихъ поръ не сдѣлано научнаго сравненія между германскимъ и римскимъ правомъ въ ихъ главныхъ матеріяхъ, что принесло бы наукѣ несравненно болѣе пользы, чѣмъ эта нескончаемая полемика о воззрѣніяхъ, касающихся тѣхъ или другихъ вопросовъ римскаго права. Нерасположеніе къ философскимъ принципамъ, которые часто смѣшиваютъ съ поверхностными абстракціями, было причиною недовѣрія къ принципамъ вообще. Это было причиною также совершенной неспособности юристовъ положительнаго права въ искусствѣ законодательства, которое всегда требуетъ полнаго развитія принциповъ. Новѣйшія законодательства Пруссіи, Австріи и Франціи возникли подъ вліяніемъ философски-образованныхъ людей: *Зуареца, Мартини, Цейллера и Порталиса.*

(11.) Ни одна изъ теорій права не могла досихъ поръ вывести изъ самаго принципа права понятіе положительнаго *требованія* и связанныхъ съ нимъ понятій *притязанія* и *обязательства;* потому что ни одна изъ этихъ теорій не даетъ правоваго понятія самаго права, какъ принципа объективнаго, или, отношенія объективнаго права къ субъекту. Извѣстная жалоба *Фейербаха*, что никакое разумное право не даетъ индивидууму нетолько *положительныхъ* правъ требуемыхъ всякимъ дѣйствующимъ правомъ, но даже и *отрицательныхъ дозволеній*, сама собою уничтожается нашимъ опредѣленіемъ и выводомъ понятія права.

требованіе, относительно вещей, существуетъ для *всѣхъ вообще* членовъ правоваго общества, въ облигаціонномъ же правѣ только для опредѣленныхъ лицъ. Но понятіе требованія есть общее понятіе и не должно быть смѣшиваемо, какъ это часто бываетъ, съ понятіемъ *притязанія, имѣнія на что либо права.* Подъ этимъ общимъ понятіемъ разумѣется основанныя на правѣ и содержащіяся въ какомъ либо общемъ или отдѣльномъ правовомъ отношеніи, требованія субъектовъ. Требованія эти состоятъ *въ правовыхъ* притязаніяхъ для субъекта, получающаго чрезъ нихъ право на что либо и *правовыхъ обязательствахъ* для субъектовъ, обязанныхъ что либо исполнить или неисполнить относительно лица требующаго. Правовое притязаніе и прававое обязательство составляетъ слѣдовательно двѣ соотвѣтствующія стороны одного общаго понятія правоваго требованія. Требованіе это, какъ явствуетъ изъ понятія права, прежде всего положительное и только въ нѣкоторыхъ случаяхъ является также отрицательнымъ. Поэтому правовыя притязанія обязательства бываютъ положительныя и отрицательныя. Такимъ образомъ прежде всего есть требованія, проистекающія изъ общечеловѣческихъ отношеній и изъ отношеній частныхъ; такъ напр. требованіе о подачѣ помощи другому въ нуждѣ, если помощь не связана для помогающаго съ опасностью и лишеніями (что опредѣляется лишь одною нравственностью), напр. требованія, проистекающія изъ семейныхъ отношеній. Кромѣ того есть требованія, порождаемыя правовыми или неправовыми дѣяніями, такъ называемыя обязательства, возникающія изъ договора и частныхъ правонарушеній.

c) При изслѣдованіи отношенія субъекта къ объективной правовой нормѣ, должно тщательно избѣгать двухъ уклоненій, которыя ведутъ, съ одной стороны къ ложному пониманію правоваго и нравственнаго значенія субъективнаго принципа, свободной воли, съ другой къ совершенному непризнанію принципа объективнаго, или, по крайней мѣрѣ, къ не полной оцѣнкѣ его высшаго значенія. Что касается ложнаго пониманія субъективнаго принципа, то на этотъ счетъ въ новѣйшее время нечего опасаться, потому что принципъ этотъ, въ послѣднія столѣтія служитъ основой почти всѣхъ теорій права и государства, и проявляется также практически въ стремленіяхъ къ свободѣ. Тѣмъ не менѣе и этотъ принципъ рѣдко былъ до сихъ поръ правильно понимаемъ, такъ какъ многіе полагали, что произволъ и свобода имѣютъ для права одинаковую важность и что правовая свобода, какъ внѣшняя, можетъ быть совершенно отдѣлена отъ внутренней, нравственной свободы. Вопервыхъ свобода (12) хотя и проявляется различно, но по своему источнику, едина, а вовторыхъ она должна всегда подчиняться высшимъ объективнымъ правовымъ нормамъ и должна смотрѣть на себя не какъ на источникъ права, а какъ на исполнительницу его. Даже въ той внутренней правовой сферѣ, которая предоставлена свободной личности и гдѣ можно поступать по своему усмотрѣнію безъ всякой внѣшней отвѣтственности, каждый человѣкъ обязанъ признать себя отвѣтственнымъ предъ Богомъ и своею нравственно—правовою совѣстью и постоянно стремиться къ тому, что есть само по себѣ право. Но еще болѣе, чѣмъ въ сферѣ личной, связана свобода въ сферѣ общественной съ извѣстными *условіями*, служащими обществу ручательствомъ соразмѣрнаго съ обстоятельствами осуществленія этой свободы. Жизнь общественная не терпитъ абстрактной, совершенно независимой свободы, — она должна или ограничить свободу извѣстными условіями, или сама погибнуть отъ нея. Въ правильномъ пониманія субъективнаго правоваго принципа лежитъ поэтому та истина, что право есть высшій порядокъ, уважающій свободу, предоставляющій ей соотвѣтственное назначеніе, и самъ посредствомъ нея осуществляемый. Отсюда ясно,

---

(12.) О свободѣ, ея источникахъ, различныхъ направленіяхъ и развитіи свободы въ обществѣ см. мою Rechtsphilosophie 4. Aufl. s. 384—402.

что право не есть слѣпая сила природы, которой люди волей или неволей должны повиноваться, а напротивъ божественно-жизненная идея, свободное выполненіе которой составляетъ признакъ человѣческаго достоинства. Вотъ почему при всякомъ созданіи и выполненіи права должно предоставить свободной личности содѣйствіе, объемъ котораго опредѣляется и расширяется, смотря по степени духовнаго и нравственнаго образованія.

Объективный правовый принципъ не былъ до сихъ поръ вполнѣ и правильно развитъ ни въ одной изъ теорій, ни даже въ тѣхъ школахъ, которыя считаютъ себя выше субъективной точки зрѣнія. Ни *историческая*, ни *теологическая* школа, ни спекулативная школа Гегеля не даютъ намъ истинно вещнаго, объективнаго принципа права (13). Историческая школа выставляетъ только одну сторону, именно *развитіе* права; тамъ же, гдѣ почувствовалась необходимость философски опредѣлить самый *принципъ права*, *школа эта* не вышла за предѣлы субъективной точки зрѣнія, (14) ибо принципъ этотъ ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть найденъ въ исторіи. Если искать источникъ права *въ народномъ духѣ*, въ *народномъ сознаніи*, въ *общей волѣ*, то источникъ этотъ всегда останется субъективнымъ, хотя онъ такимъ образомъ, и переносится отъ отдѣльнаго лица на цѣлое. Теологическая школа, принципъ которой есть *воля* Божія, разсматриваетъ правовой порядокъ, какъ *откровеніе божественной воли* и такимъ образомъ, хотя и находитъ принципъ, стоящій выше воли человѣческой, но, какъ справедливо уже замѣтилъ Лейбницъ, не божественная воля создаетъ истину и право, но они лежатъ въ самой сущности вещей и отношеній. Спекулативная философія Гегеля смотрѣла на право, только какъ на *осуществленіе* свободы и этимъ достаточно доказала субъективность своей точки зрѣнія, которая въ дальнѣйшемъ развитіи этой школы выступила еще опредѣленнѣе; еще исключительнѣе. Одинъ *Шталь* подвинулся ближе къ объективному принципу, въ созданной имъ теоріи «жизненныхъ отношеній,» но и онъ неразвилъ его научно, потому что не изслѣдовалъ глубже внутренней сущности этихъ отношеній. Только въ философскомъ понятіи права *Краузе* признаны одинаково, какъ показано выше, объективный принципъ, служащій нормой для взаимно обусловливающихся жизненныхъ отношеній и субъективной, нравственно-правовой принципъ свободы.—

---

(13) Объ этомъ см. подробнѣе мою Rechtsphilosophie. 4. Aufl. S. 150—161.

(14) Такимъ образомъ *Савиньи* при болѣе тѣсномъ опредѣленіи понятія права въ сущности не пошелъ дальше Канта, хотя они и различествуютъ между собою значительно въ пониманіи отдѣльныхъ частей права. Въ своемъ System des heut. römischen Rechts. B. I. S. 331. Савиньи говоритъ: „Человѣкъ находится среди внѣшняго міра, а правовымъ элементомъ въ этой средѣ будетъ для него соприкосновеніе съ существами равными ему по природѣ и назначенію. Это соприкосновеніе другъ съ другомъ свободныхъ существъ можетъ тогда лишь споспѣшествовать ихъ свободному развитію, когда мы признаемъ невидимыя границы, внутри которыхъ бытіе и дѣятельность каждаго лица получаютъ свободу и безопасность. Правило, которымъ опредѣляется эта *граница* и эта сфера, есть *право*.“ Противъ этаго должно замѣтить, что право, правда опредѣляетъ эти границы, но прежде всего оно регулируетъ тѣ отношенія, которыя возникаютъ оттого, что каждое отдѣльное лице, *никогда* не будучи въ состояніи само себя удовлетворять во всемъ, стремится *выйти* изъ своихъ границъ и сферы, существовать не только рядомъ съ другими лицами, но жить и дѣйствовать взаимно одинъ *для* другаго. На стр. 24 Савиньи говоритъ: “право живетъ во всеобщемъ *народномъ духѣ*, слѣдовательно и въ *совокупной волѣ народа* и поэтому также въволѣ каждаго отдѣльнаго лица.“ Но право живетъ объективно въ самыхъ отношеніяхъ, которыя только сознаются болѣе или менѣе ясно народнымъ духомъ. *Совокупная* воля, принимаемая Савиньи, показываетъ какое господство получила volonté générale Руссо,—къ чему, примкнулъ также и Гегель,—какъ самое ясное выраженіе субъективной точки зрѣнія, даже надъ тѣми, которые никакъ не допускаютъ послѣствій этаго принципа, покрайней мѣрѣ въ публичномъ правѣ.

8.) Право есть понятіе *органическое*, если подъ этимъ словомъ понимать взаимное опредѣленіе всѣхъ частей и отношеній, заключающихся въ единствѣ цѣлаго (15) и является таковымъ трояко: во 1–хъ само по себѣ разсматриваемое въ совокупности высшаго цѣлаго; во 2–хъ) относительно жизненныхъ отношеній, которыя оно регулируетъ и въ 3–ихъ) относительно дѣятельности, которая его осуществляетъ.

а) Сама по себѣ идея права есть органическая, потому что она находится въ тѣсной связи съ идеями религіи, истины, добра, прекраснаго и нравственнаго, а всѣ эти идеи суть только различныя проявленія въ жизни *самаго божественнаго*. Право не можетъ по этому подтверждать такія вещи, которыя находятся въ разногласіи съ этими сродственными ему идеями; оно должно напротивъ, по взаимной зависимости и внутренней связи своей съ ними, съ одной стороны регулировать и подтверждать основныя требованія этихъ идей, на сколько они обусловливаются человѣческой дѣятельностью, и тѣмъ самымъ дать этимъ людямъ жизненную подпору, а съ другой должно само подчиниться вліянію этихъ жизненныхъ принциповъ; такъ что весь правовой порядокъ, имѣя свое коренное основаніе въ религіи, истинѣ и добрѣ, представляется и самъ гармонически прекраснымъ цѣлымъ.

b.) По *организму жизненныхъ отношеній*, въ которомъ отражается внутренняя связь всѣхъ идей, какъ жизненныхъ цѣлей,—право является органическимъ, потому что при каждомъ правовомъ опредѣленіи извѣстнаго жизненнаго отношенія должны быть приняты во вниманіе, какъ вліяніе всѣхъ другихъ существенныхъ жизненныхъ отношеній, такъ и обратное дѣйствіе самаго права на эти отношенія. Если дѣло идетъ напр. о правовомъ устройствѣ собственности и имущественныхъ отношеній, то сперва должно принять во вниманіе всѣ сродственныя съ ними отношенія экономическія какъ то, вліяніе на производство, распредѣленіе и потребленіе богатствъ; потомъ также не должно забывать и высшія этическія, преимущественно нравственныя, жизненныя требованія. Ибо тутъ нельзя довольствоваться тѣмъ, чтобы *вообще* производилось много и распредѣлялось бы свободно, но необходимо также обратить вниманіе на то, чтобы съ одной стороны не преобладалъ только одинъ динамическій законъ, дающій всегда перевѣсъ боль–

---

(15) Важная заслуга философіи *Шеллинга* состоитъ въ томъ, что она выдвинула на первый планъ понятіе организма въ противоположность понятію механизма. Непосредственнымъ слѣдствіемъ этаго было замѣненіе въ наукахъ естественныхъ прежнихъ механическихъ и анотомическихъ теорій теоріею организма. Но такъ какъ понятіе объ органическомъ, въ своемъ общемъ научномъ значеніи, относится нетолько къ жизни природы, гдѣ оно только проявляется болѣе внѣшнимъ и наглядымъ образомъ, но также и къ *жизни* вообще,—которая есть ничто иное какъ постоянное, вѣчное единство связанныхъ между собою и воздѣйствующихъ другъ на друга функцій,—поэтому понятіе организма было вскорѣ перенесено на всѣ области духовной и общественной жизни. Особенная заслуга Исторической школы заключается въ томъ, что она, вслѣдствіи этаго, болѣе глубокаго философскаго изслѣдованія, выставила и право какъ *органическую* идею, потому что право есть жизненная дѣятельность народа, которая тѣсно связана со всѣми другими отраслями дѣятельности и развивается вмѣстѣ съ цѣлою жизнью народа. Но еще долгое время, вслѣдствіи спекулативной теоріи Шеллинга, философія не отличала надлежащимъ образомъ природы отъ духа, и нетолько ставила параллельно обѣ эти сферы жизни, но и отождествляла ихъ. Потому и въ области духовной и общественной жизни еще долго былъ упускаемъ изъ виду духовный характеръ свободы, въ противоположность прежнему механическому понятію свободы. Заговорили *о естественномъ происхожденіи* права, государства и проч. и при этомъ забыли о болѣе высокомъ духовномъ развитіи, т. е. о свободно-нравственномъ образованіи этихъ жизненныхъ порядковъ. Такимъ образомъ и историческая школа уже слишкомъ односторонне смотрѣла на право, какъ на жизненное отношеніе, сложившееся посредствомъ естественныхъ законовъ, и связала право, въ особенности при обработкѣ Римскаго права, по прежнему съ субъективными, формальными теоріями воли и сознанія. Вообще эта школа совершено забыла объ *этическо*-органическомъ характерѣ права, какъ его сущности, основѣ и цѣли.

шему имуществу передъ малымъ вслѣдствіе чего могутъ обѣднѣть цѣлые классы;— съ другой же стороны, чтобы всѣ богатства народныя не были увлечены въ круговоротъ быстраго обращенія цѣлостей, чрезъ что государство можетъ потерять всѣ свои твердыя основы, покоющіяся на матеріальномъ богатствѣ, въ особенности на поземельной собственности. Въ имущественныхъ отношеніяхъ, какъ и во всѣхъ другихъ, должно споспѣшествовать благу цѣлаго и частей по органической связи ихъ между собою, а не благу отвлеченной общности или благу, взятой изолированно, отдѣльной единицы.

с). Право является наконецъ органическимъ по своему *осуществленію* въ жизни. Право осуществляется во всѣхъ сферахъ дѣятельности и отношеніяхъ физическими и нравственными лицами. Лица эти опредѣляются во первыхъ *сами собою*, а во вторыхъ чрезъ посредство всѣхъ *другихъ лицъ*, приходящихъ съ ними въ соприкосновеніе; по этому, и въ правѣ, каждое лице должно прежде всего, своею *собственною* дѣятельностью возстановить условія своей разумной жизни, такъ, чтобы каждый имѣлъ въ виду прежде всего самаго себя и свою собственную дѣятельность. Такъ въ личномъ правѣ, каждый долженъ самъ выполнять условія своихъ жизненныхъ благъ, т. е. самой жизни, здоровья, чести, свободы и проч. Далѣе, въ вещномъ правѣ каждое лицо должно само выполнять условія пріобрѣтенія и потребленія имущества, т. е. завладѣвать вещами, неимѣющими владѣльца, (что бываетъ теперь уже очень рѣдко), или, какъ въ большей части случаевъ, пріобрѣтать, правовымъ образомъ, отъ другихъ свободнымъ договоромъ или посредствомъ этическихъ жизненныхъ связей. Такимъ образомъ прежде всего каждая личность возстановляетъ сама условія своей нравственно—доброй жизни, посредствомъ собственной своей дѣятельности, причемъ каждая личность должна поступать по праву и *противъ самой себя*. Но съ другой стороны человѣческая личность можетъ зависѣть, во всѣхъ существенныхъ жизненныхъ отношеніяхъ, отъ другихъ личностей, отъ ихъ дѣятельности, отъ ихъ поддержки и заботы и притомъ такъ, что не можетъ замѣнить этой поддержки никакимъ своимъ матеріальнымъ имуществомъ, или своей личной дѣятельностью. Въ такихъ случаяхъ само общество должно оказать нравственно—справедливую помощь. Но и тутъ не должна быть упускаема изъ виду органическая постепенность общественныхъ союзовъ. Такъ каждый дитя или взрослый подлежатъ прежде всего заботѣ своего семейства. Если семейство не можетъ, вовсе или отчасти, выполнить эту обязанность, она переносится на *сословіе*, (разумѣется только въ тѣхъ обществахъ, которыя имѣютъ сословную организацію), къ которому принадлежитъ нуждающееся лицо; если сословіе не можетъ взять на себя эту обязанность, тогда она переходитъ на *общину*, т. е. на первый мѣстный общественный союзъ. Если силы общества также недостаточны, тогда заботу долженъ взять на себя ближайшій высшій союзъ, т. е. область, провинція, или наконецъ *высшая государственная власть*. Въ случаяхъ болѣе важныхъ, когда представляется надобность въ болѣе обширномъ вспомоществованіи, должно наступить *совокупно—органическое содѣйствіе* всѣхъ этихъ ступень, семействъ, общинъ, областей, провинцій и верховной государственной власти, къ которымъ могутъ еще присоединиться и *свободныя общества*, составленныя съ цѣлью уничтоженія какого нибудь вреда и вспомоществованія какой либо общественной пользѣ. Вотъ какимъ образомъ происходятъ, въ правильно организованномъ человѣческомъ обществѣ, нравственное и правовое вспомоществованіе.

Такимъ органическимъ пониманіемъ права, сами собою разрѣшаются важные спорные вопросы, возникающіе часто вслѣдствіе односторонняго пониманія того или другаго правоваго отношенія, взятаго отвлеченно, внѣ его связи съ другими обусловливающими и ограничивающими его отношеніями. —

9). Право, имѣя всегда прямое отношеніе къ жизни и жизненнымъ отношеніямъ, является также и *принципомъ историческимъ*. И, такъ какъ жизнь есть развитіе того, что заключается въ сущности человѣка и человѣчества, поэтому и право постоянно развивается вмѣстѣ съ развитіемъ народовъ и всего человѣчества. Право вѣчно и вмѣстѣ съ тѣмъ временно—явленіе постоянно измѣняющееся; оно вѣчно, потому что его основаніе, условность жизни и цѣль сдѣлать возможнымъ достиженіе человѣкомъ своего назначенія — всегда останутся неизмѣнными; оно временно, перемѣнчиво, потому что условія жизни и прогресса, при постоянномъ развитіи жизни, должны постоянно измѣняться вмѣстѣ съ измѣненіемъ жизненныхъ отношеній. Въ нашемъ понятіи о правѣ, болѣе нежели во всякомъ другомъ, заключаются оба важныхъ момента, изъ которыхъ одинъ даетъ праву внутреннюю силу, прочность и постоянную норму, а другой вводитъ право въ общее движеніе жизни. Такъ какъ право, какъ принципъ историческій, въ своемъ развитіи тѣсно связано съ каждою ступенью развитія людей и народовъ и должно выливаться въ формы и учрежденія соотвѣтственно ступенямъ цивилизаціи, потому нѣтъ никакаго противорѣчія утверждать, что то, что признается правомъ въ одно время можетъ, съ измѣненіемъ обстоятельствъ, сдѣлаться не правомъ. Для того чтобы, по выраженію поэта, «право и законы не сдѣлались вѣчною, хроническою болѣзнью, разумъ—безсмыслицею, благодѣяніе — карою» необходима соотвѣтственная измѣняемость какъ въ публичномъ правѣ, гдѣ, вслѣдствіе общности отношеній и измѣненія должны быть значительнѣе, такъ и въ частномъ правѣ, только въ меньшей мѣрѣ. Эта истина не была однако сознана историческою школою, которая несмотря на то, что принимаетъ принципъ постепеннаго развитія права, полагаетъ что право сложившееся у Римлянъ призвано къ вѣчному господству. Между тѣмъ не подлежитъ никакому сомнѣнію доказанный Германистами фактъ, что Римское право было существенно измѣнено во всѣхъ своихъ частяхъ, при перенесеніи его на Германскую почву. Кромѣ того, дѣйствительная жизнь народа, установившаго публично—правовое единство, требуетъ такаго же единства и въ частномъ правѣ. Потому историческая школа осталась при противорѣчіи своей теоріи съ ея приложеніемъ. Въ этомъ и заключается причина того, что историческая школа ложно поняла тѣ высшія нормы права, которыя относятся къ постояннымъ гуманнымъ и нравственнымъ цѣлямъ и поэтому не дала въ своей теоріи постояннаго масштаба того, что признавалось и признается во всѣ времена нечеловѣчнымъ и несправедливымъ т. е. абсолютно неправымъ. Родительская власть есть постоянное человѣческое правовое отношеніе, тѣмъ не менѣе подкидываніе дѣтей, слѣдствіе этой власти, всегда считалось неправымъ и безнравственнымъ. — Бракъ есть нравственный союзъ, тѣмъ не мѣнѣе многоженство является пагубнымъ институтомъ, который всегда приводилъ государство къ разложенію. Точно также пытка была ложнымъ средствомъ для открытія судебный истины. По этому, чтобы отличить гуманное отъ негуманнаго, нравственное отъ безнравственнаго, правовое отъ неправоваго,— недостаточно однихъ результатовъ выработанныхъ исторіей, которая принимаетъ все одинаково, какъ историческій фактъ,—тутъ необходимъ путеводный свѣточъ правоваго принципа, выведеннаго изъ сущности человѣчества и идущаго рука объ руку съ нравственностью. Многое въ исторіи можно объяснить, но не оправдать, не все то разумно, что дѣйствительно было или есть. Какъ исторія вообще, такъ и каждое отдѣльное историческое правовое состояніе, должны быть измѣряемы по высшимъ гуманическимъ идеямъ и цѣлямъ. Всѣ учрежденія и институты, которые не служили основой для дальнѣйшаго развитія народа, были причиной упадка государствъ и не могли соотвѣтствовать истиннымъ отношеніямъ и потребностямъ жизни, должны быть отвергаемы правомъ.

10.) Право слагается въ исторіи различно, по національностямъ; оно является

по этому *національнымъ* принципомъ и формируется, смотря по народнымъ обычаямъ, слагающимся различно изъ народнаго характера и свойственнаго тому или другому народу пониманія жизни. Эту истину мы еще болѣе разовьемъ ниже при философскомъ обозрѣніи исторіи права. Здѣсь намъ остается только разсмотрѣть самый принципъ и опровергнуть ложныя мнѣнія на немъ построенныя. Изъ самаго принципа національности права явствуетъ, что каждый самостоятельный народъ долженъ обладать самобытною правовою системою и первоначально онъ дѣйствительно ею обладаетъ. Но при большемъ сближеніи народовъ, нѣсколько національностей сливаются въ народный союзъ съ однимъ общимъ государственнымъ правомъ и даже однимъ общимъ гражданскимъ правомъ, хотя каждая изъ этихъ національностей сохраняетъ тѣ изъ своихъ институтовъ, которые не подходятъ подъ общее единство. Далѣе, такъ какъ всѣ націи суть члены человѣчества и добро, выработанное однимъ народомъ въ своей жизни, можетъ въ немъ удержаться, несмотря на историческую измѣняемость жизни и быть передано другимъ народамъ, поэтому одна нація можетъ заимствовать отъ другой вполнѣ или отчасти ея правовую систему, точно такъ какъ можетъ заимствовать науку и искусство тѣмъ болѣе, что извѣстныя человѣческія отношенія слагаются вездѣ одинаково и только получаютъ у однаго народа лучшее правовое опредѣленіе, нежели у другаго. Такъ облигаціанное право лучше выработалось у Римлянъ, чѣмъ у германскихъ народовъ; вслѣдствіе чего, когда получили большее развитіе въ Германіи торговыя сношенія, обитатели этой страны видѣли себя принужденными заимствовать у Римлянъ ихъ облигаціонное право. Не подлежитъ однако сомнѣнію, что каждый самобытный народъ всегда переработываетъ, даже заимствованное отъ другихъ, по своему, какъ это случилось въ Германіи съ Римскимъ правомъ вообще и облигаціоннымъ въ особенности. Въ публичномъ правѣ однако, которое регулируетъ совокупныя, общія отношенія, такое перенесеніе его съ одной почвы на другую связано съ большими опасностями, потому что тутъ невозможна постепенная ассимиляція и перерываніе посредствомъ частной дѣятельности, причемъ по необходимости должна, съ самаго начала, разомъ установится система, разсчитанная по другимъ жизненнымъ формамъ. Вотъ почему перенесеніе цѣлыхъ конституцій отъ однаго народа къ другому всегда оказывалось несостоятельнымъ, хотя и тутъ можно бы было указать на нѣкоторыя сходныя черты въ государственной жизни обоихъ народовъ. Далѣе въ народности права лежитъ требованіе, чтобы оно соотвѣтствовало потребностямъ и особеннымъ жизненнымъ отношеніямъ своего народа, потому оно должно быть писано не на ученомъ языкѣ, а на народномъ. Но въ принципѣ народности права вовсе не коренится требованіе, чтобы народъ, не только содѣйствовалъ законному утвержденію права чрезъ своихъ представителей, но также и участвовалъ бы непосредственно въ рѣшеніи гражданскихъ и уголовныхъ дѣлъ чрезъ выбранныхъ изъ среды своей судей, долженствующихъ будто-бы на основаніи своей правовой совѣсти, какъ представители народнаго сознанія, постановлять рѣшенія о фактической и юридической сторонѣ вопроса. Народъ конечно не долженъ быть исключенъ изъ участія въ образованіи права и практическомъ приложеніи послѣдняго, но не народъ, какъ хаотическая масса, хотя бы и ограниченная извѣстнымъ цензомъ. Этимъ мы хотимъ только сказать, что въ тѣхъ или другихъ правовыхъ рѣшеніяхъ имѣютъ голосъ тѣ сословія, у которыхъ по ихъ соціальному призванію, предполагается близкое знакомство съ тѣми отношеніями, объ которыхъ идетъ рѣчь при этихъ рѣшеніяхъ;—такъ торговые, промышленные и земледѣльческіе классы могутъ подавать свой голосъ въ торговыхъ, промышленныхъ и земскихъ судахъ. Въ этомъ смыслѣ должно слагаться, выходящее изъ народа «народное право», предполагающее однако не неопредѣленное «народное сознаніе,» а близкое зна-

комство съ особенными жизненными отношеніями и притомъ не могущее обойтись также безъ содѣйствія основныхъ принциповъ юридической науки, представляемой особеннымъ общественнымъ правовымъ органомъ, сословіемъ ученыхъ юристовъ (16).

---

(16) См. *Безелера* Volksrecht und Juristenrecht, 1843. Сочиненіе это указываетъ на необходимость принимать право въ тѣсномъ отношеніи къ народу, его сознанію и его потребностямъ. Неопредѣленностію понятія "народнаго сознанія," какъ источника права, воспользовались люди крайнихъ убѣжденій, чтобы отвергнутъ всякую научную обработку права. — См. сочиненіе *Шталя:* Rechtswissenschaft oder Volksbewusstsein, написанное противъ сочиненія *Кирхмана:* über die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Въ моей философіи права я, кажется, опредѣлилъ правильное отношеніе одного понятія къ другому; тамъ же довольно правильно обсуждены вышеупомянутыя заблужденія. Въ заключеніи я говорю, что желать уничтоженія особаго органа ученыхъ юристовъ, также безсмысленно, какъ еслибъ кто сталъ утверждать: „что человѣкъ могъ бы лучше ходить, еслибъ у него не было тѣхъ особенныхъ органовъ, которые создала природа для его движенія".

ГЛАВА III.

КРАТКОЕ СРАВНЕНІЕ ВЫВЕДЕННАГО ПРИНЦИПА ПРАВА СЪ ВАЖНѢЙШИМИ ТЕОРІЯМИ ИСТОРІИ ФИЛОСОФІИ ПРАВА.

Философское обозрѣніе историческаго развитія народовъ въ отдѣльныхъ областяхъ культуры приводитъ къ заключенію, что различныя направленія умственной дѣятельности, руководящія внѣшнюю и внутреннюю жизнь и являющіяся въ ней противоположности и столкновенія представляются съ высшей точки зрѣнія содержащими въ себѣ вмѣстѣ съ ошибочнымъ и ложнымъ, извѣстную долю истиннаго и добраго и ведущими различными путями къ одной общей цѣли. Такъ исторія философіи, въ послѣдовательномъ историческомъ развитіи одна изъ другой философскихъ системъ, хотя и весьма далекихъ иногда отъ истины, представляетъ намъ, что несмотря на многія ошибки и заблужденія философскихъ системъ, каждая изъ нихъ сдѣлала успѣхъ, какъ относительно сущности самаго предмета, такъ и метода. Потомъ исторія философіи представляетъ также намъ въ каждую главную эпоху господствующую систему, которая своими болѣе высшими началами старается синтетически обнять въ болѣе высшемъ принципѣ прежнія направленія. Тоже самое представляетъ въ болѣе ограниченной сферѣ исторія философіи права: во всѣхъ болѣе или менѣе замѣчательныхъ теоріяхъ права, хотя часто и далеко неудовлетворительныхъ, содержится своя доля истины, и чѣмъ полнѣе былъ принципъ права такихъ теорій, тѣмъ болѣе онъ былъ способенъ открыть и соединить отдѣльныя стороны истины прежнихъ теорій. Позднѣйшій и болѣе вѣрный, нежели всѣ другіе принципъ права, высказалъ Краузе. Постараемся передать этотъ принципъ права вкратцѣ, сравнивая его со всѣми главными предъидущими системами права.

Если мы при этомъ сравненіи будемъ слѣдить за главными эпохами развитія понятія о правѣ и государствѣ, то изъ временъ древности рѣзко выдвинется впередъ философскій геній Платона, ученіе котораго внутренно до такой степени сродственно христіанству, что ученіе это надолго оставалось духовнымъ свѣточемъ въ мірѣ христіанскомъ. Право было глубоко понято Платономъ, но только болѣе высокій принципъ права, представленный теоріей Краузе, даетъ возможность понять не только идеальную красоту, но и глубокую практическую истину идеи Платона. Платонъ правильно понялъ право и относящуюся къ нему добродѣтель справедливости, не только какъ внѣшнее, относительное начало, необходимое для

общественной жизни, но также какъ внутренній порядокъ духовной жизни, который изъ области духа являетъ свое отраженіе и во внѣшнемъ порядкѣ. Въ этическомъ цѣломъ добродѣтелей, Платонъ смотритъ на справедливость, какъ на ту изъ нихъ, которая прежде всего устанавливаетъ въ практическомъ отношеніи всѣ другія добродѣтели, гармонически связываетъ между собой всѣ составныя части и силы души, указываетъ каждой части соотвѣтственную сферу дѣятельности, даетъ высшему владычество надъ низшимъ, доставляетъ преимущество высшему добру надъ низшимъ, такъ что все получаетъ въ душѣ *себѣ соотвѣтственное*, προσηκον. Подобно тому, какъ здоровье тѣла заключается въ томъ, что всѣ составныя части и силы дѣйствуютъ, владычествуютъ и подчиняются сообразно природѣ, точно также и справедливость влечетъ за собой этически здоровое состояніе души. Платонъ понимаетъ справедливость, какъ добродѣтель, которая, разчленяя общее, цѣлое, въ частности, правильно распредѣляетъ взаимное отношеніе этихъ частностей, сообразно ихъ положенію и ихъ дѣятельности.

По образу этой внутренней справедливости души, хотѣлъ устроить Платонъ государство—человѣка въ большомъ видѣ, въ которомъ бы всѣ части организма соединялись въ одно цѣлое, гдѣ бы каждый членъ имѣлъ мѣсто и занятіе, по степени его годности и добродѣтели, всѣ же члены этого организма должны способствовать общему дѣлу—воспитанію человѣчества. Но однако въ своемъ ученіи о государствѣ Платонъ не возвысился надъ своимъ временемъ, онъ только идеализировалъ древній взглядъ на государство, взглядъ по которому государство считалось чѣмъ то высшимъ, нежели человѣкъ. Платонъ непризнавалъ свободы и самоопредѣленія личности ни въ обществѣ, ни въ бракѣ, ни въ семействѣ, ни въ экономической жизни, ни въ государствѣ, потому что человѣческая личность, часто совершенно исчезаетъ въ государствѣ; но существенная ошибка этаго мыслителя заключается главнымъ образомъ въ томъ, что онъ хотѣлъ устроить государство по образу отдѣльной человѣческой личности. Послѣднѣе есть весьма важная философская и этическая ошибка; но сущность справедливости взятую саму по себѣ, Платонъ понялъ вѣрно, какъ гармоническое установленіе того, что принадлежитъ каждый части живаго цѣлаго, сообразно ея сущности т. е. что эта часть должна дѣлать для пользы цѣлаго, и что она должна получать, такъ что подъ своимъ προσηκον онъ разумѣлъ, какъ то, что, каждый долженъ получать, такъ и то, что каждый долженъ выполнять.

Взглядъ Платона на право вмѣстѣ съ общими гуманными и космополитическими выводами греческихъ стоиковъ, хотя и былъ не вполнѣ понятъ Цицерономъ, но тѣмъ не менѣе имѣлъ несомнѣнное вліяніе на римскую науку права, особенно на существенныя понятія о bonum, honestum и aequum. (1)

Христіанство. Разсматривая его здѣсь только съ точки зрѣнія нашей науки, оно хотя и оставило выведенное Платоновой философіей права понятіе *внѣшней* и *внутренней* справедливости, но взглядъ на государство значительно измѣнился. Христіанство, признавъ въ человѣческомъ существѣ вѣчное божеское начало и непосредственное единеніе его жизни съ благомъ, поставило человѣческую личность выше временнаго явленія государства, которое стало разсматриваться ни какъ цѣль для себя самаго, а какъ только средство для человѣка и его высшихъ цѣлей. Христіанское время раздѣляется по отношенію къ ученію о правѣ и государствѣ на двѣ главныя эпохи. *Первая эпоха* обнимаетъ собой время отцевъ церкви,

---

(1) Два опредѣленія естественнаго права: jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit; pr. Inst. I. 2, de jure nat; и L. 11 D. 1. 2. de orig. juris. (paulus) quod semper aequum ac bonum est, id est jus naturale, указываютъ на различные взгляды римской юриспруденціи. Послѣднее опредѣленіе очевидно выросло не на римской почвѣ.

между которыми главное мѣсто занимаетъ, по отношенію къ ученію о правѣ и государствѣ, *Св. Августинъ*, и средніе вѣка, въ которые содѣйствовалъ развитію ученія о правѣ, въ особенности о государствѣ *Ѳома Аквинскій*. *Вторая эпоха*, *новѣйшее* время, заключаетъ въ себѣ возрожденіе философіи и реформацію. Главная характеристика этихъ эпохъ заключается въ томъ, что въ первой, право и справедливость, относясь къ внутренней жизни человѣка, были поставлены въ тѣсной, внутренней связи съ религіей и религіозной догмой, а потому церковь и государство, право и религія оставались тѣсно, внутренно связанными съ теоріею, хотя на дѣлѣ государство постоянно стремилось къ своей самостоятельности. Хотя важно въ принципѣ внутреннее соединеніе права съ религіею и нравственностію, но въ эту первую эпоху относительная самостоятельность и истинная сущность права и государства, почти непризнавались вовсе. Потому, по естественному закону развитія, возникло направленіе, стремящееся къ признанію самостоятельной природы права и государства. Но это направленіе въ свою очередь тоже ударилось въ крайность: право было понято только какъ *внѣшній* принципъ, относящійся къ общественной жизни, отдѣленной отъ самаго Бога и религіи; на право смотрѣли только исключительно съ человѣческой точки зрѣнія, при чемъ человѣкъ брался единицей, оторванной отъ всего объективнаго порядка жизни; наконецъ послѣдняя этическая связь права съ нравственностью была уничтожена. Въ этомъ направленіи кромѣ того видятъ обновленіе философіи права;—правда что послѣднее было обнято съ многихъ существенныхъ сторонъ его и излагаемо въ болѣе строгомъ методѣ,—но тѣмъ не менѣе все это направленіе, взятое въ совокупности, привело только къ одностороннему, *внѣшнему*, чисто *субъективному*, *формально—логическому* и *абстрактному* характеру. Въ наше время все ощутительнѣе и ощутительнѣе становится потребность связать право съ жизненнымъ порядкомъ, съ нравственностью и религіей. Но эта потребность можетъ быть удовлетворена только такой наукой, которая, не отвергая принципъ и результатъ новѣйшаго направленія относительной самостоятельности и принципъ преимущественно внѣшняго соціальнаго характера права и выводимыхъ отсюда необходимыхъ слѣдствій, придерживаясь высшаго христіанскаго и Платонова понятія внутренней справедливости, поставила бы право въ тѣсную связь со всѣми жизненными благами и добродѣтелями, какъ отдѣльнаго лица, такъ и цѣлаго общества.

Разсматривая теперь въ краткомъ очеркѣ важнѣйшія направленія новѣйшей эпохи, столь важной для развитія науки философіи права, мы увидимъ, что всѣ эти направленія высказали свою долю правды, а грубыя ошибки ихъ вызывали всегда оппозицію и реакцію.

Тотчасъ съ реформаціей выступили такъ называемые *предтечи* Гуго-Гроція (Меланхтонъ, Ольдендорпъ, Геммингъ, Гентилисъ и въ особенности Винклеръ), которые, выведенное изъ *природы* человѣка *естественное право*, разсматривали во нутренней связи съ религіей откровенія и нравственностью; признавали *двоякое* естественное право, по двоякому исторически-библейскому состоянію человѣка.

Состояніями такими считали: *состояніе невинности*, когда господствовала любовь, неиспорченность и еще не существовали, сдѣлавшіеся необходимыми послѣ грѣхопаденія институты собственности, общественнаго неравенства, договоровъ и т. п. Въ позднѣйшемъ состояніи сохранилась лишь часть первобытнаго права, которое должно было защищаться и охраняться законами. Итакъ уже здѣсь природа человѣка преимущественно сдѣлалась исходной точкой и естественное право весьма справедливо было поставлено въ зависимость отъ нравственнаго состоянія человѣчества. Надъ этимъ взглядомъ, господствовавшимъ въ средніе вѣка и принятомъ позднѣйшими писателями, выводившими теперешнее естественное право изъ грѣхопаденія, — многіе писатели думали возвыситься, придерживаясь того же взгляда и только придавъ ему другую форму. Всѣ позднѣйшія теоріи при-

нужденія естественнаго права основывались на томъ же воззрѣніи: они допускали, что испорченность и низость человѣческой природы исправимы только принужденіемъ. Истинное этихъ воззрѣній состоитъ однако въ томъ, что они показали, что несовершенство и условность права, заключаются въ конечности человѣческаго существа, что право въ каждую эпоху должно брать въ соображеніе данное физическое и нравственное несовершенство, но тѣмъ не менѣе конечная цѣль права есть постоянное совершенствованіе состоянія человѣчества.

Съ Гуго-Гроція (1583–1645) начинается новѣйшій періодъ, въ которомъ естественное право, болѣе чѣмъ когда нибудь прежде, было понимаемо какъ *самостоятельная* наука. Хотя Гуго-Гроцій въ своихъ воззрѣніяхъ колеблется касательно связи естественнаго права и теологіи и во многомъ придерживается прежнихъ воззрѣній, тѣмъ не менѣе онъ указываетъ на значеніе *естественной религіи* въ отличіе отъ религіи откровенія, и только первую считаетъ нужнымъ связать съ естественнымъ правомъ, на которое онъ смотритъ какъ на слѣдствіе человѣческой природы, такъ что если бы даже была основательной гипотеза, что *нѣтъ Бога*, то и тогда бы было право и правовой порядокъ. (et si daremus, quod sine summo scelere dari nequid non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana). Но естественное право, замѣчаетъ Гроцій, не есть то, чему научила природа всѣхъ животныхъ, какъ утверждали римскіе юристы, но только то, которое относится къ качествамъ, *отличающимъ* природу человѣка. Такія качества суть: прирожденная, поддерживаемая и распространяемая даромъ слова, наклонность къ *общежитію* и разумъ, который называетъ правомъ все то, что служитъ къ сохраненію и споспѣшествованію человѣческаго общежитія. — Это право является не изъ воли Божества, но изъ воли людей, руководимой разумомъ, людей которые договоромъ и закономъ установляютъ право и основываютъ государство, какъ правовую общину съ цѣлью достиженія общей пользы. (Civitas est coetus perfectus liberorum hominum, juris fruendi et communis utilitatis causa sociatus). — Итакъ съ Гуго-Гроція ярко обозначилось направленіе, по которому право понималось какъ начало присущее человѣческому существу и совершенно *отличающееся* отъ *религіи*. Это направленіе было еще болѣе развито системами *Гобеса и Пуффендорфа*. Но это ученіе вызвало противъ себя *оппозицію* со стороны *Кумберланда* (противъ Гобеса), *Альберти*, *Рахеля* и *обоихъ Кокцеевъ* (противъ Гроція и Пуффендорфа). Всѣ означенные антогонисты этого ученія стремились свести естественное право на Бога и божественную волю.

Вторая эпоха, началомъ которой обыкновенно принимаютъ появленіе Томазія, будетъ правильно охарактеризована сравненіемъ *противоположностей* ученія *Томазія* и *Лейбница*. Томазій (1655—1728), несмотря на свои глубокія религіозныя убѣжденія, придерживался еще болѣе направленія, стремившагося къ совершенной *самостоятельности права;* онъ отдѣлилъ право не только отъ религіи, но и отъ *нравственности*, ставя принужденіе, какъ характеристическій признакъ обязанностей, ясно обозначаемыхъ правомъ, въ противоположность неотчетливому, неопредѣленному требованію обязанностей нравственныхъ. Это то рѣзкое отдѣленіе права отъ нравственности, считалось въ новѣйшее время преимуществомъ ученія Томазія, между тѣмъ какъ его дѣйствительная заслуга состоитъ только въ болѣе методической и нѣмецкой обработкѣ всей науки права. Томазій извѣстенъ также какъ явный антогонистъ, смѣло ополчавшійся противъ пагубныхъ предразсудковъ своего времени (напр. противъ процессовъ о колдунахъ и вѣдьмахъ). Но вмѣстѣ съ Томазіемъ является Лейбницъ (1646—1716), который первый высказалъ мысль (конечно лишь въ намекахъ и въ разбросанныхъ сочиненіяхъ) о необходимости *снова соединить между собой три главнѣйшія этическія науки — религію, нравственность и право*, признавая началомъ Бога, а совершенство или усовер-

шенствованіе общею цѣлью этихъ трехъ жизненныхъ началъ. (2). Ученіе Лейбница хотя и было нѣсколько унижено его послѣдователемъ Вольфомъ (1679–1754), но тѣмъ не менѣе оно было выражено имъ въ большей послѣдовательности, въ болѣе строгомъ методѣ и практическомъ направленіи и потому получило еще дальнѣйшее распространеніе въ Европѣ и существенно содѣйствовало къ лучшему состоянію права; Лейбницо-Вольфова философія права оказала также значительное вліяніе на новѣйшія законодательства Пруссіи, Франціи и Австріи. Въ этомъ ученіи *цѣлью* права и правоваго порядка весьма ясно признается *усовершенствованіе, благо*; только теорія эта не объясняетъ *какъ* и *какимъ образомъ*

---

(2) Такъ какъ система Лейбница имѣетъ высокое значеніе, то мы вкратцѣ приведемъ здѣсь главныя положенія ея изъ сочиненія Эрдманна, (Leibnitzii opera philos. Berol. 1840, p. 118), лучше всѣхъ излагающаго въ связи воззрѣніе Лейбница. „*Понятіе* справедливаго неменѣе зависитъ отъ Бога, какъ понятіе истиннаго и добраго. Сама справедливость есть существенный аттрибутъ божества: но она не зависитъ отъ воли *Бога*, такъ что *Богъ* не можетъ неправое сдѣлать правымъ. Дѣйствующая въ насъ причина или *источникъ пониманія справедливаго* есть искра разума, вложенная въ душу нашу Богомъ. Справедливость есть норма дѣйствій какъ по отношенію къ Богу, такъ и по отношенію къ людямъ. Но право касается не однихъ внѣшнихъ дѣяній, но имѣетъ своимъ предметомъ также и внутреннія побужденія и помышленія, которыя тоже руководятся извѣстными правилами права. Право неограничивается также только одной пользой настоящей жизни. Христіанство и истинная философія противорѣчатъ такому ограниченію. Право есть извѣстная нравственная власть (potentia moralis), обязательство же есть нравственная необходимость. Справедливость происходитъ изъ любви, но она есть любовь, управляемая добродѣтелью, что Греки назвали филантропіей, — то есть, любовь, управляемая мудростью. Любить, значитъ радоваться счастью (felicitas) и благополучію другихъ, т. е. чужое благо, чужое счастье дѣлать какъ бы своимъ собственнымъ. Потому основаніе права есть благо и кто желаетъ найти истинныя начала юриспруденціи, тотъ долженъ начать съ *науки о благѣ*. И такъ *цѣль* права есть *благо*. Охраненіе человѣческаго общества не можетъ быть цѣлью справедливости, ибо мы находимся также въ обществѣ съ Богомъ. Тѣмъ не менѣе можно обозначить правомъ вообще все то, что *совершенствуетъ* общество разумныхъ существъ (sed tamen putem justum, quod societatem ratione utentium perficit). Общество помогаетъ людямъ въ достиженіи блага (in consortio auxilium ad hominum felicitatem). Отсюда то, что ведетъ къ усовершенствованію общества принадлежитъ также естественному праву. Въ естественномъ правѣ существуетъ *три степени*: *строгое право*, заключающееся въ собирательной справедливости; *справедливость*, стоящая въ распредѣляющей справедливости и *благочестіе* (pietas, probitas), которое заключается въ общей справедливости. Строгое право требуетъ: „невреди никому;„ справедливость: „*воздай каждому свое*,“ — но она простирается также и на такія обязанности, гдѣ невозможно и нѣтъ жалобы, могущей заставить насъ исполнить то или другое; высшая степень правды — благочестіе требуетъ: *живи честно*“ или гораздо болѣе — „*благочестиво*, *honeste* (vel potius pie) vivere. Мы должны стараться о томъ, чтобы жить въ совершеннѣйшемъ государствѣ, подъ управленіемъ однаго владыки — Бога, могуществомъ и провидѣніемъ котораго осуществляется право. Общая справедливость требуетъ также, чтобъ мы не злоупотребляли ни нашей личностью, ни нашимъ имуществомъ. Это запрещается какъ человѣческими законами, такъ и естественнымъ правомъ, т. е. вѣчными законами Божественной монархіи; потому что мы нашимъ существованіемъ и имуществомъ обязаны одному Богу. Какъ для государства, такъ и еще болѣе для вселенной, весьма важно, чтобы никто не злоупотреблялъ своимъ имуществомъ (nam, ut rei publicae, ita multo magis universi interest, ne quis re sua male utatur), какъ говоритъ Лейбницъ, понимая въ высшемъ значеніи извѣстное мѣсто институцій. Принужденіе также мало опредѣляетъ характеръ права, какъ боязнь и надежда. Человѣкъ долженъ дѣйствовать справедливо по наклонностямъ своего собственнаго духа, ибо онъ тогда только подражаетъ божественной справедливости. Страхъ и надежда обязываетъ только тѣхъ, кто не достигъ совершенства. Право возможно также безъ принужденія, — напр. человѣкъ, возвращающій довѣренное ему имущество вѣрителю, который позабылъ про то, дѣйствуетъ по праву, не смотря на то, что здѣсь принужденіе неприложимо. Срав. почтенный трудъ *Гиприха*, Geschichte der Rechts- und Staatsprincipien u. s. w. 1852. Bd. 3. и Циммерманна, das Rechtsprincip Leibnitzens, Wien 1852.

эта цѣль достигается, посредствомъ права и нравственности, влѣдствіи чего обѣ эти этическія науки и не были различены въ *достаточной мѣрѣ другъ отъ друга*. Необходимо требовалось разграничить область права и нравственности, что и исполнилъ Кантъ, хотя и гораздо точнѣе нежели другіе, но тѣмъ не менѣе односторонно.

Третья эпоха начинается критической философіей Канта (1724—1804), которая отрѣшила мыслящій духъ отъ всего объективнаго, физическаго и нравственнаго содержанія, какъ недоступной для познанія сущности вещей и свелъ этотъ духъ чисто на самаго себя, на субъектъ и на прирожденныя ему формы мышленія. Этику обработалъ Кантъ и въ ученіи о правѣ и въ ученіи о добродѣтели исключительно субъективно-формально; въ особенности въ ученіи о правѣ, основываясь на субъективности и внѣшней свободѣ, лишенной всякаго содержанія, Кантъ вдается въ формализмъ высочайшей степени. Свобода дѣлается у Канта цѣлью для самой себя, между тѣмъ какъ въ истинномъ своемъ значеніи свобода есть ничто иное, какъ только способность дѣйствовать для разумной, нравственно-доброй цѣли. Право опредѣляется *какъ совокупность условій, при которыхъ могъ бы быть совмѣстнымъ произволъ одного, съ произволомъ всѣхъ другихъ по всеобщему закону свободы*. Законъ этотъ долженъ каждый найти самъ, спрашивая себя—могутъ ли соблюдаемыя имъ правила дѣйствій возвыситься до общаго закона. Такое ученіе о правѣ слѣдовательно могло только выставить абстрактныя, по своей безсодержательности равныя между собою формы — долженствующія имѣть значеніе для всѣхъ временъ, для всѣхъ народовъ. Послѣдователи Канта, вслѣдствіи самообольщенія, воображали, что нашли для этихъ формъ и содержаніе, между тѣмъ какъ они собственно не нашли этаго содержанія, а только заимствовали послѣднее изъ, внутренно-сродственнаго германскому праву, права римскаго (3). Однако Кантъ призналъ двѣ существенныя стороны права, именно что право есть *форма* и заключается въ *условіяхъ*. Ошибка же Канта заключается лишь въ томъ, что право, какъ формальное правило, является у него неопредѣляемымъ по нравственно-доброму содержанію, а долженствующимъ опредѣлить такое содержаніе, и что условія, — вмѣсто того, чтобы относиться вообще ко всей разумной жизни отдѣльныхъ лицъ и цѣлаго общества для цѣлей совмѣстнаго и взаимнаго бытія, — ограничиваются только совмѣстнымъ бытіемъ *свободы* всѣхъ. Но такое совмѣстное состояніе чисто абстрактныхъ сферъ свободы въ мірѣ нравственномъ, представляется въ такой-же мѣрѣ нелѣпостью, какъ въ физикѣ совмѣстное существованіе пустыхъ пространствъ. Субъективное, абстрактное, формальное направленіе привело въ частномъ правѣ, къ формально-логической обработкѣ, необращавшей никакого вниманія на внутреннюю природу вещей и отношеній; въ публичномъ правѣ къ крайностямъ либерализма, не признающаго ни времени, ни жизненныхъ отношеній. Конечно такой взлядъ на право не могъ долго продержаться; появились, въ видѣ оппозиціи разныя школы, которыя старались дать мѣсто и значеніе тѣмъ существеннымъ сторонамъ права, которыя были упущены изъ виду. Такъ *историческая* школа (Савиньи, Гуго) для лучшаго уразумѣнія настоящаго, поставила своей задачей распознать бытіе и жизнь права въ исторіи; *теологическая* школа (de Maistre, Baader, Stahl) поняла право и государственный порядокъ не какъ произведеніе человѣческаго произвола, но какъ установленіе божественное; *философско-спекулативная* школа, (Гегель), пыталась понять право и государство, какъ независящее отъ произвола, но какъ законное, діалектическое, всемірно-историческое развитіе; наконецъ школы различныхъ *этическихъ* направленій высказали необходимость внутренной

---

(3) Ошибочность Кантова принципа права раскрылъ уже Фейербахъ въ сочиненіи: Idee und Nothwendigkeit einer Uniwersaljurisprundenz. См. Feuerbach's biographischer Nachlass, 2-te Aufl. 1853, Bd. 2, S. 378.

связи права съ нравственностью. Освободить право и государство отъ субъективности, отъ человѣческаго произвола было преобладающимъ стремленіемъ всѣхъ новыхъ философскихъ системъ; но онѣ высказали только *общія начала*, только *необходимость* другой *точки зрѣнія*; ни одна изъ этихъ системъ не опредѣлила ясно и точно внутренній смыслъ права и государства, такъ что касательно научнаго метода, всѣ эти философскія системы во многихъ отношеніяхъ стоятъ ниже Канта.

Здѣсь рѣзко высказывается превосходство ученія Краузе, который, слѣдуя такому же строгому и точному научному методу, какъ Кантъ, посредствомъ своей совершенно этической теоріи, органически связуетъ дотолѣ лишь отчасти признанныя, существенныя стороны права. Въ этой теоріи право является относительно *самостоятельнымъ*, но во внутренней *связи* съ религіей и нравственностью, — какъ прирожденный жизненнымъ отношеніямъ *божественный* жизненный порядокъ, который распознается посредствомъ *разума* и исполняется посредствомъ *свободы*. Краузе понимаетъ право какъ *вѣчную* идею, которая, проявляясь во временномъ развитіи человѣчества, должна находиться въ постоянной связи со всѣми *историческими жизненными* и народными отношеніями. Право по этой теоріи хотя и представляется только *формальной* нормой, но нормой постоянно опредѣляющейся этическимъ содержаніемъ. Ученіе Краузе снова приняло Платоново и христіанское понятіе *внутренней* справедливости и опредѣлило его научно; вмѣстѣ съ тѣмъ Краузе опредѣляетъ *границы* внутренняго и внѣшняго права, по роду отвѣтственности, которая въ первомъ является *внутренней* отвѣтственностью предъ Богомъ и собственною нравственно-правовою совѣстью, во второмъ же внѣшнею. Наконецъ въ ученіи Краузе находятся въ высшей степени внутренно—соединенными основныя начала Лейбницовой и Кантовой философіи. Ибо Лейбницъ *цѣлью* права полагалъ *этическое благо* отдѣльныхъ лицъ и цѣлаго общества, понималъ внутреннюю связь права со всѣмъ божественно-добрымъ, постигалъ высшее отношеніе права къ Богу; — Кантъ напротивъ рѣзко и точно предъявилъ весьма важное, человѣческое, жизненное понятіе *условія*, отъ котораго не только, какъ хотѣлъ Кантъ, зависитъ совмѣстное существованіе свободы всѣхъ, но зависитъ также осуществленіе блага отдѣльныхъ лицъ и цѣлаго общества, что достигается посредствомъ той же свободы.

ГЛАВА IV.

О ФОРМАХЪ ВОЗНИКНОВЕНІЯ И ОБРАЗОВАНІЯ ПРАВА ВЪ ЧЕЛОВѢЧЕСКОМЪ ОБЩЕСТВѢ, ИЛИ ОБЪ ИСТОЧНИКАХЪ ПРАВА.—

1. О значеніи формъ вообще въ юридической и государственной жизни.

Право, хотя и вѣчный, божескимъ порядкомъ вещей установленный принципъ, образуется однако среди человѣческихъ жизненныхъ отношеній и вмѣстѣ съ ними, смотря по потребностямъ, постепени и обширности цивилизаціи, принимаетъ болѣе или менѣе общія и ясно выраженныя формы. Хотя идея права во всей своей чистотѣ существуетъ только въ сферѣ духа; но, какъ душа, для своего проявленія имѣетъ нужду въ тѣлѣ, такъ точно въ дѣйствительности нѣтъ ни однаго права безъ опредѣленной формы, которая есть его жизненная оболочка. А потому нужно обращать соотвѣтствующее вниманіе и на идею, и на форму права,—и въ нормальной жизни и при нормальномъ развитіи права, онѣ должны гармонировать одна съ другой. Истина эта однако часто или не признавалась, или недостаточно принималась въ уваженіе; послѣдствіемъ этого было всегда большее или меньшее разстройство въ общественномъ организмѣ. Съ одной стороны недостаточная оцѣнка идеи права и недостаточное вниманіе къ измѣненіямъ, происходившимъ въ юридическихъ убѣжденіяхъ общества и требовавшихъ соотвѣтствующихъ преобразованій въ дѣйствующемъ правѣ—зависили отъ непризнанія той высокой истины, что человѣческая жизнь управляется и преобразуется идеями и что внутренняя духовная жизнь составляетъ дѣйствительную, двигающую силу человѣческой жизни; при томъ существовало также убѣжденіе, что духъ, стремящійся къ совершенству, можно замкнуть въ однажды данныя формы, между тѣмъ, какъ эти формы до такой степени утратили наконецъ всякое внутреннее содержаніе, что часто распадались при первомъ внѣшнемъ поводѣ и призводили нравственное потрясеніе общества, ставя его въ тоже время въ затруднительное положеніе и касательно его внѣшнихъ отношеній. Съ другой стороны, вслѣдствіе отвлеченно идеальной точки зрѣнія, совершенно забыли о значеніи, необходимости формъ, о постоянномъ формальномъ развитіи идеи права, и вмѣсто того, чтобъ признать, что идеи должны созрѣвать, развиваться съ теченіемъ времени, выражаться постепенно опредѣленнѣе и яснѣе (хотя первоначально только въ сферѣ духа и въ его твореніяхъ), приписали идеямъ абсолютное значеніе и хо-

тѣли на этомъ основаніи, пріобрѣсти себѣ право не обращать никакого вниманія на всѣ формы, которыя должны подчиняться идеи, какъ высшему. Это направленіе особенно поддерживалось отвлеченнымъ ученіемъ о правѣ и государствѣ, ученіемъ, непонимавшимъ постепеннаго и постояннаго развитія идеи въ опредѣленныхъ жизненныхъ формахъ. Но какъ всякая жизненная идея и форма находятся въ тѣсной связи одна съ другой и подлежатъ продолжительному развитію, то и идеи права должны также выражаться въ полныхъ жизненныхъ формахъ, а самыя формы должны образоваться такимъ образомъ, чтобы прибавленіе новаго къ старому не нарушало прочности и связи правовой жизни. А потому и взглядъ, что формы суть нѣчто лишнее, несущественное, есть взглядъ ошибочный и превратный; въ особенности же ошибочно думать, что онѣ относительно публично — правовой жизни составляютъ нѣкотораго рода тормазъ для общественнаго развитія. Формы, какъ въ жизни природы, такъ и въ сферахъ духовной жизни, принадлежатъ къ сущности вещей, въ правовой жизни онѣ составляютъ существенный, видимый образъ и замѣтную сторону права; онѣ вмѣстѣ съ тѣмъ служатъ правильнымъ ограниченіемъ опредѣленнаго для каждаго лица круга дѣйствія и тѣмъ гарантируютъ внѣшній порядокъ, — между тѣмъ, какъ безъ этихъ ограничивающихъ и гарантирующихъ формъ, всякое бытіе лицъ и вещей превратилось бы въ хаосъ и подпало бы безграничному произволу. Посредствомъ формы право становится внѣшнимъ, *обычаемъ* (ибо черезъ это оно утверждается, *установляется*), отсюда вытекаетъ этическое требованіе, чтобы форма права, въ особенности законы, считались выраженіемъ обычая или нравственнаго убѣжденія извѣстнаго правоваго общества (1). Такимъ образомъ мы признаемъ великое значеніе правила: что *всякое право* проявляется или осуществляется *также въ формѣ права*. Хотя между формой и содержаніемъ, или идеею права, можетъ произойти разногласіе; хотя формы и могутъ отстать отъ духовнаго развитія общества, могутъ устарѣть и стать дѣйствительной помѣхой для общественнаго прогресса; не смотря на то, право и нравственность никогда не должны отступать отъ правила, что устарѣлое должно уничтожаться и замѣняться новымъ только помощью другихъ еще существующихъ въ государствѣ формъ. Хотя развитіе государства до сихъ поръ и не шло по формально-правовому пути, и этимъ не достигало необходимыхъ реформъ, но отъ прогресса: духа, порядка и обычности нужно ждать, что съ стремленіемъ къ совершенствованію, постоянно, тѣснымъ образомъ будетъ соединятся и уваженіе къ существующимъ формамъ. Черезъ это уваженіе къ формамъ два народа сдѣлались великими: римскій народъ въ древности и англійскій въ наше время, — и только тамъ, гдѣ сохраняется и живетъ этотъ духъ, можетъ процвѣтать государственный порядокъ, который своей надежной внутренней силой сохраняетъ свободѣ ея право. —

2. *Объ источникахъ права вообще.*

Разсмотрѣвъ теперь родъ и видъ, т. е. формы возникновенія права въ человѣческомъ обществѣ, мы должны развить ученіе *объ источникахъ* права, потому что то, чѣмъ осуществляется право и пріобрѣтаетъ значеніе, называется его источникомъ. Въ новѣйшее время, въ особенности исторической школой, сдѣланы основательныя изслѣдованія источниковъ права. Но въ этихъ изслѣдованіяхъ, —

(1) Этическое значеніе закона особенно хорошо выставлено Платономъ въ его „*Критонѣ*„ (8—14), въ томъ мѣстѣ, гдѣ онъ заставляетъ Сократа въ тюрьмѣ разрѣшить вопросъ, можетъ ли онъ воспользоваться предложенными ему средствами къ побѣгу? Это мѣсто заслуживаетъ всегда быть упоминаемымъ въ лекціяхъ профессора.

существенные въ каждомъ источникѣ факторы — *основаніе* и дѣйствующая *причина* — недостаточно различены и понятіе о самомъ источникѣ не ясно обозначено. Недостатокъ глубокаго философскаго опредѣленія понятія права не далъ познать скрытое здѣсь вещное (объективное) основаніе возникновенія права, потому что источникомъ права принималась вообще только *субъективная* сила — отдѣльныхъ лицъ или цѣлаго общества, — т. е. *воля*, то совокупная воля или *воля народная*, — то *народное* сознаніе или *народное убѣжденіе*. Въ этомъ принципѣ сходятся между собою даже противуположныя школы отвлеченно — либеральная и историческая — хотя однако, въ силу другихъ, въ каждомъ изъ обоихъ ученій заключающихся, моментовъ, результаты были не одни и тѣ же (2). Субъективность принципа не измѣняется еще, когда принимаются лишь различные роды субъекта. Вообще все ученіе объ источникахъ права требуетъ существенной *реформы*, которую произвести возможно только признавъ *объективную* сторону права и правильно соединивъ ее съ субъективнымъ моментомъ.

При каждомъ возникновеніи права или источникѣ права, также, какъ и при изложенномъ ниже образованіи права, должно различать,—какъ уже замѣчено,— *вещное* (объективное) *основаніе* и субъективную, дѣйствующую причину (3). То и другое, при своемъ соединеніи и взаимодѣйствіи, составляютъ настоящій, полный источникъ права. Объективное основаніе лежитъ во взаимно обусловливающихся *жизненныхъ отношеніяхъ*, дѣйствующая же причина, напротивъ, — въ *волѣ*, которая съ своей стороны опредѣляется различными родами способности познавательной, равно какъ и чувствомъ. Способность познавательная (въ двухъ, побольшей части противуположныхъ, направленіяхъ, т. е. въ видѣ *непосредственнаго* созерцанія и пониманія, находящихся подъ управленіемъ инстинкта, и въ видѣ разума, постигающаго общее, принципіальное) — въ особенности важна, потому что она, какъ вообще, такъ и въ правѣ и правовой жизни, составляетъ переходъ, такъ сказать, мостъ отъ субъекта къ объекту. Уже изъ этого ясно, что вездѣ, въ правѣ и его источникахъ имѣетъ важное значеніе способность познавательная; согласно съ нею опредѣляется и воля, какъ отдѣльныхъ лицъ, такъ и цѣлаго общества. Такимъ образомъ въ ученіи о народномъ сознаніи, историческая школа дошла только до этого моста, идущаго отъ субъекта къ объекту,— но не перешла его.

---

(2) *Савиньи*, какъ извѣстно, былъ обвиненъ Геннеромъ въ демократическихъ тенденціяхъ за свое воззрѣніе на возникновеніе права изъ совокупной *воли* или *народнаго сознанія*, однако несправедливо; потому что другіе моменты ученія *Савиньи*, напр. его взглядъ *на органическое* возникновеніе и на *послѣдовательность права*, противорѣчатъ такой тенденціи. Тѣмъ не менѣе принципъ Савиньи невѣренъ и ввелъ его въ другія ошибки. *Шталь* (Rechtsphilosophie, 3-te Aufl. S. 240), хотѣлъ защитить Савиньи противъ вышеупомянутаго обвиненія, говоря, что ученіе исторической школы, въ ея самыхъ внутреннихъ мотивахъ, состоитъ не въ томъ, что народная воля даетъ *значеніе* праву, а въ томъ, что *содержаніе* его исходитъ изъ *народнаго сознанія*. Но и Шталь ошибается, ибо еслибы даже упомянутое различіе дѣйствительно было сдѣлано (чего не сдѣлала историческая школа), то причина ошибочности этой теоріи заключается именно въ томъ, что она вмѣсто того, чтобы признать содержаніе права въ самыхъ жизненныхъ отношеніяхъ, производитъ его отъ субъективной, психологической силы, — все равно будетъ ли послѣдней: народная воля или народное сознаніе.

(3) Профессоръ *Лейстъ* въ своемъ, уже разъ цитированномъ нами, сочиненіи, "Ueber die dogmatische Analyse römischer Rechtsinstitute„ 1854, упрекая методъ, основанный Савиньи, говоритъ: "что этотъ методъ только воспроизводилъ, но не производилъ, ибо онъ смотрѣлъ на вещи сквозь призму Римскаго права„, и, съ цѣлью создать болѣе правильный методъ, различаетъ относительно возникновенія права двоякую causa: *формальную* и матеріальную. Формальная, которая, досихъ поръ только одна и изслѣдовалась, говоритъ Лейстъ, "есть та общая воля народа, которая выражается въ законѣ и обычаѣ; — матеріальная же есть то основаніе, по которому совокупная воля выразилась такъ или иначе (ratio). Это основаніе, разсматривая его ближе, снова представляется двоякимъ: или отдѣленнымъ и стоящимъ внѣ формальной причины, такъ что совокупная воля зависитъ отъ нея, — или является неразрывно связанной и заключающейся въ формальной причинѣ, въ совокупной причинѣ, такъ

Объективное основаніе права заключается во взаимно-обусловливающихся *жизненныхъ отношеніяхъ*, которыя, развиваясь по собственнымъ, отъ права совершенно независимымъ, законамъ, прежде всего должны быть *сознаны*, а потомъ стать опредѣляющими нормами для воли, осуществляющей право. — Такъ по извѣстнымъ законамъ развиваются религіозныя, нравственныя, экономическія отношенія; господствовать надъ этими законами править и управлять ими по праву—произволъ не долженъ имѣть покушенія. Конечно это не разъ случалось, но послѣдствіемъ этого всегда были уклоненіе и задержка въ правильномъ ходѣ общественной жизни. Эти отношенія, съ своими законами и въ своемъ взаимномъ сцѣпленіи, составляютъ силу въ жизни, силу, которая иногда если и не признается, то подъ конецъ все таки пріобрѣтаетъ свое значеніе. Эти отношенія составляютъ, какъ живая сила, внутреннее побужденіе къ возникновенію права и его нормъ; они развились по внутреннимъ правиламъ, обозначить которыя можетъ объективная, вещная логика, и которыя также безсознательно являются въ правѣ и его возникновеніи, какъ и въ языкѣ. Эта логика отношеній вытекаетъ изъ вещей и относится къ вещамъ, между тѣмъ, какъ обыкновенная, формальная и отвлеченная логика беретъ въ расчетъ не вещи, не самыя отношенія, а только развиваетъ далѣе формальныя правила. Теперь эти отношенія составляютъ настоящую «*природу вещей*», на которую новая наука права часто указываетъ, и которая, въ особенности съ того времени какъ *Рунде* возвелъ ее на степень руководящаго принципа относительно частнаго нѣмецкаго права, приводила часто къ болѣе правильному пониманію и опредѣленію правовыхъ отношеній. Но отъ этой голой формулы еще мало пользы. Чтобы проникнуть «въ природу вещей,» ученому юристу и государственному человѣку нужно хорошо быть знакомымъ съ главнѣйшими этическими жизненными науками, — съ философіей религіи, нравственной философіей и политическою экономіею— и потомъ вывести, какъ заключеніе, добытое этическою философіей право, понятіе права, дабы найти правовое въ отношеніяхъ и осмыслить его. Отъ глубокаго философскаго пониманія не скрылось также, что природа вещей составляетъ истинное основаніе права и закона. Такъ уже Цицеронъ объяснялъ законъ, какъ naturae vis, или какъ ratio, summa insita in natura, а Монтескьё, которой смотрѣлъ, на законы въ обширнѣйшемъ смыслѣ, какъ, на необходимыя отношенія, вытекающія изъ природы вещей" (les lois dans la signification la plus étendue, sont les rapports necessairs, qui dérivent de la nature des choses), вывелъ первый публичное право на широкую дорогу, отыскивая всюду *обусловливающія* отношенія. Но Монтескьё, придавая большое значеніе внѣшнимъ вліяніямъ, слишкомъ упускалъ изъ виду внутреннюю природу вещей. Въ естественномъ правѣ, хотя и неясно, уже проглядывала эта мысль, въ его стремленіи выводить право изъ природы человѣка; естественное право ошибалось лишь, думая пріобрѣсти познаніе этой природы изъ «естественнаго состоянія», или изъ нѣкоторыхъ поверхностныхъ, антропологическихъ понятій

что послѣдняя творитъ здѣсь болѣе самостоятельно, не подчиняясь отношеніямъ, но напротивъ подчиняя ихъ. Далѣе матеріальная причина перваго рода, существующая независимо отъ совокупной воли, состоитъ ни въ чемъ либо другомъ, какъ только въ естественныхъ положеніяхъ, которыя составляютъ природу права, подлежащую нашему изслѣдованію". — Мы уже неразъ высказали мнѣніе касательно узкости и несостоятельности *естественныхъ положеній*, для болѣе близкаго опредѣленія которыхъ Лейстъ долженъ былъ призвать на помощь jus naturale и ratio naturalis Римлянъ. Но заслуга автора состоитъ въ томъ, что онъ указалъ на необходимость двоякой причины возникновенія положительнаго права: формальную причину онъ правильно призналъ въ волѣ, но матеріальное основаніе можетъ быть найдено только въ совокупныхъ этическихъ жизненныхъ отношеніяхъ. Въ моей „Rechtsphilosophie," говоря о главныхъ видахъ возникновенія права, я уже довно сдѣлалъ различіе между основаніемъ и причиною, т. е. матеріей (этической цѣлью) и формой; — теперь желательно только, чтобъ это различіе было проведено во всѣхъ важнѣйшихъ частяхъ права.

или даже просто—изъ нѣкоторыхъ логическихъ формулъ. Эта устарѣлая теорія естественнаго права теперь исчезла, но необходимость ея основнаго понятія осталась. Историческая школа думала простымъ понятіемъ» природы вещей» замѣнить всякую философію права; но и это понятіе, взятое въ его общности было бы такою же пустою формулою, какой оно является въ естественномъ правѣ и можетъ получить жизненное значеніе только посредствомъ изслѣдованія жизненныхъ отношеній, т. е. этической сущности человѣка и общества.—

Но и эта, въ жизненныхъ отношеніяхъ заключающаяся, природа вещей не составляетъ еще источника права, а только его вещный факторъ. Чтобъ возбудить причину—дѣятельную волю субъекта права—нуженъ еще переходъ въ сознаніе и чувство.

Второй факторъ въ образованіи права—это *дѣятельная причина*, *воля* членовъ, составляющихъ общество. Но сама воля есть только причинная возможность вообще, побуждаемая къ дѣятельности извѣстными влеченіями, мотивами, которые даются чувствомъ и различными степенями сознанія. Воля есть всегда заключительный моментъ внутреннихъ опредѣленій и составляетъ переходъ во внѣшнюю дѣйствительность. Поэтому, съ субъективной точки зрѣнія, справедливо смотрѣть на волю, какъ на собственно творческую силу, въ правовой и государственной жизни.

Дѣятельностью воли право *установляется*, утверждается, становится *положительнымъ*, дѣлается человѣческимъ уставомъ, положеніемъ права. Установленіе права посредствомъ человѣческой воли вообще можно бы было назвать совершенно справедливо закономъ; но такъ какъ послѣднимъ именемъ обозначается особенный родъ установленія права, то здѣсь *понятіе положенія права* должно употребляться въ смыслѣ общаго термина.

Но положеніе права проявляется *двоякимъ* образомъ, или въ двоякой формѣ, смотря потому, какъ обнаруживается, направляемая правовымъ инстинктомъ, воля, и смотря по зависящему отъ нея объему положенія, т. е. по сферѣ его значенія.

Эти двѣ непосредственныя формы положенія составляютъ—*обычай* и *законъ*, смотря потому побуждается ли воля *преимущественно непосредственнымъ чувствомъ* (инстинктомъ) и *потребностью* права, и право, постановляемое въ извѣстномъ отношеніи, (случаѣ), разсматривается, какъ право *вообще*; или смотря по тому, побуждается ли воля *рефлексіей* и *разумомъ*, цѣль которыхъ отысканіе общаго принципа для равенства и общности отношеній, и установленіе нормы, одинаково обязательной, при одинаковыхъ обстоятельствахъ, для всѣхъ членовъ правоваго общества.

Но непосредственное созерцаніе и разумъ дѣйствуютъ въ этихъ проявленіяхъ воли не исключительно, только *преимущественно*, при чемъ не исключается, чтобы въ обычаѣ участвовалъ разумъ, а въ законахъ непосредственное созерцаніе и инстинктъ (4). Кромѣ обозначенныхъ двухъ формъ возникновенія права, въ настоящее время, по примѣру *Савиньи*, принимаютъ также за главный источникъ права *научное* право,

---

(4) Но кромѣ этихъ *общихъ* формъ возникновенія права или его источниковъ, существуютъ также *особенныя формы*, изъ которыхъ возникаютъ права только для извѣстныхъ лицъ. Такъ односторонняя воля (напр. въ завѣщаніяхъ), или многосторонняя, (напр. въ договорахъ) можетъ вызвать право къ возникновенію. Но эти положенія воли суть лишь формы, содержаніе которыхъ есть самое существенное, служащее правовымъ основаніемъ. Въ этихъ особенныхъ видахъ возникновенія права, преимущественно въ договорѣ, различіе между основаніемъ и причиной, между содержаніемъ и формой, различіе, къ которому наконецъ пришла положительная наука, нѣсколько лѣтъ тому назадъ было сдѣлано въ моей Rechtsphilosophie, а потому теперь и не нуждается въ защитѣ противъ тѣхъ не юридическихъ нападокъ, которыя оно встрѣчало

или *право юристовъ*. Но хотя право, составленное юристами, признается источникомъ права, какъ въ наукѣ права, такъ и въ судебной практикѣ, однако его нельзя поставить наряду съ двумя вышеприведенными источниками, потому что оно составляетъ только посредственный, а непосредственный источникъ. Поэтому нужно различать посредственные и непосредственные источники.

А) Разсмотримъ прежде всего два общихъ *непосредственныхъ* источника права.

1) *Обычай*, дитя непосредственной потребности, проявляется большею частію во всѣхъ первоначальныхъ формаціяхъ права, какъ первая прирожденная человѣку, создающая право, сила. Обычай прежде всего исходитъ не изъ народной воли или народнаго сознанія, а изъ проявленій воли отдѣльныхъ лицъ, которыя принимаютъ что нибудь за право для себя, въ убѣжденіи, что это при извѣстныхъ отношеніяхъ можетъ сдѣлаться правомъ вообще. Эти проявленія воли, повторяясь и встрѣчая, при одинаковыхъ потребностяхъ, подражаніе, становятся обычаемъ, правомъ. И такъ обычай есть дѣйствіе, поступокъ совершенный первоначально въ чувствѣ и сознаніи права, нашедшій повтореніе и подражаніе, при возникающей для членовъ общества потребности въ одинаковыхъ и постоянныхъ нормахъ для жизненныхъ и оборотныхъ отношеній и при чувствѣ общительности, утвержденномъ общими нравами. Эти внутренніе и нравственные моменты составляютъ активно опредѣляющую причину обычая. (5) Изъ сущности обычая ясно, почему его значеніе переживаетъ тѣхъ людей, которые его первоначально создали, при чемъ онъ также при одинаковыхъ отношеніяхъ находитъ примѣненіе и у другихъ членовъ общества. Въ основѣ обычая заключается также и дѣйствіе *для другихъ*, что санкціонируется правовымъ и нравственнымъ общежитіемъ.

Но обычай, какъ рядъ однообразныхъ и долгое время повторяющихся дѣйствій (при чемъ опредѣленіе числа случаевъ и продолжительности времени предоставляется судьѣ), нужно отличать отъ обычнаго права, (6), посредствомъ котораго субъективный факторъ, дѣйствующая причина, сводятся на объективное основаніе. Не всякій обычай можетъ имѣть притязаніе на правовое значеніе; могутъ возникать безобразные, безсмысленные обычаи, которые не должны имѣть никакого значенія. Поэтому для обычнаго права должны существовать извѣстныя условія отъ которыхъ зависитъ правовое значеніе обычая. Эти условія суть: 1) сообразность съ жизненными и оборотными отношеніями, которыя обычаемъ должны регулироваться. Здѣсь нужно брать въ соображеніе: „природу вещей“, которая заключаетъ въ себѣ внутреннюю необходимость. Поэтому обычай долженъ 2) быть создаваемъ въ убѣжденіи его правовой необходимости. Отсюда слѣдуетъ 3) условіе сообразности съ разумомъ (consuetudo rationabilis), чего требуетъ каноническое право и на что во многихъ мѣстахъ указываетъ также Римское право, и наконецъ 4) въ этихъ требованіяхъ выражается то, чтобы обычай не возникалъ вопреки добрымъ нравамъ, вопреки разуму и изъ ложнаго пониманія дѣйствующаго права. Практически въ частно — правовыхъ отношеніяхъ, которыя предоставляются

---

(5) Поэтому справедливо говоритъ Вальтеръ въ своей System des gemeinen deutschen Privatrechts, 1854. S. 25.: „Первая основа обязательной силы обычнаго права есть нравственная, авторитетъ того, что признается за несомнѣнно справедливое нравственнымъ человѣкомъ“. Далѣе онъ прибавляетъ, что „Савиньи, Пухта и др., выводящіе силу обычнаго права изъ такъ называемой совокупной воли или народной воли, не сознавали нравственной основы этаго права“. Но эти ученые указали также на многіе нравственные моменты, а вмѣстѣ съ тѣмъ признали въ правѣ объективный обычай, хотя ошибочно и искали обязательную силу его въ субъективныхъ моментахъ, т. е. въ убѣжденіяхъ и волѣ народа.

(6) Выраженіе: обычное право, имѣетъ двоякій смыслъ; съ одной стороны подъ нимъ разумѣется право, образованное обычаемъ, и съ другой то, посредствомъ чего обычай возводится въ право въ смыслѣ понятія, выраженнаго въ текстѣ.

свободному самоопредѣленію отдѣльныхъ лицъ, должно часто довольствоваться этими отрицательными требованіями. (7).

Обычай принимаетъ также различныя формы, которыя можно прослѣдить самымъ точнымъ образомъ въ нѣмецкомъ частномъ правѣ. Обычное право у народовъ, стоящихъ на самой низкой степени развитія, является преимущественно неписаннымъ правомъ. Такъ въ началѣ у Германскихъ племенъ обычное право существовало въ непосредственномъ знаніи мудрыхъ людей, посредствомъ подтвержденія которыхъ оно и получало значеніе. При дальнѣйшимъ развитіи оно стало писаннымъ. Такъ возникли зерцала права, (Rechtsspiegel), придворное право (Hofrecht) и другія писанныя средневѣковыя права, не теряя однако своего характера обычнаго права. Впослѣдствіи это право изучали изъ сочиненій юристовъ и изъ судебныхъ приговоровъ.

Обычное право имѣетъ большое значеніе не только въ частномъ правѣ, но также и въ правѣ публичномъ, государственномъ и международномъ. Государственная жизнь, въ своемъ устройствѣ, во многихъ отношеніяхъ регулируется также обычаемъ и многое преобразуется въ ней вмѣстѣ съ преобразованіемъ нравовъ. Международное право, даже по своему главному источнику и по своему происхожденію, есть обычное право, возникающее изъ нравовъ, хотя съ успѣхами образованія и съ оживленіемъ оборотныхъ отношеній, разумный взглядъ начинаетъ регулировать международныя отношенія посредствомъ договоровъ, становящихся закономъ для договаривающихся сторонъ.

Въ исторіи теоріи обычнаго права немалую услугу оказала историческая школа тѣмъ, что признала обычай за *самостоятельный* источникъ права. Прежде обычное право выводилось изъ безмолвнаго согласія законодателя и источникъ всякаго дѣйствующаго права отыскивался только въ законодательной волѣ. Основатели исторической школы (Гуго, Савиньи) указали напротивъ, что право, какъ всѣ другія произведенія человѣческаго духа, какъ искусство и наука и въ особенности какъ языкъ, — возникло первоначально изъ непосредственнаго, частію безсознательнаго проявленія народнаго духа, прежде всего въ формѣ обычая, позднѣе же въ формѣ законовъ. Пухта (8) пробовалъ еще глубже проникнуть въ сущность обычая, стараясь изслѣдовать глубокое правовое основаніе обычая. Прежде всего Пухта сдѣлалъ рѣзкое различіе между *простымъ обычаемъ*, какъ повтореніемъ однообразнаго примѣненія извѣстнаго положенія, признаннаго за право, и *обычнымъ правомъ*; при чемъ онъ справедливо замѣтилъ, что обычай, какъ только внѣшній фактъ, могущій основываться и на превратныхъ понятіяхъ, не можетъ служить элементомъ въ образованіи права; Пухта хотѣлъ основать обычное право на *правовомъ убѣжденіи народа* и смотрѣлъ на простой обычай, какъ на внѣшнее выраженіе, или какъ на средство познанія обычнаго права. Но на сколько справедливо различіе, сдѣланное Пухтой между обычаемъ и обычнымъ правомъ, на столько же онъ не понялъ послѣднѣе въ его объективной сущности. Дѣйствительно Пухта возвысился надъ чисто фактическимъ, волею вызваннымъ положеніемъ примиряющаго понятія убѣжденія; однако не перешолъ сферы субъективнаго. Право, въ своемъ объективномъ основаніи, должно именно опредѣлить условія, при которыхъ обычай получаетъ юридически обязательную силу, и ко-

---

(7) L. 39. D. de leg. (1. 3.). Quod non ratione introductum est, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non abtinet. — L. 1. C. quae sit l. c (8. 53.). Nam et consuetudo praecedens et ratio, quae consuetudinem sua sit, custodienda est. См. о томъ *Savigny*, Syst. des heut. röm. Rechts, Bd. I. S. 144. u. flg.

(8) G. F. *Puchta*, das Gewohnheitsrecht. 2. Th. Erlangen 1828, 1837.

торыя прежде всего заключаются въ соотвѣтственности съ подлежащими изслѣ-ванію жизненными отношеніями. Какъ неважно такое правильное воззрѣніе на сущность обычнаго права, однако историческая школа слишкомъ много придала значенія обычному праву, какъ источнику права. Обычное право составляетъ преимущественный источникъ права лишь до тѣхъ поръ, пока народъ находится на низшей ступени развитія. Уже самый способъ возникновенія обычая обусловли-ваетъ собою громадное разнообразіе и различія, которыя въ частномъ правѣ, дающемъ широкій просторъ произволу, могутъ увеличиться и принять такой объ-емъ, что въ народѣ теряется всякое единство правоваго сознанія, и теорія, осно-вывающая обычай на совокупной волѣ, или на народномъ убѣжденіи, становится похожей почти на иронію. Такое разнообразіе въ обычаяхъ поддерживаетъ нео-предѣленность права и становится помѣхой для всякаго общаго жизненнаго дви-женія, для болѣе живаго правоваго развитія оборотныхъ отношеній; и обществен-ное растройство дѣлается наконецъ, до такой степени тягостнымъ, что спасеніе можетъ быть найдено, отчасти или вполнѣ, только въ законодательствѣ, которое дѣйствительно до сихъ поръ было благодѣяніемъ для народа и его правоваго со-стоянія. Въ новѣйшихъ законодательствахъ, возникшихъ подъ вліяніемъ противу-положныхъ теорій, думали воспрепятствовать возврату золъ, пораждаемыхъ мно-гообразностью обычнаго права, значительнымъ ограниченіемъ послѣдняго (См. Preuss L. R. § 314. Oesterr. A. B G. B. §. 10). Такъ австрійское G. B. § 10 гласитъ: «что на обычай можно обращать вниманіе только въ тѣхъ случаяхъ, ког-да на него ссылается законъ». Однако этимъ не возбраняется существованіе и дальнѣйшее развитіе обычнаго права въ другихъ сферахъ, напримѣръ, въ сферѣ торговой и ремесленной; но въ общихъ гражданскихъ отношеніяхъ область обы-чая слишкомъ ограничена. Такія чрезмѣрныя ограниченія противорѣчатъ потреб-ностямъ жизни, понятію правовой свободы, которая стремится проявить себя въ развитіи правовыхъ отношеній, на основаніи измѣняющихся нравовъ и убѣжденій, а потому эти ограниченія должны были имѣть столь же малый успѣхъ, какъ и запрещеніе Юстиніана юристамъ комментировать его новое законодательство, на томъ основаніи, чтобы предотвратить различіе во взглядахъ (9).

2. *Законъ*, или законное право, есть право, установленное уполномоченнымъ отъ государства органомъ, сдѣлавшееся обязательнымъ посредствомъ надлежащаго обнародованія. Всякое государственное устройство опредѣляетъ какъ и какимъ образомъ законъ становится дѣйствующимъ. Судья, при примѣненіи закона, дол-женъ имѣть въ виду эти формы. Для надлежащаго обнародованія, которое спра-

---

(9) Главнѣйшія положенія Римскаго права относительно обычнаго права суть слѣдующія: l. 32. §. 1. D. de leg. (1. 3.), (Iulianus): Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur et hoc est jus, quod dicitur moribus constitum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes. Nam quod interest suffragiis populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Qua re rectissime et illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per *desuetudinem* abrogentur. О смыслѣ рескрипта, относительно отмѣненія и замѣненія закона, изданнаго Константиномъ, въ 319 г. 12. C quae sit longa cons. (8. 53), гласящаго слѣдующее: Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est: verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut ratio-nem vincat aut *legem*. см. *Савинья* ib. S. 420 u. ff. Это мѣсто пародировано въ *Ломбардскомъ ленномъ правѣ* (von Obertus) 2. Feud. 1. такимъ образомъ: Legum autem Romanarum non est vilis auctoritas, sed non adeo vim suam extendunt, ut usum vincant aut *mores*. Здѣсь вмѣстѣ съ тѣмъ высказывается германскій духъ, измѣнившій столь многое при усвоеніи римскаго права.

ведливо считается непремѣннымъ условіемъ дѣйствующаго закона, существуютъ въ государствахъ различныя правила; и чтобы дать фактическое основаніе положенію, *«что каждый долженъ знать законы своей страны,»* опредѣлено, что законъ, только по истеченіи извѣстнаго срока со дня его обнародованія въ печатномъ сводѣ, получаетъ для всѣхъ равно обязательную силу.

a) *Причина* закона есть воля, однако всегда опредѣляемая отношеніями, для которыхъ онъ издается. Но это основаніе закона образуетъ вмѣстѣ съ причинною волею нераздѣльное цѣлое, такъ что слѣдуетъ обращать вниманіе лишь на одно формальное изрѣченіе воли. Конечно, въ извѣстныхъ случаяхъ, гдѣ само изрѣченіе должно быть истолковано, или гдѣ законъ долженъ получить аналогическое приложеніе, слѣдуетъ также имѣть всегда въ виду и *основаніе закона* (ratio legis), въ томъ видѣ, какъ оно выразилось въ намѣреніи законодателя, или какъ объ немъ можно заключить по аналогіи.

b) *Дѣйствующая сила* закона должна разсматриваться трояко: по отношенію къ *времени*, *пространству дѣйствія* и *лицамъ*, которыя подчиняются закону.

aa) По отношенію къ *времени* существуетъ правило, что законы неимѣютъ обратнаго дѣйствія (leges ad praeteritum non sunt trahendae), т. е. законы должны примѣняться только къ тѣмъ случаямъ, которые возникли послѣ публикаціи закона, для того, чтобы не сдѣлать вреда правамъ уже *пріобрѣтеннымъ*. Впрочемъ это правило приложимо только къ *частнымъ правовымъ отношеніямъ*; но даже и здѣсь изъ этаго правила дѣлаются исключенія, относительно тѣхъ случаевъ, гдѣ самъ законъ, ради общественныхъ интересовъ, допускаетъ такое исключеніе. Въ государственномъ правѣ и судебномъ процессѣ это правило, по самой сущности своей не находитъ никако приложенія. Политическія права даются въ интересѣ общественномъ, не составляютъ частное достояніе отдѣльнаго лица, а потому не могутъ считаться какъ бы благопріобрѣтенными, а слѣдовательно могутъ даваться и отниматься уполномоченной государственною властью во всякое время. Такъ могутъ, напримѣръ, даваться и отниматься государственною властью права выборовъ. Въ гражданскомъ и уголовномъ процессѣ, цѣль которыхъ, главнымъ образомъ, заключается въ открытіи истины, никто изъ тяжущихся и подсудимыхъ не имѣетъ права ссылаться на прежнія рѣшенія.

Напротивъ въ уголовномъ правѣ, новые болѣе снисходительные, но никакъ не болѣе строгіе, уголовные законы, имѣютъ приложеніе и къ прежнимъ случаямъ.

Законъ теряетъ свою обязательную силу по истеченіи времени, на которое онъ былъ установленъ, посредствомъ позднѣйшаго отмѣняющаго закона (lex posterior derogat priori). Такое отмѣненіе можетъ быть полнымъ и неполнымъ. Законъ можетъ отмѣняться также вновь сложившимся, противоположнымъ ему по смыслу, обычнымъ правомъ.

bb) *Пространство дѣйствія* закона опредѣляется территоріей того государства, гдѣ онъ былъ изданъ. Здѣсь существуетъ правило, чтобы судья прилагалъ на практикѣ только законы своей страны. Но въ интересѣ взаимныхъ сношеній и въ интересѣ подданныхъ государство придаетъ значеніе правовымъ поступкамъ своихъ подданныхъ, совершеннымъ и за границею.

Впрочемъ являются столкновенія, составляющія собственно предметъ *международнаго частнаго права*, которыя, однако-жъ, до сихъ поръ, неудовлетворительно разрѣшались и наукой, и практикой.

cc) По отношенію къ *лицамъ* принимается какъ правило, что сила закона распространяется не только на гражданъ государства, но и на всѣхъ иностранцевъ, въ немъ проживающихъ, такъ что правовыя послѣдствія туземныхъ законовъ за извѣстныя дѣянія одинаковы, какъ для подданыхъ государства, такъ и для иностранцевъ.

c) *Виды* законовъ (die Arten der Gesetze) опредѣляются: органами, отъ которыхъ они исходятъ, ихъ содержаніемъ и публичными и частными отношеніями,

aa) По *органамъ*, могутъ исходить законы отъ высшей *правительственной* государственной власти или отъ органической части государства, *провинціи* или *общины*. Законы перваго рода могутъ быть или государственные основные законы, или *законы* въ обыкновенномъ смыслѣ, или *постановленія*, которыя издаются уполномоченной на то *административной властью*. Но гдѣ административная власть не соединена въ одномъ лицѣ или вѣдомствѣ съ законодательной, тамъ эти постановленія не должны противорѣчить законамъ (10).

bb) По *содержанію* или предмету законы относятся къ особеннымъ главнымъ цѣлямъ, которыя преслѣдуетъ государство прямо или косвенно. Такими законами будутъ церковные законы, законы народнаго образованія, законы народнаго хозяйства, т. е. законы земледѣльческіе, промышленные и торговые, финансовые законы, законы военные и т. д.

По *отношеніямъ*, законы могутъ имѣть своимъ предметомъ публичныя или частныя отношенія, въ которыхъ одни и тѣже предметы права могутъ встрѣчаться въ различныхъ направленіяхъ (См. гл. VI эт. же кн.).

Публичные законы, касаясь публичныхъ интересовъ, должны исходить всегда отъ государственной власти и ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть измѣнены частнымъ произволомъ.

Напротивъ законы частнаго права двояки. Они суть, какъ правильно замѣтилъ Савиньи (11): 1) такіе, которые совершенно исключаютъ частный произволъ, а потому и господство ихъ, по необходимости, неизмѣнно. Сюда относятся *абсолютно-повелѣвающіе* и *абсолютно-запрещающіе* законы, будутъ ли они такими вообще или только въ извѣстныхъ случаяхъ; такъ напримѣръ обязанность родителей давать пропитаніе своимъ дѣтямъ, запрещеніе напередъ отказываться, въ тѣхъ случаяхъ гдѣ есть dolus, отъ вознагражденія вреда. Но изъ этого вовсе не слѣдуетъ, чтобы судья *по должности* долженъ былъ произносить приговоры относительно поступковъ, противорѣчащихъ такимъ законамъ. Въ частномъ правѣ, основанномъ, главнымъ образомъ, на самоопредѣленіи отдѣльныхъ лицъ, существуетъ правило, по которому судья не вмѣшивается до тѣхъ поръ, пока не будетъ вызванъ къ тому формальной жалобой или донесеніемъ. Только въ немногихъ случаяхъ, опредѣленныхъ по большей части новѣйшими законодательствами, въ случаяхъ, гдѣ преобладаетъ общественный интересъ, судья обязанъ, по должности, признавать незаконность извѣстныхъ поступковъ.

2) Другой родъ законовъ частнаго права заключаетъ въ себѣ всѣ тѣ законы, которые названы у Савиньи *посредствующими* законами (vermittelnde Gesetze),

---

(10) Многіе германисты принимаютъ еще другой родъ законодательства, исходящаго отъ частной воли, что они называютъ *автономіей*, приписывая послѣднюю корпораціямъ и государственнымъ чинамъ, теперь медіатизированнымъ. Дѣло совершенно ясно и споръ происходилъ только изъ за словъ: на автономію вовсе неслѣдуетъ смотрѣть какъ на особый родъ законодательства, потому что характеръ закона въ строгомъ смыслѣ, заключается въ томъ, что всякій законъ исходитъ отъ общественной власти, а не въ томъ, какъ утверждаетъ *Вальтеръ* (System des gemeinen deutschen Privatrechts s. 35.)," что законъ имѣетъ силу и для тѣхъ поколѣній, которыя вовсе и несодѣйствовали къ составленію его." Ибо самъ Вальтеръ признаетъ возможность противорѣчія такому опредѣленію въ завѣщаніяхъ, относительно законныхъ наслѣдниковъ, лишенныхъ наслѣдства. То есть, принявъ опредѣленіе Вальтера, слѣдовало бы смотрѣть вообще на каждое лицо, какъ на законодателя въ своей частной сферѣ. У меня же понятіе автономіи имѣетъ болѣе обширный смыслъ относительно каждаго праваго самоопредѣленія и отличено отъ закона и законодательства.

(11) System des heut röm. Rechts. Bd. S. 57.

у другихъ *диспозитивными* (dispositive), а также и *дозволяющими* (permissive) законами. (12) Эти законы служатъ помощью, дополненіемъ и приложеніемъ лишь тогда, когда частныя лица изъ предоставленной имъ частно-правовой автономіи не сдѣлали никакого употребленія. Законовъ частнаго права втораго рода, по самому характеру этаго права, гораздо болѣе.

Законное право есть собственно *писанное* право, выраженное въ *положеніяхъ*, смыслъ которыхъ подлежитъ изслѣдованію, чему служитъ искусство толкованія,— юридическая герменевтика.

(d) *Толкованіе закона*. Дѣятельность, направленная къ уясненію смысла закона называется *толкованіемъ*.

Ученіе о толкованіи, въ новѣйшее время, всего основательнѣй разработано у Савиньи (13). Прежнее дѣленіе толкованія на легальное, какъ дѣленіе неправильное, было отвергнуто Савиньи, потому что легальное толкованіе опять подраздѣляемое на *подлинное*, исходящее ото самаго законодателя и *обычное* (Usuelle), опредѣляемое обычаемъ, не есть настоящее толкованіе; ибо здѣсь во все не истолковывается смыслъ существующаго закона, а только послѣдній замѣняется совершенно новымъ положеніемъ. Слѣдовательно, остается только доктринальное, т. е. научное толкованіе; но и здѣсь также не было проведено точнаго различія между *грамматической* и *логической* формой толкованія, какъ между двумя различными родами толкованія, между тѣмъ, какъ *грамматическое* и *логическое*, т. е. мысль законодателя, не могутъ быть совершенно отдѣлены другъ отъ друга. Но тѣмъ не менѣе можно принять, что въ толкованіи можетъ преобладать или грамматическое или логическое начало. Грамматическое толкованіе преимущественно изслѣдуетъ смыслъ закона, основываясь на правилахъ филологіи, принимая также въ разсчетъ время возникновенія закона и особенности языка законодателя. Грамматически истолкованный законъ можетъ имѣть только одинъ смыслъ и только въ этомъ смыслѣ, а не въ какомъ другомъ, долженъ быть примѣняемъ. Преимущественно *логическое* толкованіе является тогда, если грамматическимъ не добыто вѣрнаго результата или, когда словесное выраженіе хотя и даетъ опредѣленный смыслъ, но *объективно извѣстно*, что въ немъ вовсе не выразилась истинная воля законодателя, что послѣдній хотѣлъ дать своему постановленію болѣе широкое или тѣсное значеніе, а поэтому является необходимость ограничить или расширить смыслъ толкуемаго закона. Конечно здѣсь весьма трудно доказать ошибочность выраженія по отношенію къ дѣйствительной волѣ законодателя, а потому изслѣдованіе должно быть ведено съ крайней осторожностью изъ опасенія навязать законодателю такое намѣреніе, какого онъ вовсе не имѣлъ. Но тѣмъ не менѣе, во всѣхъ законодательствахъ встрѣчаются случаи, гдѣ логическое толкованіе совершенно необходимо. Руководящія, основныя положенія при логическомъ толкованіи суть слѣдующія: a) должно обращать вниманіе на связь извѣстнаго закона съ другими мнѣніями и постановленіями законодателя, а также и на внутреннюю связь всего законодательства, соединяющую въ одно цѣлое всѣ правовыя институты и правовыя правила; b) на причину закона и относящееся къ тому намѣреніе законодателя, т. е. на цѣль, которую имѣлъ въ виду законодатель и на тѣ правовыя опредѣленія, которыя онъ долженъ былъ употребить, какъ необходимыя средства, для достиженія цѣли. Внѣшней, фактической или исторической *поводъ* недолженъ быть смѣшиваемъ съ

---

(12) *Stubenrauch* въ своемъ Erleuterung des A. B. G. B. Wien. 1853 S. 69, предлагаетъ названіе, болѣе соотвѣтствующее предмету, называя эти законы *дополняющими* законами (suppletorische).

(13) ib. Bd. 1. S. 206. u. flg.

причиной закона. Аналогія, разсматриваемая прежде тоже какъ форма логическаго толкованія, собственно не имѣетъ къ послѣднему ни малѣйшаго касательства, потому что аналогія имѣетъ свое приложеніе только въ тѣхъ случаяхъ, которые не обозначены закономъ, т. е. о которыхъ законодатель не произнесъ своего рѣшенія. Теперь принято для частнаго права правило, которое впрочемъ весьма ясно высказано въ большей части новѣйшихъ законодательствъ, именно, что всѣ правовыя случаи, являющіеся въ жизни, должны разбираться судьею. Судья долженъ разрѣшать эти случаи по аналогіи, гдѣ же послѣдней недостаточно, тамъ судья долженъ основывать свои рѣшенія сообразно съ сущностью дѣла. (Судебные приговоры, основывающіеся на сущности дѣла въ Австрійскомъ законодательствѣ §. 7. называются рѣшеніями, имѣющими своимъ основаніемъ «natürliche Rechtsgrundsätze»)

Аналогіей называется примѣненіе какого нибудь одного закона къ *подобнымъ* случаямъ, имѣющимъ одно общее основаніе. Но этаго сходства не слѣдуетъ искать въ причинѣ закона, ratio legis, иначе исчезла бы всякая надежная точка опоры, — а только въ отдѣльныхъ правовыхъ отношеніяхъ, столь разнообразно формирующихся въ жизни. Отсюда, аналогія служитъ главнымъ образомъ къ тому, чтобы пополнить пробѣлы закона, ибо она вовсе не есть дѣйствительное толкованіе закона, — и напр. въ уголовномъ правѣ, вслѣдствіе кореннаго принципа послѣдняго «*nulla poena sine lege*“, она совершенно не имѣетъ мѣста.

Естественныя основныя положенія *права* (die natürlichen Rechtsgrundsätze) указанные §. 7. Австрійскаго законодательства, въ случаѣ недостаточности аналогіи, выводятся не изъ абстрактныхъ формальныхъ теорій естественаго права, но изъ «*природы дѣла*», изъ сущности правоваго отношенія, и, какъ полагаютъ *Савиньи* и *Пухта*, составляютъ главную задачу особеннаго «*права науки*». Но разрѣшенію этой задачи можетъ способствовать лишь истинная философія права, выводящая само право изъ жизненныхъ отношеній.

(B) О *второстепенныхъ* формахъ возникновенія и развитія права въ наукѣ права и судебной практикѣ, посредствомъ ученаго сословія юристовъ.

Обычай и Законъ суть двѣ формы или два источника права, посредствомъ которыхъ оно установляется. Но рядомъ съ этими источниками права въ новѣйшее время представители исторической школы, въ особености Савиньи и Пухта, хотѣли поставить «*право науки*», то есть, выработанное наукой право, какъ особенный источникъ права. Потому, на основаніи этаго взгляда, наука права имѣетъ своей задачей не только пересоздать существующее право по своимъ принципамъ и понять его какъ цѣлое взаимнопредполагающихъ и обусловливающихъ другъ друга положеній; — но, такъ какъ все существующее обычное и законное право остается всегда неполнымъ, несовершеннымъ, вслѣдствіе постояннаго нарожденія все новыхъ и новыхъ правовыхъ отношеній, то поэтому право науки имѣетъ также своей задачею пополнить и указать пробѣлы и такимъ образомъ сдѣлаться дополнительнымъ источникомъ права. Вслѣдствіе этого ученые юристы, естественные *представители* юридическаго образованія націи, должны быть въ своей литературной и практической дѣятельности вѣщательными органами права, потому что ученые излагаютъ и примѣняютъ только такія положенія права, которыя пользуются авторитетомъ научной истины. Истинность воззрѣнія, высказанаго лучшими юристами (communis opinio doctorum) и нашедшее практическое примѣненіе, не должно быть подвергаемо сомнѣнію до тѣхъ поръ, пока не явятся фактическія доказательства его ошибочности.

Конечно этотъ взглядъ предоставляетъ наукѣ права благородную и истинную задачу, но вмѣстѣ съ тѣмъ въ немъ заключается, часто встрѣчающееся въ наукѣ права и государства, смѣшеніе того, что посредственно или непосредственно служитъ задачею и цѣлью какой нибудь дѣятельности и ложное пониманіе отно-

шенія науки права къ жизни (14). Наука права, смотря по различнымъ ступенямъ нравственнаго и правоваго образованія народа, имѣетъ различныя задачи и различное отношеніе къ общественной жизни. Тамъ, гдѣ еще все находится въ періодѣ зачатія и возникновенія, гдѣ одно жизненное отправленіе, уже сложившееся, часто замѣняетъ другія еще не сложившіяся, тамъ и наукѣ права предоставлена преимущественно право-образовательная функція. Мы видимъ такую дѣятельность науки права, въ большей или меньшей мѣрѣ, въ Римѣ отъ законодательства XII таблицъ до законодательства Юстиніана; преторы, бывъ органами юридическаго образованія Римлянъ, будучи вмѣстѣ съ тѣмъ и учеными юристами, конечно имѣли большое участіе въ самомъ образованіи права. Такимъ же образомъ впослѣдствіе Римское право было введено, преимущественно вслѣдствіе содѣйствія ученыхъ юристовъ, и у Германцевъ, ибо Римское право получило утвержденіе въ Германіи не со времени только учрежденія имперскихъ судовъ (Reichs-Kammergerichte) 1495 г., но гораздо ранѣе вслѣдствіе вліянія науки права на судебную практику. Юристамъ также обязаны значительными реформами и смягченіями какъ средневѣковаго германскаго уголовнаго права, такъ и уголовныхъ законовъ, установленныхъ посредствомъ Peinliche Gerichtsordnung 1532 г. Наука права можетъ и теперь вводить новыя положенія въ правовыя системы тѣхъ Германскихъ государствъ, гдѣ многое еще шатко, вслѣдствіе неустановившейся на твердомъ основаніи связи между Римскимъ и Германскимъ правомъ.

Ни когда, однакожъ, не должно забывать, что такое правообразовательное вліяніе, наука права можетъ имѣть только *посредствомъ* судовъ. Но подобно тому, какъ въ прежнія времена частныя лица выполняли въ областяхъ частнаго и общественнаго права такія *задачи*, которыя собственно принадлежатъ въ правильно организованномъ обществѣ государственной власти; точно также и наука права, служившая прежде разумнымъ средствомъ и подпорой юридическаго быта народа, должна на высшей ступени общественнаго развитія, уступить большую часть своихъ прежнихъ функцій законодательству и занять свое настоящее мѣсто въ узкомъ правовомъ организмѣ. Наука права, по своему истинному назначенію, не можетъ служить непосредственнымъ источникомъ для положительнаго права; ея задача не установлять право, а *переработывать* и развивать, съ одной стороны, право, заключающееся въ обычаяхъ и законахъ; а съ другой стороны — *указывать на пробѣлы*, излагать положенія, которыми они могутъ быть пополнены, — и своимъ постояннымъ вліяніемъ на правовыя убѣжденія народа способствовать дальнѣйшему образованію обычнаго права и *совершать подготовительную работу* для законодательства.

Вотъ почему теорія, которая ставитъ науку права наряду съ двумя прочими источниками права, можно разсматривать, какъ параллель прежнему воззрѣнію, по которому и естественное право считалось непосредственнымъ источникомъ права. Историческая школа, въ правѣ юристовъ, хотѣла замѣнить естественное право «природою вещей». Но если даже понимать эту «природу вещей» въ вышеупомянутомъ правильномъ смыслѣ, а не отождествлять ее съ правовыми воззрѣніями Римлянъ, все таки она можетъ служить только объективнымъ руководящимъ принципомъ, но не быть источникомъ права сама по себѣ; — и только въ немногихъ, исключительныхъ случаяхъ, когда обычай и законъ не даютъ удовлетворительнаго отвѣта въ какомъ нибудь юридическомъ вопросѣ, судья можетъ руководствоваться ею при рѣшеніи этого вопроса. Теорія права науки, или права юристовъ имѣла своимъ слѣдствіемъ еще другую ошибку.

---

14) Такъ напр. подобное смѣшеніе въ ученіи о цѣли государства, при отсутствіи различія между тѣмъ, что посредственно и непосредственно служитъ цѣлью государства, мѣшало образованію правильной теоріи о государственной цѣли (См. Гл. 5, 3.

Безелеръ, въ своемъ «Volksrecht und Juristenrecht», 1843. (15), ставитъ *народное право*, какъ новый источникъ права, частью наряду, а частью въ противоположность съ правомъ юристовъ и съ другими источниками права. Основная мысль Безелера хотя и не совсѣмъ точно опредѣлена имъ, но въ сущности правильна. Безелеръ держится того мнѣнія, что власть народа и права юристовъ, участвующіе въ первоначальномъ образованіи правовыхъ отношеній хотя и ограничиваются въ послѣдствіи,—въ пору большаго развитія, когда каждое отдѣльное общественное отправленіе получаетъ свой особенный органъ,—государственной властью, но послѣдняя никогда ихъ не можетъ вполнѣ уничтожить. Исторія, а особенно германская, показываетъ, что юристы, равно, какъ и законодательная власть, часто заблуждались и создавали правовыя системы, совершенно несогласныя съ духомъ народа; вотъ почему говоритъ Безелеръ, народу должны быть предоставлены средства для огражденія себя отъ такихъ заблужденій законодательной власти и юристовъ. Эти средства, какъ думаетъ Безелеръ, заключаются въ народномъ правѣ какъ, общемъ правовомъ источникѣ, изъ котораго можно создать не только отдѣльное обычное право, а цѣлую систему права, обнимающую всю жизнь народа. Безелеръ не желалъ, конечно придать этому народному праву непосрѣдственную силу, ибо тутъ, какъ и въ обычномъ правѣ, онъ ставитъ непременнымъ условіемъ, упражненіе, навыкъ. Тѣмъ не менѣе онъ ошибается, разсматривая народное право; само по себѣ, какъ источникъ права. Справедливо въ этомъ воззрѣніе только то, что народность, т. е. весь этическій нравственно—правовой характеръ народа, какъ выразился онъ, въ его исторіи, и выражается въ его стремленіяхъ, есть существенный моментъ, выше обозначеннаго нами, вещнаго принципа, или фактора права; онъ есть дальнѣйшее развитіе понятія «природы вещей», опредѣляющуюся, въ свою очередь, природою народа. Сродственность послѣдняго понятія съ народнымъ правомъ была также признана Безелеромъ (16). Этотъ-момоментъ народности, въ правѣ былъ упущенъ изъ виду романистами, которые начали смотрѣть на Римское право, какъ на «міровое право»; подобно тому, какъ естественное право толковало о своихъ мірообъемлющихъ понятіяхъ. По необходимости должна была возникнуть рѣшительная оппозиція такому возрѣнію романистовъ, въ лицѣ Германистовъ; но понятія, столь шаткія, какъ понятіе о народномъ правѣ, не ведутъ ни къ какимъ положительнымъ результатамъ. Требовалась прежде всего сравнительная наука права которая, имѣя постоянно въ виду характеръ и нравственно—правовыя отношенія народа извлекала-бы изъ, столь умѣстной здѣсь «природы вещей» масштбаъ для взаимнаго сравнѣнія Римскаго права съ Германскимъ. Но необходимость такой науки начинаетъ сознаваться только теперь; притомъ для такой науки требуется, кромѣ знанія исторіи, большее философское образованіе, чѣмъ то, которое проявлялось, до сихъ поръ, въ наукѣ положительнаго права.

Теорія народнаго права старалась удовлетворить такой научной потребности, но ошибочность этой теоріи заключается въ томъ, что руководящій принципъ, народности права, нуждающійся въ научной обработкѣ, хотѣли разсматривать какъ источникъ права. Слѣдствіемъ этой ошибки было то, что въ наступившее, вскорѣ, послѣ того, время демократическихъ волненій, теорія эта, немного измѣненная, была обращена въ орудіе разрушенія всякаго правоваго порядка; потому что упражненіе, навыкъ, что̀ Безелеръ считаетъ необходимымъ условіемъ вся-

---

(15 См. также Безелера. System des gemeinen deutschen Privatrechts, 1847–1853. S. 108 u. ff.

(16) Объ необходимости признать народъ въ образованіи права за органическій факторъ и именно въ областяхъ торговли, ремеслъ, а также и земледѣлія, имѣющихъ преимущественное отношеніе къ нуждамъ народа, о чемъ все болѣе и болѣе заботятся учрежденіемъ торговыхъ и ремесленныхъ судовъ и къ чему должно бы было присоединить и учрежденіе Земледѣльческихъ усдовъ, см. мою Rechtsphilosophie, 4-te Ausg., S. 81.

каго народнаго права, были отвергнуты и народъ былъ провозглашенъ *непосредственнымъ* источникомъ, какъ государственной власти такъ и законодательства; Только изъ народа можетъ исходить право и только онъ можетъ примѣнять его, говорили реформаторы; на мѣсто ученыхъ юристовъ потребовали выборныхъ отъ народа: на томъ основаніи что народные судьи, одни имѣютъ право произносить приговоръ о фактѣ, а также и примѣнять законъ.

Но собственно говоря, есть только два *непосредственныхъ* и *общихъ* источника права, обычай и законъ, которые и должны быть выраженіемъ народнаго убѣжденія и нравственно — правовыхъ отношеній народа; они–то слѣдовательно суть двѣ формы народнаго права, проявляющіяся въ дѣйствительности.

Ученымъ–же юристамъ принадлежитъ только роль *посредничества* и притомъ двоякаго рода, въ наукѣ права, объ чемъ мы уже говорили выше, и въ судебной практикѣ.

Судебная практика разсматривалась прежде, какъ особый видъ обычнаго права и относилась къ одной, съ послѣднимъ, категоріи. Это ошибочно. Судебная практика, заключающаяся въ авторитетѣ однообразныхъ рѣшеній суда (rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas), всегда предполагаетъ уже установившееся законъ и обычай; она тѣсно связана съ наукой права, потому что каждое судебное рѣшеніе есть результатъ научной операціи. Только въ немногихъ случаяхъ, когда нельзя найдти рѣшенія ни посредствомъ научнаго толкованія, ни аналогіей, судьѣ указывается на «природу вещей» и тогда онъ дѣйствительно можетъ создавать новыя положенія права. Конечно, въ подобныхъ случаяхъ всегда будутъ имѣть большое вліяніе, предшествовавшія судебныя рѣшенія (Präjudicate, precedents, Jurisprudence des arrêts). Но этотъ авторитетъ можетъ быть отвергнутъ, даже въ одномъ и томъ же судѣ, новымъ, болѣе основательно сложившимся убѣжденіемъ. Впрочемъ безопасность правосудія требуетъ, чтобы отъ предшествующихъ судебныхъ рѣшеній (Präjudicien) уклонялись только въ случаяхъ крайней необходимости, а также, чтобы низшія судебныя инстанціи, гдѣ это только соединимо съ правовымъ убѣжденіемъ, сообразовались съ рѣшеніемъ высшихъ инстанцій. Поэтому новѣйшія законодательства, непридавая силы закона судебной практикѣ, (См. Oesterr. B. G. B. § 12) по возможности заботились объ однообразности рѣшеній судовъ (17).

Справедливость, которую принимаютъ, по крайней мѣрѣ, за вспомогательный источникъ права, не можетъ быть принимаема за дѣйствительный источникъ. Справедливость, которую *Пухта* (18) опредѣляетъ вѣрно и просто, какъ «принятіе во вниманіе индивидуальности лицъ и отношеній», есть собственно существенный моментъ каждаго права и проявляется во многихъ правовыхъ опредѣленіяхъ. Для *законодателя*, которому необходимо имѣть въ виду различіе положеній и отношеній, справедливость служитъ всегда *руководящимъ принципомъ*. Но такъ какъ законы никогда не могутъ исчерпать всѣхъ различій, индивидуальности случаевъ и отношеній, потому справедливость для *судьи* можетъ быть руководящимъ принципомъ только въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ не указываетъ прямо на другое, хотя бы и болѣе строгое рѣшеніе. Этотъ общій принципъ справедливости можетъ быть прилагаемъ во всѣхъ отрасляхъ права; въ особенности — же въ правѣ уголовномъ, въ которомъ новѣйшія законодательства, принимающія въ расчетъ, болѣе прежнихъ, индивидуальныя отношенія, предоставляютъ большій просторъ благоусмотрѣнію судьи. (19)

---

(17) Относительно *Пруссіи* K. preuss. Kabinetsordre vom 1. Aug. 1836; относительно Австріи das K. K. Patent vom 7. Aug 1850, № 325 des R. G. B.

18. см. Vorlesungen über das heutige röm. Recht, 3. Aufl., Bd. I, §. 21.

19) О справедливости см. подробнѣе *Warnkönig*, Juristische Encyclopaedie, S. 47. u. flg.

ГЛАВА V.

О ГОСУДАРСТВѢ.

Понятіе, происхожденіе, цѣль, отношеніе къ обществу, конституція и администрація.

1. Право получаетъ во всѣхъ своихъ формахъ, въ особенности въ обычаяхъ и законахъ, общественное подтвержденіе и развитіе. Какъ постоянная жизненная цѣль, оно нуждается и въ постоянномъ *учрежденіи*. По этому въ каждомъ, развивающемся и выходящемъ изъ предѣловъ семейства, человѣческомъ обществѣ является потребность въ силѣ ограждающей правовыя отношенія, равно какъ и въ постоянныхъ учрежденіяхъ для разрѣшенія возникающихъ споровъ и для защиты всего общества отъ внѣшнихъ нападеній. Такъ, при различныхъ обстоятельствахъ и въ различныхъ видахъ, постепенно слагается одно цѣлое изъ различныхъ учрежденій, связанныхъ между собою одною общею силою или властью, для удовлетворенія потребностямъ правовой жизни. Такая сила, или такой порядокъ есть *государство*. Итакъ государствомъ называется *организованное общество на одной общей территоріи, подъ одною общею властью и имѣющее цѣлью осуществленіе права посредствомъ органическихъ учрежденій*.

При опредѣленіи понятія о государствѣ должно отличать понятіе философское отъ понятія историческаго. Правда одно не можетъ противорѣчить другому, ибо въ такомъ случаѣ ошибка должна лежать въ философскомъ понятіи, такъ какъ исторію отрицать нельзя. Но философское понятіе можетъ обнять всякое общественное учрежденіе согласно его сущности, во всей его чистотѣ, между тѣмъ какъ въ исторіи оно является болѣе или менѣе перемѣшаннымъ съ другими учрежденіями.

Тоже самое можно сказать и о государствѣ. Въ началѣ общественнаго развитія, когда все то, что впослѣдствіи отдѣляется и разчленяется, еще находится почти въ полномъ единствѣ, въ эту пору и правовая сторона и порядокъ человѣческой жизни должны еще находиться въ тѣсной связи со всѣми другими отношеніями и направленіями, въ особенности же съ религіею — этимъ первоначальнымъ зародышемъ и точкой опоры всякой человѣческой цивилизаціи. Религіозный и государственно — правовой порядокъ являются всегда первоначально тѣсно связанными между собою и обнимая двѣ главныя стороны человѣческой жизни, они

долгое время совокупными силами руководятъ эту жизнь. Но внутренняя, присущая человѣку, наклонность къ развитію и организаціи, создающая для всего человѣческаго, для всѣхъ существенныхъ жизненныхъ цѣлей различные органы и развивающая ихъ постепенно до самостоятельности, стремится также дать государству и религіи независимое другъ отъ друга существованіе, создавая вмѣстѣ съ тѣмъ и другія отдѣльныя учрежденія для науки, воспитанія, искусства, промышленности и торговли. *Самостоятельность* государства есть принципъ, сдѣлавшійся, въ настоящее время, убѣжденіемъ всѣхъ. Но этотъ принципъ ложно понимается съ одной стороны тѣми, которые смотрятъ на государство, какъ на единственную, самостоятельную общественную силу, которая все должна себѣ подчинить, а съ другой стороны тѣми, которые, по другой отвлеченной теоріи, полагаютъ, что государство должно имѣть въ виду только одну, ему принадлежащую, цѣль, — право и что государство должно отрѣшиться отъ всѣхъ другихъ общественныхъ цѣлей и отношеній.

Какъ въ теоріи, такъ и въ практикѣ существуютъ различныя воззрѣнія на сущность, происхожденіе, цѣль государства и его отношеніе къ человѣческому обществу. Существующія образованныя государства во многомъ заблуждаются на счетъ объема и границъ своей дѣятельности, впадаютъ въ ошибки и промахи. Важная задача науки заключается по этому въ томъ, чтобы опредѣлить сущность и цѣль государства помимо многоразличныхъ, часто неясныхъ и несовершенныхъ, отношеній дѣйствительности.

2. Что касается до *происхожденія* государства, то здѣсь часто недостаточно различалось *внутреннее* происхожденіе отъ *внѣшнихъ* формъ возникновенія и развитія. Происхожденіе прежде всего бываетъ *внутреннее*; оно заключается въ правовомъ инстинктѣ т. е. въ *потребности* взаимнаго дополненія и регулированія взаимно—обусловливающихся отношеній. Инстинктъ этотъ совершенно независимъ отъ воли; онъ дѣйствуетъ вслѣдствіе внутренней *необходимости* и вызываетъ для существенныхъ цѣлей права соотвѣтствующіе органы и функціи. Государство возникаетъ вслѣдствіе внутренней жизненной потребности, ибо человѣкъ есть самъ по себѣ существо правовое и государственное; онъ носитъ въ самомъ себѣ побужденіе къ образованію государства, къ осуществленію его въ дѣйствительности. *Внѣшній* видъ этого осуществленія можетъ быть различенъ. Но и здѣсь слѣдуетъ отличать возникновеніе государства отъ образованія государственной власти, которыя не всегда между собою совпадаютъ и часто государственная власть перемѣняетъ свою форму, между тѣмъ какъ само государство уже установилось.

Само государство, какъ правовое общество, возникаетъ вмѣстѣ съ первымъ человѣческимъ обществомъ, *семействомъ*. Семейство по этому справедливо называется «первобытнымъ государствомъ» и въ семействѣ, или лучше, въ главѣ его уже сосредоточены зачатки всѣхъ тѣхъ существенныхъ функцій, которыя, при дальнѣйшемъ общественномъ развитіи, являются отдѣльными и вызываютъ особенные органы. — Семейства соединяются въ роды (gentes). *Родовое государство* являясь обыкновенно въ видѣ *общины*, есть вторая ступень государственнаго развитія. Роды соединяются въ общіе *племенные союзы*; степени такого соединенія бываютъ различны. Племенной союзъ, имѣющій свой, ему одному принадлежащій, языкъ и занимающій большую территорію, образуетъ *народное государство*. Послѣднее опять можетъ являться или строго централизованнымъ, единымъ, или же разложиться въ *союзъ государствъ* и образовать *союзное государство*; ибо при обоихъ этихъ видахъ непремѣнно предполагается единство народнаго племени. Но народное государство можетъ еще разшириться въ *государство народовъ*, какъ единую государственную организацію нѣсколькихъ народныхъ племенъ, соединившихся въ одно общее цѣлое. Послѣдняя форма государства въ свою очередь можетъ являться или централизованнымъ государствомъ, единымъ, или же какъ

союзъ государствъ, и союзное государство. Возможна наконецъ еще болѣе обширная конфедерація государствъ и народовъ.

Виды и роды возникновенія этихъ соединеній весьма многоразличны. Семейство, равно какъ и племенной союзъ возникаютъ главнымъ образомъ вслѣдствіе потребности любви, взаимной привязанности и чувства родства. Образованію болѣе обширныхъ союзовъ содѣйствуютъ и другія силы, интересы и страсти. Такія союзы возникаютъ частію вслѣдствіе взаимнаго соглашенія слѣдовательно по договору, частію вслѣдствіе физическаго или нравственнаго превосходства, а поэтому и насилія, одного племени надъ другимъ. — Государственная власть можетъ съ своей стороны развиться изъ власти семейной или родовой, или она установляется договоромъ, или пріобрѣтается вслѣдствіе физическаго или нравственнаго превосходства, или же наконецъ можетъ выработаться мало по малу изъ землевладѣльческихъ отношеній (патримоніи). Изъ всѣхъ этихъ различныхъ родовъ происхожденія государства ни одно нельзя считать за нормальное и единственно правовое (1). Подобно тому какъ при различныхъ степеняхъ развитія права, образуются различныя формы возникновенія права: обычай, договоръ, законъ, такъ и государство и государственная власть, смотря по степени развитія, получаютъ различныя формы. Необходимо однакожъ чтобы эти формы, были свободны отъ вліянія страсти и насилія и развивались постепенно; соотвѣтственно существующимъ правовымъ нормамъ. —

3. Важнѣйшій вопросъ о *цѣли* государства, несмотря на многочисленныя изслѣдованія, до сихъ поръ не получилъ еще удовлетворительнаго разрѣшенія. При обсужденіи этого вопроса особенно обнаруживается недостатокъ въ основательномъ, широкомъ этическомъ изслѣдованіи, какъ человѣческой цѣли вообще, такъ и всѣхъ заключающихся въ ней и органически между собою связанныхъ, особенныхъ цѣлей (2).

Разсматривая главнѣйшія теоріи, наиболѣе распространенныя въ новѣйшее время, оставляя въ сторонѣ всѣ второстепенныя видоизмѣненія этихъ теорій, мы встрѣчаемся съ двумя противуположными воззрѣніями, изъ которыхъ одно видитъ цѣль государства въ *человѣческой цѣли*, другое же во взятой совершенно отвлеченно *правовой цѣли*.

Первое воззрѣніе опредѣляетъ все и ничего. Что цѣль государства имѣетъ связь съ общею цѣлью человѣчества, этого не можетъ отрицать истинный взглядъ на жизнь. Но этимъ вопросъ еще не рѣшенъ. Человѣческая цѣль существуетъ вездѣ, гдѣ только живетъ человѣкъ и гдѣ есть человѣческая жизнь. Эта цѣль присуща, или по крайней мѣрѣ должна быть присуща, всѣмъ направленіямъ и стремленіямъ, какъ отдѣльныхъ лицъ, такъ и цѣлыхъ обществъ. Она осуществляется поэтому религіей и ея учрежденіями, нравственностью, науками и искусствами съ ихъ учрежденіями и, относительно физической стороны жизни, различными отраслями промышленности. Она осуществляется также государствомъ; но вопросъ заключается собственно въ томъ: какъ и какимъ особеннымъ, ему свойственнымъ, образомъ должно осуществлять государство человѣческую цѣль, если только мы не считаемъ этой цѣли *заключающейся* въ цѣли государства, что дѣйствительно привело бы насъ къ логическому выводу, что государственной дѣятельности подлежатъ всѣ человѣческія цѣли и религія и нравственность и науки и искусства. Такое мнѣніе дѣйствительно высказано болѣе или менѣе опредѣленно нѣкоторыми;

---

1) Объ этомъ см. мое organische Staatslehre, S. 143 u. flg.

(2) Въ самомъ дѣлѣ замѣчательно, что многіе изъ ученыхъ науки права и государства не подумали о томъ, что цѣль государства, если она особенная, должна быть понята прежде всего, во всеобщей цѣли человѣчества, съ которой цѣль государства находится въ связи и составляетъ только часть этой общей цѣли. Безъ такаго высшаго этическаго основанія цѣль государства невозможно опредѣлить истинно — научно.

оно лежитъ въ основаніи новѣйшихъ соціальныхъ ученій о государствѣ. Но это воззрѣніе, которое дѣлаетъ невозможнымъ всякую внутреннюю и внѣшнюю свободу человѣка, и привело бы къ худшему изъ деспотизмовъ, примѣра которому мы не находимъ даже въ исторіи, опровергается и наукой и практическою жизнью.

Остается поэтому разрѣшить вопросъ: какимъ *особеннымъ*, ему одному свойственнымъ образомъ, государство должно осуществлять человѣческую цѣль. Одна теорія, противуположная вышеупомянутой, и стремящаяся прежде всего гарантировать внѣшнюю и внутреннюю свободу человѣка, старалась обойти всѣ трудности при рѣшеніи этого вопроса, относя всю общую цѣль человѣчества, а также частныя человѣческія цѣли къ области морали; ибо ни государство, ни право не могутъ предписать человѣку никакой цѣли, а каждый напротивъ ставитъ ее себѣ самъ, смотря по своимъ нравственнымъ убѣжденіямъ и по своему воззрѣнію на жизнь. Цѣль государства, по этой теоріи, заключается въ *цѣли права*, какъ понимаетъ эту цѣль ученіе Канта, основывающееся исключительно на принципѣ свободы; и задача государства состоитъ поэтому въ огражденіи и установленіи условій, необходимыхъ для совмѣстнаго бытія свободы всѣхъ. Теорія эта, несмотря на то, что она выдвинула принципъ свободы, который прежде слишкомъ мало былъ признаваемъ, все таки пришла въ противорѣчіе съ дѣйствительностью, такъ какъ до сихъ поръ еще никакое государство неопредѣляло своей дѣятельности одною отрицательною цѣлію права, а напротивъ содѣйствовало всегда, если не повелительно и принудительно, то по крайней мѣрѣ покровительственно всѣмъ человѣческимъ цѣлямъ, религіи и церкви, наукѣ и воспитанію, изящнымъ и полезнымъ искусствамъ. Теорія эта оказалась такимъ образомъ практически несостоятельною, а впослѣдствіи, при дальнѣйшемъ развитіи философіи права, она была и научно опровергнута.

Потомъ думали придать государству *нѣсколько цѣлей*; въ этихъ сложныхъ теоріяхъ особенно преобладало воззрѣніе, что заботѣ государства подлежитъ право и благо, что первое оно ограждаетъ, второму же споспѣшествуетъ, помогаетъ. Къ этому воззрѣнію примкнули всѣ тѣ, которые думали, что такимъ внѣшнимъ сопоставленіемъ возможно удовлетворить научнымъ требованіямъ.

Другіе хотѣли проще рѣшить вопросъ о цѣли государства, отличая цѣли отдѣльнаго лица отъ того, что составляетъ цѣль внѣшней общественной жизни т. е. государства. Задача государства была поставлена такимъ образомъ въ томъ, *что государство должно выполнять все то, что превосходитъ силы отдѣльнаго лица и частныхъ обществъ*. Но такое только *количественное* разграниченіе не можетъ быть найдено посредствомъ науки; потому что демаркаціонная линія будетъ непостоянна, вслѣдствіе различія воззрѣній и вслѣдствіе слишкомъ малаго или слишкомъ большаго значенія, которое будутъ придавать силамъ отдѣльнаго лица, или силамъ государства. Кромѣ того отъ послѣдняго, при такомъ воззрѣніи, потребуется слишкомъ много учрежденій, способствующихъ успѣшному примѣненію силъ отдѣльныхъ лицъ.

Наконецъ другая теорія опредѣляетъ болѣе обширно, но вмѣстѣ съ тѣмъ и болѣе неопредѣленно, цѣль государства, утверждая, что она заключается въ установленіи порядка и регулированіи *общественной жизни*, а потому и обнимаетъ *всѣ* отношенія и цѣли человѣческой жизни, какъ-то: безопасность, благосостояніе, защиту противъ стихій, обычай, честность, образованіе и т. д. настолько, *на сколько* они составляютъ цѣль общества, а не частнаго лица (3). Но

---

(3) Эта теорія принадлежитъ *Шталю* (см. die Philosophie des Rechts, 2. Ausgabe, Bd. II, Abth. II, S. 118, 120 u. ff.) и была принята многими, не смотря на ихъ несогласія съ философско — правовыми принципами, которыхъ держался Шталь въ этой теоріи. Въ моей Rechtsphilosophie, 4. Ausg. S. 98, я замѣтилъ, что уже съ точки зрѣ-

и эта теорія указываетъ на научно невозможное разграниченіе, ибо вопросъ *насколько* что нибудь составляетъ цѣль общества, или отдѣльнаго лица, сводится, какъ и въ предъидущей теоріи, только на вопросъ о степени силы того или другаго, или же на другіе внѣшніе признаки. Если откинуть однако нетолько на словахъ но и на дѣлѣ, всякое механическое воззрѣніе, разъединяющее внѣшнимъ образомъ понятіе объ обществѣ и отдѣльномъ лицѣ, если смотрѣть на отдѣльныя лица вездѣ, какъ на *членовъ* общества, если сообразить наконецъ, что самыя общества бываютъ весьма различны: религіозныя, нравственныя, научныя, промышленныя, то и особенное свойство государственнаго общества должно опредѣляться не только количественно, но и качественно. Мы займемся теперь разсмотрѣніемъ того, какимъ особеннымъ, ему свойственнымъ, образомъ опредѣляетъ и установляетъ государство, въ отличіе отъ другихъ учрежденій, человѣческія жизненныя отношенія.

Если государство, по общему всѣмъ мнѣнію, есть регулированіе человѣческихъ жизненныхъ отношеній, если съ другой стороны въ этихъ отношеніяхъ проявляются всѣ многообразно-комбинирующіяся цѣли человѣческой цѣли, то и государство должно имѣть въ виду эти цѣли. Поэтому ученіе, исключающее всѣ жизненныя цѣли изъ права и государственной дѣятельности, относя ихъ къ области морали, основано на ложной абстракціи права отъ морали и основательно опровергается новѣйшею этикою, на которую слѣдуетъ смотрѣть, какъ на общее основаніе всѣхъ практическихъ наукъ. Мы видѣли однако, что человѣческая цѣль сама по себѣ, т. е. *непосредственно*, не можетъ быть цѣлью государства; мы видѣли также, что ея нельзя искать въ не научномъ и практически-ошибочномъ сопоставленіи *нѣсколькихъ* отдѣльныхъ цѣлей, равно какъ и въ *отдѣльной* цѣли права, взятой отвлеченно и изолированно отъ человѣческой цѣли. Идя далѣе логическимъ путемъ, намъ остается разсмотрѣть только одинъ еще главный случай, именно, что государство между всѣми главными цѣлями человѣческой

нія этическаго основанія, приведеннаго Шталемъ, такое раздѣленіе жизни отдѣльнаго лица и общественной жизни и ихъ цѣлей опровергается болѣе глубокимъ изслѣдованіемъ; потому что всѣ отрасли этики, религіи, нравственности и права обхватываютъ человѣка не только въ его отдѣльности, но и по отношенію къ обществу, хотя и особеннымъ, свойственнымъ каждой изъ этихъ отраслей образомъ. Точное опредѣленіе того, какимъ образомъ каждая подобная отрасль должна касаться человѣка, составляетъ задачу особенныхъ этическихъ наукъ. Столь же внѣшне и недостаточно воззрѣніе Шталя на государство и его цѣль, воззрѣніе, которое отъ приведенія доказательствъ въ пользу его, ограниченій и различныхъ тонкостей, нисколько не улучшается, а напротивъ ведетъ все къ большимъ и большимъ неточностямъ. Такъ вдругъ оказывается, что государство „есть лишь *внѣшній* порядокъ и споспѣшествованіе общественной жизни“; между тѣмъ какъ понятія о внѣшнемъ и внутреннемъ, не будучи строго опредѣлены научнымъ образомъ, нигдѣ не могутъ быть приняты за мѣрило. Достаточно вспомнить лишь споры о томъ, что принадлежитъ внутреннимъ и внѣшнимъ дѣламъ церкви, и такія категоріи будутъ изгнаны изъ существеннаго опредѣленія какаго нибудь понятія. То что Гёте, съ точки зрѣнія органическаго созерцанія природы, сказалъ противъ механическаго различія („Ничего нѣтъ внутри, ничего нѣтъ снаружи; что есть внутри, то есть и внѣ“) относится нѣкоторымъ образомъ и къ этически органическому созерцанію всѣхъ умственнымъ сферъ, потому что въ нихъ нѣтъ ничего такого внутренняго, чтобы ни проявлялось какимъ нибудь образомъ. Если сообразить все сказанное Шталемъ о государствѣ и его цѣли, то выйдетъ дѣйствительный confusum, при чемъ нигдѣ нельзя будетъ сдѣлать ни яснаго различія, ни разграниченія, ни дѣйствительно — практическаго разрѣшенія юридическихъ вопросовъ. При этомъ не слѣдуетъ забывать, что Шталь какъ къ своей философіи права вообще, такъ и въ ученіи о государствѣ, своимъ этическимъ направленіемъ, болѣе высокими руководящими взглядами и опроверженіемъ многихъ прежнихъ важныхъ теорій, оказалъ весьма важную услугу; но такъ какъ теперь (въ особенности въ новомъ третьемъ изданіи его сочиненій) въ Шталѣ проглядываетъ чрезвычайное самодовольство, при которомъ онъ не считаетъ долгомъ обращать вниманія ни на возраженія, ни на болѣе новыя направленія, то не мѣшаетъ указать на поверхностность, воспользовавшуюся нѣкоторыми глубокими жизненными истинами для нелѣпыхъ выводовъ.

жизни преслѣдуетъ непосредственно *свою особенную* цѣль, которая находится однако въ *органической связи* со всѣми цѣлями человѣка. Такъ оно и есть на самомъ дѣлѣ. Государство есть учрежденіе, въ которомъ человѣческая цѣль преслѣдуется *особеннымъ образомъ*, посредствомъ права, точно также какъ эта цѣль осуществляется религіею въ церкви, наукою, искусствомъ, преподаваніемъ, промышленностью и торговлею въ соотвѣтственныхъ имъ учрежденіяхъ. Но разсматривая право съ этической стороны, мы видѣли, что оно находится въ органической связи съ общею человѣческою цѣлью, такъ какъ оно само есть осуществленіе этой цѣли съ одной стороны, именно со стороны взаимно-обусловливающихся жизненныхъ отношевій. Поэтому и государственная цѣль обнимаетъ, съ этой *опредѣленной стороны*, *совокупность* человѣческихъ жизненныхъ отношеній. Само по себѣ государство есть только общественно-правовой порядокъ, или лучше организованная правовая жизнь общества, въ его постепенномъ разчлененіи. Но такъ какъ право съ своей стороны служитъ высшей общей человѣческой цѣли, своимъ особеннымъ образомъ, и должно быть разсматриваемо, какъ средство для достиженія этой цѣли, потому эта связь должна выразиться также и въ цѣли государства. Этого можно достигнуть, различая *непосредственную* (ближайшую) цѣль, *осуществляемую* самимъ государствомъ, т. е. *право* отъ *посредствующей* (косвенной, отдаленной) цѣли человѣчества, достиженіе которой право *дѣлаетъ возможнымъ*; послѣдняя есть сама по себѣ высшая, конечная цѣль и, разсматриваемыя съ этой стороны, право и государство суть только посредствующія цѣли 4). Такимъ образомъ здѣсь обѣ эти цѣли не комбинируются и не ставятся одна возлѣ другой внѣшнимъ образомъ, а *органически* связуются между собою, посредствомъ выведеннаго нами понятія права, заключающаго въ себѣ отношеніе къ цѣли человѣчества. Здѣсь остается органическое единство цѣли для государства, которое повсюду является средствомъ для достиженія человѣкомъ своего назначенія. Разумѣется, задача государства и совокупной дѣятельности государства, вслѣдствіе такой органической связи становится гораздо труднѣе, нежели достиженіе какой-нибудь одной абстрактной цѣли, поставленной изолированно, или многихъ цѣлей, связанныхъ между собою только внѣшнимъ образомъ. Вслѣдствіе такого этически-органическаго соотношенія, государство въ своей совокупной правовой дѣятельности должно имѣть въ виду всѣ существенныя жизненныя отношенія, духовныя, нравственныя, религіозныя, матеріальныя, (экономическія), на сколько онѣ являются опредѣляющими отношеніями или опредѣляемыми. Всякая успѣшная государственная дѣятельность обусловливается поэтому *жизненною мудростью*, знаніемъ какъ жизненныхъ цѣлей, такъ и средствъ, силъ и отношеній, ведущихъ къ ихъ достиженію. Считаемъ однакожъ нужнымъ еще разъ замѣтить, что дѣятельность государства вслѣдствіе цѣли—права, должна быть лишь формально-установляющей, регулирующей дѣятельностью и что ни въ какомъ случаѣ не должно непосредственно стремиться къ достиженію другихъ существенныхъ цѣлей, какъ то: религіи, нравственности, науки, искусства, воспитанія, промышленности и торговли; государство должно лишь возстановлять въ своихъ учрежденіяхъ и постановленіяхъ условія, при которыхъ было бы возможно обществу, въ его свободной дѣятельности и при отвѣтственности нравственныхъ и физическихъ лицъ, преслѣдовать эти цѣли. Государство само по себѣ *осуществляетъ* одно только право. Но этимъ самымъ *оно дѣлаетъ также возможнымъ*, въ различныхъ общественныхъ сферахъ жизни, достиженіе всѣхъ другихъ цѣлей. Отсюда ясно, что государство должно отличать отъ общества.

---

(4) Это различіе между непосредственною (прямою) и посредствующею (косвенною) цѣлью, дѣлалось неоднократно, но болѣе внѣшнимъ образомъ; см. мое соч., Organische Staatslehre S. 107 и 118

4) *Общество* и *государство* суть двѣ различныя, по объему и свойству своей дѣятельности, сферы жизни. Заслуга новѣйшихъ изслѣдованій заключается въ томъ, что они указали, по крайней мѣрѣ въ общихъ чертахъ, на это различіе (5), въ противуположность прежнимъ теоріямъ, которыя отождествляли государство и общество, государственную и общественную власть (равно какъ и, такъ называемый, государственный договоръ съ договоромъ общественнымъ, contrat social) и тѣмъ самымъ дали поводъ, косвеннымъ образомъ, къ смѣшенію этихъ двухъ областей въ чудовищномъ ученіи о государственномъ соціализмѣ.

Общество есть единая совокупность всѣхъ жизненныхъ сферъ, дѣятельность которыхъ направлена къ достиженію главныхъ цѣлей человѣческой жизни; а такъ какъ каждая сфера жизни есть сама по себѣ организмъ функцій и органовъ, поэтому общество не есть простой, но совокупный организмъ всѣхъ органически-установленныхъ сферъ жизни, изъ которыхъ нѣкоторыя хотя и не получили еще полнаго развитія, но тѣмъ не менѣе всѣ они должны рано или поздно достигнуть самостоятельной и относительно—самобытной организаціи. Общественный, совокупный организмъ обнимаетъ поэтому организмъ правовой жизни, или государство, религіозной жизни, или церковь, нравственной жизни (еще весьма мало выработавшейся въ органическія учрежденія), организмъ науки и искусствъ (также еще слабый), организмъ преподаванія и воспитанія, болѣе развитый, равно какъ и организмъ промышленности и торговли, постепенно все болѣе и болѣе укрѣпляющійся и развивающійся. Изъ этихъ отдѣльныхъ организмовъ прежде всѣхъ должны были развиться государство и церковь, потому что они обнимаютъ человѣческую жизнь съ двухъ ея полюсовъ, со стороны вѣчнаго, безконечнаго и со стороны взаимно-обусловливающихся, конечныхъ, жизненныхъ отношеній; оба они, хотя и измѣняли часто свое относительное положеніе другъ къ другу, владычествовали, покровительствовали, руководили и управляли всѣми остальными сферами жизни. Но въ новѣйшее время всѣ сферы жизни все болѣе и болѣе стремятся къ большей свободѣ и самостоятельности—при чемъ сдѣлалось весьма важною задачею государства споспѣшествованіе этому развитію самостоятельности и относительно самостоятельной организаціи, посредствомъ необходимыхъ для того условій. Съ другой стороны однако не должно также имѣть мѣсто совершенное отдѣленіе этихъ сферъ жизни, какъ другъ отъ друга, такъ и отъ государства. Всѣ эти организмы находятся между собою въ органическомъ взаимодѣйствіи и преимущественною задачею государства должно быть установленіе правоваго отношенія этихъ организмовъ другъ къ другу и къ государству.

Такимъ образомъ государство есть правовой организмъ человѣческаго общества. Государство, какъ правое общество, находится въ такомъ же отношеніи къ человѣческому обществу, въ какомъ находится право къ человѣческой цѣли. Поэтому государство имѣетъ отношеніе къ совокупной дѣятельности общества, но только со стороны права, которое указываетъ ему объемъ и границы его собственной дѣятельности, а вмѣстѣ съ тѣмъ его бытія и жизни. Государство существуетъ въ дѣйствительности лишь тамъ, гдѣ есть для него *правовая* дѣятельность; потому все человѣческое частью заключается въ немъ, частью же находится внѣ его; въ государствѣ, насколько оно подлежитъ регулированію правомъ, внѣ государства, насколько оно является дѣломъ чисто религіознымъ, нравственнымъ, научнымъ, или промыш-

---

(5) Я думаю, что я былъ однимъ изъ первыхъ, доказавшихъ научнымъ образомъ это различіе (въ первомъ изданіи моего cours du droit naturel, 1839, во второмъ отдѣлъ содержащемъ публичное право (droit public); срав. рецензію *Моля* въ Heidelberger Jahrbücher 1840, Nr. 3, хотя я въ то время, увлекшись противоположнымъ направленіемъ и судя отчасти абстрактно, часто слишкомъ уже отдѣлялъ общественныя сферы жизни отъ государственнаго организма.

ленѣмъ Съ перваго взгляда кажется, что все, что̀ внѣшнимъ образомъ слагается въ человѣческомъ обществѣ, находится въ государствѣ. Такое воззрѣніе дѣйствительно основано на нѣкоторыхъ истинныхъ признакахъ, изъ которыхъ однакожъ вовсе неслѣдуетъ, что все и со *всѣхъ* сторонъ находится въ области государства. Государство, по своей правовой цѣли, есть общая *покровительственная* власть и представляетъ *внѣшнее единство силы и господства*, прибѣгающаго, въ случаѣ нужды, къ принужденію, имѣя кромѣ того цѣлью установить правовой порядокъ въ общей матеріальной области, территоріи. Вотъ почему государство является совокупнымъ, все въ себѣ заключающимъ, общественнымъ порядкомъ; тѣмъ не менѣе оно есть только особенный порядокъ, а человѣкъ всегда принадлежитъ нѣсколькимъ жизненнымъ порядкамъ, изъ которыхъ нѣкоторые находятся внѣ государства и регулируются послѣднимъ лишь съ стороны права.

Государство есть *организмъ*, какъ само по себѣ, такъ и по *отношенію* ко всѣмъ прочимъ общественнымъ сферамъ жизни. Послѣднее органическое отношеніе мы только что объяснили.

Государство, разсматриваемое съ *внутренней стороны*, является также организмомъ, какъ по лицамъ его составляющимъ, такъ и поотношеніямъ. Прежде всего слѣдуетъ устранить довольно распространное воззрѣніе, по которому подъ государствомъ разумѣютъ только центральную власть, нѣчто въ родѣ верхняго этажа въ цѣломъ, такъ называемомъ, правовомъ зданіи, выключая изъ него отдѣльныя лица, семейства, даже общины. Многіе, даже признающіе органическое воззрѣніе на государство, не могутъ освободиться отъ этого взгляда, принадлежащаго механической теоріи (6), которая объясняетъ внѣшнее возникновеніе всего правоваго порядка посредствомъ договора. Но такъ какъ государство возникаетъ постепенно, снизу, поэтому оно и обнимаетъ всѣ существенныя ступени своего развитія и отдѣльныя лица, семейства и общины. Эта истина дѣлается еще болѣе ясной, когда мы и отношенія будемъ разсматривать органически, вникнемъ правильно, т. е. органически же, въ различіе между частными и публичными правовыми отношеніями. Обѣ эти сферы вовсе не такъ разъединены между собою, какъ кажется при поверхностномъ взглядѣ; онѣ имѣютъ одинъ общій центръ и этотъ центръ есть государство. Правда, что въ частномъ правѣ преобладаетъ самоопредѣленіе отдѣльныхъ физическихъ и нравственныхъ лицъ, между тѣмъ какъ въ публичномъ правѣ опредѣленіе, регулированіе и распредѣленіе исходитъ отъ цѣлаго, дѣлаясь такимъ образомъ масштабомъ для частей. Но такъ какъ частное право находится лишь въ государствѣ и не только послѣднимъ охраняется, но и во многихъ отношеніяхъ подчиняется вліянію публичныхъ интересовъ и тѣмъ самымъ органически связуется съ публичнымъ правомъ, то и отдѣльное лицо находится въ государствѣ и есть членъ съ двухъ сторонъ: со стороны частнаго права, гдѣ конечно преобладаетъ свобода и автономія отдѣльнаго лица и со стороны публичнаго права, гдѣ установленіе условій для достиженія общей цѣли исходитъ уже отъ цѣлаго, къ которому, однакожъ, отдѣльное лицо примыкаетъ какъ членъ и поэтому имѣетъ также свои публичныя права и публичныя обязанности. Точно также *семейство*, хотя носитъ на себѣ преимущественно частно-правовой характеръ, но при опредѣленіи и установленіи семейнаго права принимаются уже болѣе во вниманіе публично-правовыя отношенія, нежели при опредѣленіи права отдѣльныхъ лицъ.

---

(6) Такъ напримѣръ одинъ изъ замѣчательнѣйшихъ новѣйшихъ теоретиковъ государственнаго права, Г. А. Цахаріэ, соглашаясь въ сущности съ воззрѣніемъ на государство Шталя, въ своемъ: Deutshes Staats = und Bundesrecht, 2. Aufl. 1853, Thl. I. S. 39, говоритъ: „Къ сферѣ государства относится все то, что относится къ *общему интересу* общества, составляющаго государство", — а не то, что въ сущности составляетъ дѣло индивидуума, *семейства, общины* или другихъ человѣческихъ союзовъ существующихъ *въ* государствѣ". Въ этомъ опредѣленіи заключается странное противорѣчіе, что къ сферѣ государства *не* должно относится то, что находится *въ* государствѣ.

Община, первый постоянный, мѣстный общественный союзъ, нетолько органъ государственный, но и вообще этически—общественный организмъ (7.) во всѣхъ существенныхъ человѣческихъ отношеніяхъ, общественное средоточіе религіозной, нравственной, духовной, промышленной и торговой жизни, является также средоточіемъ, въ которомъ тѣсно соединяются частно правовое съ публично–правовымъ, причемъ однако же каждое изъ нихъ должно получить свое особенное опредѣленіе. Община выполняетъ свое частное право во всѣхъ тѣхъ существенныхъ областяхъ, гдѣ она, какъ относительно самостоятельное нравственное лице, сама опредѣляетъ для себя свои постановленія и управленіе. Главнымъ образомъ эта частно–правовая сторона общины выражается въ томъ ея значеніи, ради котораго, за нею слѣдуетъ признать, хотя и въ извѣстныхъ границахъ и подъ высшимъ надзоромъ, самостоятельную дѣятельность настолько, насколько эта дѣятельность будетъ благотворна для всего нравственно–правоваго характера общины, для ея экономіи, короче какъ для всего общества, такъ и для отдѣльныхъ лицъ, составляющихъ общину; непремѣннымъ условіемъ является также и то, что общинное имущество ни въ какомъ случаѣ не должно быть поглощаемо государственнымъ, такой коммунизмъ также нелѣпъ, какъ и коммунизмъ между частными лицами. Но и для другихъ этически–общественныхъ сферъ: религіи, воспитанія, промышленности и торговли, община имѣетъ частью свои самостоятельныя учрежденія, частью же въ этомъ отношеніи должна содѣйствовать государству. Публично правовая сторона общины проявляется тамъ, гдѣ она служитъ посредствующимъ органомъ общихъ, публичныхъ функцій, гдѣ она имѣетъ, такъ сказать, *переносный* кругъ дѣйствія, и гдѣ она въ своихъ собственныхъ постановленіяхъ подчиняется контролю и разрѣшенію провинціальной, или центральной власти. Все сказанное здѣсь объ общинѣ относится также и къ другимъ органическимъ общественнымъ ступенямъ, находящимся между нею и центральною государственною властью, въ особенности же к провинціямъ.

Наконецъ и само *государство*, несмотря на то, что въ немъ преобладаетъ публичный характеръ, имѣетъ также и свои частно–правовыя отношенія, которыя не должно упускать изъ виду, такъ напр. государство является собственникомъ относительно его фиска. Такимъ образомъ въ двухъ конечныхъ ступеняхъ развитія, въ центральной власти и въ отдѣльной личности, въ первой мы видимъ преобладающимъ публично-правовой, въ послѣдней частно–правовой характеръ; но всѣ члены государства находятся между собою и съ цѣлымъ въ органической связи; всѣ они имѣютъ свои права, и свои обязанности, а потому взаимное ихъ содѣйствіе къ достиженію общей цѣли должно быть распредѣлено и установлено такимъ образомъ, чтобы ни одинъ членъ неисключался совершенно изъ общей дѣятельности, чтобы всѣ, содѣйствуя публичнымъ цѣлямъ, сознавали себя частями одного цѣлаго. Такъ образуется органическая связь, которую слѣдуетъ поддерживать при всѣхъ существенныхъ государственныхъ функціяхъ. Въ признаніи и соблюденіи этихъ взаимныхъ правъ и обязательствъ заключается самая важная гарантія прочности государственнаго порядка, самое лучшее обеспеченіе истинной органической свободы.

Эти отношенія цѣлаго государственнаго организма представляются въ *дѣйствительной* жизни въ двоякомъ видѣ: въ *постоянномъ*, неизмѣнномъ установленіи, соотвѣтствующемъ степени общаго этическаго развитія и характеру народа, въ государственномъ устройствѣ, т. е. *конституціи* и въ дѣятельномъ примѣненіи этихъ конституціонныхъ нормъ, т е. въ *администраціи*, государственномъ управленіи.

---

(7) Объ общинѣ, какъ *общественномъ* организмѣ см: *Моля* въ kritische Zeitschrift u. s. w. 1853. S. 209.

5) *Государственное устройство*, конституція, заключаетъ въ себѣ всѣ постоянныя нормы, которыми регулируются взаимныя отношенія между центральной властью и всѣми отдѣльными членами, во всѣхъ сферахъ правовой дѣятельности, въ видахъ достиженія государственной цѣли, поставленной обычаемъ и степенью народнаго образованія. Государственное устройство выражаетъ поэтому преобладающій въ извѣстное время характеръ развитія и жизни государства; и подобно тому, какъ характеръ отдѣльнаго лица опредѣляетъ его дѣятельность, точно также и государственное устройство есть норма всей дѣятельности государства. Никакое государство не можетъ существовать безъ такой, сознательно или безсознательно руководящей, нормы, и потому нѣтъ ни одного государства, которое неимѣло бы своего государственнаго устройства, хотя бы послѣднее выражалось только въ традиціонныхъ нормахъ обычая. Но, подобно тому какъ на высшей ступени развитія все что опредѣляетъ или должно опредѣлять жизнь, приводится въ сознаніе, такъ и государство достигаетъ своего высшаго развитія только тогда, когда руководящія начала его устройства ясно сознаются и получаютъ выраженіе въ литературномъ языкѣ. Въ такъ называемой *матеріальной* своей части государственное устройство указываетъ объемъ и границы дѣятельности каждаго изъ членовъ, опредѣляетъ вытекающія отсюда ихъ права и обязанности; въ другой же, такъ называемой *формальной* части оно опредѣляетъ совокупность всѣхъ различныхъ, связанныхъ между собою, государственныхъ функцій и властей, какъ по сферѣ дѣятельности, свойственной каждой изъ нихъ, такъ и по ихъ взаимному опредѣленію. Такъ какъ всякое государственное устройство есть выраженіе внутренней жизни государства и есть слѣдовательно само нѣчто живое, то и не можетъ быть рѣчи объ абсолютно-лучшемъ государственномъ устройствѣ; каждое государственное устройство напротивъ неразрывно связано съ жизненными отношеніями и должно вмѣстѣ съ ними развиваться, такъ что оно можетъ быть только относительно постоянною нормою и должно уже въ самомъ себѣ заключать формы все возможныхъ позднѣйшихъ измѣненій. При обсужденіи, или установленіи всякаго государственнаго устройства, должно дѣлать троякаго рода оцѣнку; 1) общую, правовую для того, чтобы обсудить общія нормы, опредѣляемыя цѣлью государства; 2) *историческую* оцѣнку для опредѣленія того, какія историческія элементы, въ видѣ правовъ, преданій, обычаевъ, должно имѣть въ виду государственное устройство, чтобы получить точку опоры въ прошедшемъ и настоящемъ, и 3) *національную* оцѣнку для того, чтобы обсудить въ какой мѣрѣ слѣдуетъ обратить вниманіе, на характеръ народа, такъ какъ въ каждомъ народѣ, вслѣдствіе его первоначальнаго, многоразлично измѣняющагося, но никогда совершенно неутрачивающагося, характера проявляются различныя направленія государственнаго устройства, напр. склонность къ централезаціи, или же къ областному самоуправленію). Поэтому государственное устройство однаго народа не можетъ быть цѣликомъ перенесено къ другому, несмотря на то, что многія общія основанія права всюду примѣнимы.

6) *Государственное управленіе* есть та дѣятельность государства, которая направлена къ осуществленію государственной цѣли, согласно съ нормами государственнаго устройства посредствомъ установленныхъ властей функцій и органовъ въ *конкретныхъ* жизненныхъ отношеніяхъ и случаяхъ. Государственное управленіе, въ этомъ *обширномъ смыслѣ*, въ противуположность государственному устройству, распадается по *главнымъ* своимъ функціямъ, или *властямъ* на: 1) *Правительство* (8) которое, какъ верховная власть, является связующимъ началомъ всего управленія, сообщаетъ ему движеніе, руководитъ имъ и даетъ ему направленіе; 2) *Законода-*

---

8) О правительствѣ, какъ верховной государственной власти, которыя выше, обширнѣе простой исполнительной власти см. мое соч. Organische Staatslehre.

тельство, которое на основаніи нормъ государственнаго устройства, устанавливаетъ нормы и законы для болѣе или менѣе постоянныхъ и однообразныхъ жизненныхъ отношеній; и 3) *Исполнительную власть*, которая примѣняетъ законы, или распоряженія правительства къ отдѣльнымъ жизненнымъ отношеніямъ или случаямъ. Исполнительная власть называется также управленіемъ въ *болѣе тѣсномъ смыслѣ* и противуполагается власти законодательной; она раздѣляется въ свою очередь на двѣ главныя отрасли, на власть судебную и на *администрацію*, или управленіе въ *тѣснѣйшемъ* смыслѣ. Эти три главныя функціи, или власти существенно различаются между собою, но имѣютъ также и органическую связь, такъ какъ правительству, какъ высшему связующему началу, принадлежитъ верховная власть въ законодательствѣ и вмѣстѣ съ тѣмъ высшее управленіе исполнительною властью.

Управленіе, во второмъ смыслѣ этого слова, принимаемое какъ исполнительная функція или власть, прежде всего раздѣляется, на *внутреннее* и *внѣшнее* управленіе.

Внѣшнее управленіе представляется министерствомъ иностранныхъ дѣлъ и есть охраненіе всѣхъ внѣшнихъ интересовъ государства, при чемъ въ немъ могутъ проявляться и различныя отрасли внутренняго управленія юстиціи (гражд. и уголовной), религіи, промышленности, торговли и проч, — насколько послѣднихъ могутъ коснуться внѣшнія отношенія.

Внутреннее управленіе дѣлится согласно съ различными направленіями цѣли государства, и составными частями государственнаго организма.

a) По *внутреннему дѣленію* государства на общины, округи, области, провинціи и пр. государственное управленіе дѣлится на *общинное управленіе*, которое своею политически-правовою стороною также принадлежитъ къ государственному управленію, на *окружное*, *областное*, *провинціальное* и наконецъ *центральное* управленіе, при чемъ послѣднее является высшимъ органическимъ звеномъ управленія.

b) По цѣли государства, которая, какъ мы видѣли, бываетъ двоякаго рода прямая и косвенная, управленіе также дѣлится на управленіе, прямо содѣйствующее *самому праву*, т. е. на *юстицію*, которая поддерживаетъ дѣйствующее право, охраняетъ его и приводитъ въ исполненіе и, по косвенной цѣли (человѣческой,—цѣли блага), на *благоустройство*, дѣятельность котораго, посредствомъ права и правовыхъ учрежденій, направляется въ различныхъ сферахъ къ благу.

aa) *Благоустройство*, администрація въ тѣсномъ смыслѣ, слѣдовательно содѣйствуетъ существеннымъ человѣческимъ цѣлямъ, религіи и церкви, нравственности, наукѣ и искусству, учрежденіямъ народнаго образованія, промышленности и торговлѣ и, сообразно съ этими областями культуры и блага, подраздѣляется на соотвѣтственное число главныхъ отраслей управленія:—на публично-правовое управленіе дѣлъ, касающихся религіи и церкви; на управленіе учеными и учебными учрежденіями, насколько они подлежатъ попеченію государства; на управленіе, имѣющее цѣлью надзоръ за публичной нравственностью; на политико-экономическое управленіе и на управленіе финансами.

bb) *Юстиція*, — по тремъ главнѣйшимъ направленіямъ правовой дѣятельности, именно предупредительной, охранительной и возстановительной (9), раздѣляется: на 1) *юстицію предупредительную*, которую обыкновенно называютъ полиціей, — назначеніе которой состоитъ въ возможномъ предупрежденіи правонарушеній, вытекающихъ изъ *противозаконной воли* членовъ государства, 2) на *юстицію охранительную* и утвердительную, заботящуюся о свободномъ развитіи права, о

---

9) Это раздѣленіе будетъ болѣ строго, основательно и обширнѣе развито въ обозрѣніи публичнаго права, тамъ же будетъ точнѣе опредѣлено, что такое *полиція*.

соблюденіи правовыхъ нормъ и формъ, при постоянно встрѣчающихся юридическихъ дѣлахъ, охраняя и подкрѣпляя вмѣстѣ съ тѣмъ состояніе права; и 3) на *возстановительную юстицію*, которая бываетъ двоякаго рода, *гражданской* и *уголовной*, смотря потому имѣетъ ли она своимъ предметомъ разрѣшеніе юридическихъ вопросовъ между тяжущимися, вопросовъ, касающихся только частнаго интереса и возстановленія правоваго состоянія лицъ, нарушаемаго тяжбой, или *уголовной юстиціей*, имѣющей задачей возстановленіе права, когда противо-законными поступками нарушается право и весь правовой порядокъ, — и тѣмъ самымъ возстановляетъ правовое состояніе, какъ того, чье право нарушено, такъ и правонарушителя (10).

Точно также какъ управленіе внѣшними дѣлами представляетъ государство съ внѣшней стороны какъ единое цѣлое, такъ во внутреннемъ управленіи есть органъ, имѣющій цѣлью представлять единство государства внутри его и быть связующимъ началомъ между различными отраслями управленія. Это управленіе главнымъ образомъ репрезентируется министерствомъ внутренныхъ дѣлъ. Наука досихъ поръ часто затруднялась при опредѣленіи мѣста, значенія и задачи этаго, столь важнаго въ каждомъ государствѣ, управленія. Напротивъ органическое ученіе о государствѣ, стремясь къ сохраненію единства государства и внутри его, ставитъ задачею этого министерства съ одной стороны управленіе внутренними *общими* дѣлами, съ другой стороны охраненіе *подраздѣленія* государства по законнымъ нормамъ, на общины, области, округи, провинціи и т. д., равно какъ надзоръ и направленіе дѣятельности властей, учрежденныхъ въ видахъ этаго подраздѣленія; такимъ образомъ это управленіе является и общимъ, политическимъ центральнымъ управленіемъ. Изъ всего сказаннаго ясно, что государство относительно управленія есть органическое цѣлое и мы вмѣстѣ съ тѣмъ достаточно объяснили совокупную организацію государства.

---

10) Объ этой цѣли уголовнаго судопроизводства см. подробѣе мою Rechtsphilosophie, 4. Ausg. S. 422. Цѣль наказанія во всѣхъ существенныхъ направленіяхъ, опредѣлялась также и органически.

ГЛАВА VI.

ОБЪ ОРГАНИЧЕСКОМЪ ДѢЛЕНІИ СИСТЕМЫ ПРАВА; ФОРМАЛЬНОЕ ДѢЛЕНІЕ НА ПУБЛИЧНОЕ И ЧАСТНОЕ ПРАВО И МАТЕРІАЛЬНОЕ (ТЕЛЕОЛОГИЧЕСКОЕ) ПО ЦѢЛЯМЪ И СФЕРАМЪ ЖИЗНИ; СВЯЗЬ МЕЖДУ ОСНОВАНІЯМИ ТОГО И ДРУГАГО ДѢЛЕНІЯ.

До сихъ поръ въ наукѣ права всякое право раздѣлялось, по причинѣ хотя и важной, но недостаточно основательной, на частное и публичное, при чемъ отъ послѣдняго, согласно съ сущностью дѣла, государственное право отдѣлялось, какъ особенная отрасль. Но такое дѣленіе оказалось теоретически и практически неудовлетворительнымъ, понималось большею частью односторонне и даже ошибочно. Оно неудовлетворительно потому, что въ немъ весьма трудно дать настоящее мѣсто нѣкоторымъ отраслямъ права напр. церковному праву; — потомъ, другія отрасли права, — напр. торговое, право промышленное или ремесленное, право процессуальное, съ одной стороны принадлежатъ праву частному, съ другой публичному. Такое дѣленіе рѣзко и односторонне еще потому, что имъ упускается изъ виду внутренняя связь, тѣсно соединяющая частное право съ публичнымъ. Это пониманіе, есть частью слѣдствіе абстрактнаго, механическаго раздѣленія понятій, частью остатокъ прежняго естественнаго воззрѣнія на право и государство, по которому смотрѣли на индивидуума, какъ на нѣчто, стоящее внѣ государства, — а на государство, какъ на добровольное произведеніе человѣческой воли, такъ что права личности рѣзко отдѣлялись отъ сферы дѣятельности государства и государственной власти. Такого рода воззрѣніе уже признано нами ложнымъ. Отдѣльное лице безъ общества не можетъ произойдти, жить и развиватся, и потому права отдѣльныхъ лицъ не могутъ быть рѣзко отдѣлены отъ правъ общества, т. е. въ настоящемъ случаѣ, государства. Мы уже доказали, что если смотрѣть на государство, какъ на организмъ, то всѣ члены его: отдѣльныя лица, семейства, общины и т. д. точно также какъ и государственная власть и ея органы подлежатъ области частнаго и публичнаго права, которыя состоятъ въ многоразличномъ отношеніи и соприкосновеніи одна съ другой. Такъ какъ право представляетъ организмъ и образуетъ органическую систему, то и дѣленіе его должно быть *органическое*. Но, во всякомъ организмѣ матерія и форма хотя и различны, но вмѣстѣ съ тѣмъ и тѣсно соединены другъ съ другомъ, — потому при дѣленіи права, представляющаго *этическій* орга-

низмъ, должно принять въ одинаковое соображеніе, какъ форму такъ и матерію. Дѣленіе права будетъ *матеріальнымъ* относительно главныхъ цѣлей, образующихъ *содержаніе* жизненныхъ отношеній, изъ которыхъ достиженіе каждой самой по себѣ и въ органической связи съ другими дѣлается возможнымъ посредствомъ права; — и *формальнымъ*, относительно того, *какъ* и *какимъ образомъ* всѣ члены правоваго организма содѣйствуютъ другъ другу, по праву, для достиженія этихъ цѣлей.

Матеріальное дѣленіе, въ научномъ отношеніи, конечно имѣетъ преимущество предъ формальнымъ, но новѣйшая наука права, вслѣдствіе формальнаго направленія ума, развивавшагося подъ вліяніемъ прежняго естественнаго и положительнаго права, совершенно перестала обращать вниманіе на этическія цѣли и уже черезъ чуръ подчинила матеріальное дѣленіе формальному, черезъ что создалась лишь искаженная система права которой, разумѣется, далеко не соотвѣтствовало бы болѣе полное содержаніе жизни, всегда и вездѣ стремящейся освободиться отъ стѣсняющей ее формы. Однако, чтобы сдѣлать наше дѣленіе болѣе доступнымъ обыкновенному пониманію, мы начнемъ съ формальнаго, разсматривая его не абстрактно и не механически, а съ другой точки зрѣнія.

Формально-органическое дѣленіе должно истекать прежде всего изъ противоположности, оказывающейся между бытіемъ и дѣятельностью каждаго организма, т. е. противоположности между *цѣлымъ* и его *частями*, потомъ уже должно излагать *взаимныя отношенія*, существующія между отдѣльными частями и цѣлымъ, равно какъ и между послѣднимъ и всѣми другими внѣшними общественными учрежденіями. На этой противоположности, открывающейся въ правовомъ организмѣ, имѣющемъ своими членами — личности, основывается отличіе *частнаго права* отъ *публичнаго*.

Въ *частномъ* правѣ каждый членъ высшей или низшей общины, является *самостоятельнымъ*, какъ относительно другихъ членовъ, такъ и относительно цѣлаго. Поэтому, на каждое физическое или нравственное лице относительно его чисто личныхъ и имущественныхъ отношеній, должно смотрѣть какъ на *самъ для себя* существующій и живущій членъ, правовая дѣятельность котораго непосредственно зависитъ *отъ него самаго*, отъ его собственнаго убѣжденія, т. е. отъ его *само-опредѣленія* и автономіи. Частное право потому есть та сфера правовой дѣятельности каждаго физическаго и нравственнаго лица, въ которой оно самостоятельно, *посредствомъ самаго себя* и *для себя самаго* можетъ достигать по праву своего собственнаго блага, какъ нравственно-дозволенной цѣли, при условіяхъ, не нарушающихъ жизненныхъ отношеній. Слѣдовательно, частное право есть, такъ сказать, *собственное право* каждаго лица и могло бы называться, въ извѣстномъ отношеніи, *внутреннимъ правомъ* лица, потому что посредствомъ его каждому лицу опредѣляется извѣстная сфера дѣятельности, *внутри* которой оно можетъ дѣйствовать совершенно самостоятельно, безъ всякой отвѣтственности передъ какой либо внѣшней властью. Поэтому, частное право можетъ быть строго опредѣлено, какъ *органическое* (т. е. соотвѣтствующее организму жизненныхъ отношеній) цѣлое условій, при которыхъ отдѣльныя лица, какъ физическія такъ и нравственныя, могутъ достигнуть посредствомъ самоопредѣленія (автономіи), своего этическаго блага, не нарушая правъ другихъ лицъ.

Напротивъ публичное право регулируетъ *органическія*, *взаимныя отношенія*, которыя существуютъ внутри какого либо постояннаго общества, дѣйствующаго для достиженія обще-человѣческой цѣли между охраняющимъ единство цѣлаго, *центральнымъ членомъ*, и *всѣми подчиненными ему членами*, равно какъ и отношенія между даннымъ обществомъ и *другими*, внѣ его существующими обществами или общественными учрежденіями.

Потому публичное право имѣетъ двѣ стороны — внутреннюю и внѣшнюю, такъ что существуетъ внѣшнее и внутреннее публичное право (1). Потому, для каждаго этическаго общества, стремящагося къ достиженію обще-человѣческой цѣли, существуетъ также и публичное право. Но такъ какъ всѣ этическія общества соединяются въ органическомъ цѣломъ человѣческаго общества, то публичное право можетъ быть также названо *всеобщимъ общественнымъ правомъ*. Въ этомъ публичномъ или общественномъ правѣ заключается столькоже главныхъ отдѣловъ, сколько существуетъ главныхъ жизненныхъ цѣлей общественной дѣятельности человѣка. Потому напр: существуетъ публичное право для религіознаго или церковнаго общества, публичное право нравственности, промышленности, торговли и. т. д. Точно также есть право и для самаго правоваго общества, и для государства,—это *государственное право* въ тѣсномъ смыслѣ, которое само есть впрочемъ только отрасль публичнаго или общественнаго права и отличается отъ послѣдняго лишь какъ видъ отъ рода.

Изъ этаго объясненія слѣдуетъ, что частное и публичное право различаются между собой не по существенной своей цѣли, а потому, *какъ* и *какимъ образомъ* осуществляется одна и таже главная цѣль; — т. е. осуществляется ли она посредствомъ свободнаго самоопредѣленія отдѣльныхъ лицъ для нихъ самихъ, или — посредствомъ *общества* и надлежащаго взаимодѣйствія всѣхъ членовъ его. Но *конечная цѣль* общественной дѣятельности и учрежденій заключается въ человѣческой личности, которая есть потому средоточіе и конечная цѣль всего публичнаго и частнаго права. Кромѣ того изъ этаго, хотя только формальнаго отличія, вытекаютъ нѣкоторыя и другія, весьма важныя практическія послѣдствія. Такъ какъ основаніе публичнаго права заключается въ организмѣ общества, то оно и не можетъ отмѣняться частнымъ произволомъ, опредѣленіями отдѣльныхъ членовъ общества и не можетъ быть причислено къ разряду правъ благопріобрѣтенныхъ (2); но вмѣстѣ съ тѣмъ нельзя упускать изъ виду и то что частное право, опредѣляющее извѣстную сферу свободной дѣятельности личности, не можетъ быть уничтожаемо однимъ лишь публичнымъ распоряженіемъ безъ согласія на то самихъ частныхъ лицъ, (разумѣется гдѣ это согласіе можетъ быть допущено).

Но между частнымъ и публичнымъ правомъ, отраслями однаго и того же цѣлаго, вездѣ существуетъ тѣсная органическая связь. Такъ какъ отдѣльныя лица находится въ постоянныхъ и существенныхъ отношеніяхъ къ цѣлому обществу, то и въ нѣкоторыхъ главныхъ частяхъ частнаго права есть стороны, касающіяся интереса общественнаго, которыя должны быть охраняемы *абсолютно*

---

(1) Внутренніе, публичные интересы общества, напр. государства или церкви, могутъ быть также и частными, когда общество разсматривается, какъ *единое* лице нравственное съ своей *самостоятельностью* и *автономіей*, по отношенію къ другимъ нравственнымъ лицамъ, какъ напр. государство по отношенію къ другимъ государствамъ, или церковь по отношенію къ государству. Но это случается лишь тогда, когда дѣло нисколько не касается органическихъ, взаимныхъ отношеній. Впрочемъ понятія частнаго и публичнаго всегда остаются *относительными* съ одной стороны. Лишь только тамъ, гдѣ разсматривается отдѣльное физическое лице чисто само по себѣ, является чисто — частное право, тамъ же, гдѣ отдѣльное лице, является во взаимныхъ отношеніяхъ съ общественными, начинается уже извѣстнаго рода право публичное.

(2) Потому Римляне совершенно правы, говоря, что: «jus publicum pactis privatorum mutari non potest» l. 38. D. de pactis. Но точно также можно сказать что; «jus singulorum pacto seu jussu publico mutari non potest.» Только въ той отрасли права, предметъ которой составляютъ имущественныя отношенія, отдѣльное лице можетъ быть лишено, за извѣстное вознагражденіе, даже посредствомъ принужденія, своего имущества, если это отдѣльное лице захотѣло бы помѣшать благому общественному предпріятію, упорно сопротивляясь и нежелая уступить свою собственность за надлежащее, справедливое вознагражденіе.

запрещающими или абсолютно повелѣвающими законами; послѣдніе немогутъ быть отмѣняемы произволомъ частныхъ лицъ. Съ другой стороны, цѣлое общество можетъ являтся иногда какъ частное лице. Такъ государство является какъ бы собственникомъ, относительно своего фиска, и слѣдовательно становится подлежащимъ частному праву.

Послѣ приведеннаго здѣсь органическаго, хотя и формальнаго раздѣленія, прежде нежели перейдемъ къ болѣе важному матеріальному подраздѣленію, обсудимъ нѣкоторыя другія системы дѣленія.

Римское право при раздѣленіи права руководствуется точкой зрѣнія публичной или частной *пользы* (блага) (3); но хотя право безспорно имѣетъ своею цѣлью полезное, благо въ истинномъ значеніи этаго слова, несмотря на то публичное и частное право нельзя отдѣлять другъ отъ друга только объективно, надо брать во вниманіе и *различные способы* дѣятельности, посредствомъ которыхъ достигается благо, какъ цѣль; — именно въ частномъ правѣ эта цѣль достигается по средствомъ свободнаго самоопредѣленія отдѣльныхъ лицъ, въ публичномъ же — совокупной дѣятельностью общества и общественными учрежденіями. Конечная цѣль и здѣсь также будетъ благо людей, соединенныхъ въ общество.

Въ новѣйшее время *Савиньи* между публичнымъ и частнымъ правомъ дѣлаетъ слѣдующее различіе: «въ публичномъ правѣ цѣлое является цѣлью, отдѣльный же человѣкъ ему подчиняется; въ частномъ же правѣ отдѣльный человѣкъ есть самъ себѣ цѣль и каждое правовое отношеніе, относительно его, есть лишь средство для его бытія» (4). Но и въ этомъ различіи не указано также (что всего важнѣе) на различныя способы достиженія той или другой цѣли, а слѣдовательно непризнано что цѣлое есть *другаго рода* цѣль, нежели отдѣльная личность: первое есть посредствующая цѣль, послѣдняя конечная цѣль. Вслѣдствіе такаго опредѣленія публичнаго и частнаго права *Савиньи* былъ принужденъ совершенно исключить церковное право изъ обоихъ областей права и смотрѣть на него, «какъ на отдѣльно существующую область права»; потому что, какъ говоритъ онъ: «на различныя христіанскія церкви слѣдуетъ смотрѣть только, какъ на учрежденія стоящія рядомъ съ государствомъ, хотя они и находятся съ послѣднимъ въ разнообразныхъ и тѣсныхъ отношеніяхъ. Конечно, этимъ указалъ *Савиньи* на одну весьма важную истину (не давъ ей однако точнаго опредѣленія), именно

---

(3) Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem. Sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. l. §. 1. 2. D. de justitia et jure (Ulpianus). см. мою «Rechtsphilosophie» 4-te Aufl. S. 49. Если противъ этаго замѣчаетъ *Шталь*, въ свой Rechtsphilosophie 3-te Aufl, Bd. II. S. 302, что: „сущность (публичнаго права) есть не взаимная польза, какъ цѣль, а *общее подчиненіе* (соединеніе для взаимнаго общаго существованія), какъ предметъ и содержаніе отношенія“, то противъ этаго можно возразить, что здѣсь опять не приведено различія между *конечной* и *посредствующей цѣлью*. Общее подчиненіе есть и можетъ быть только посредствующею цѣлью, конечною же цѣлью будетъ только человѣческое, этическое благо. *Шталь* самъ говоритъ (§ 47):“ Человѣкъ есть средоточіе обоихъ (частнаго и публичнаго права)“. Но человѣкъ есть также и конечная цѣль обоихъ. Какъ вообще государство есть только средство и должно быть понимаемо какъ посредствующая цѣль, ведущая къ достиженію конечной цѣли человѣка и человѣчества, точно также и общее подчиненіе можетъ быть только средствомъ для достиженія этой цѣли. Потому, несмотря на претензію органическаго пониманія права, *Шталь* всё таки въ своемъ опредѣленіи вдается въ отвлеченности, ибо отдѣляетъ общественное, общее отъ индивидуальнаго человѣческаго. Это то отвлеченное пониманіе проявляется и въ его философіи права при всѣхъ главныхъ вопросахъ. Собственно такое пониманіе составляетъ только противоположную крайность прежнему естественному праву, въ которомъ отдѣльное лице, какъ такое, принималось безъ всякаго существеннаго отношенія къ цѣлому и обществу. Что ученіе Шталя о наказаніи также абстрактно, я показалъ въ моей Rechtsphilosophie S. 426.

(4) *Савиньи* «System des heut. römisch. Rchts» Bd. I. S. 23.

ту, что церковь отличается отъ государства какъ этически—религіозное, общественное учрежденіе. Но она нетолько, какъ говоритъ Савиньи, есть отдѣльно существующая область права, но прежде всего порядокъ жизненныхъ отношеній, которыхъ право и государство касается лишь съ *одной стороны*. Эта правовая сторона, если она касается внутреннихъ отношеній, регулируется церковью *автономически, внутреннимъ церковнымъ правомъ*, если же она касается органическихъ отношеній между церковью и государствомъ, то регулируется внѣшнимъ, *публичнымъ* церковнымъ правомъ. Причина такаго воззрѣнія *Савиньи* главнымъ образомъ заключается въ томъ, что досихъ поръ дѣлалось вообще лишь формальное дѣленіе права; но мыслитель, который захотѣлъ бы глубже вглядѣться въ сущность столь важнаго вопроса, какъ вопросъ о религіи и церкви, можетъ разрѣшить возникшее недоразумѣніе, основывая свое дѣленіе главнымъ образомъ на существенныхъ жизненныхъ отношеніяхъ (5).

Отсюда проистекаетъ *матеріальное дѣленіе* права, къ которому теперь и перейдемъ. Но прежде всего постараемся опредѣлить въ кратцѣ, еще не установившіяся, понятія о наукахъ соціальныхъ и общественномъ правѣ, о наукахъ государственныхъ и правѣ государственномъ.

Цѣль жизни есть сама по себѣ единая *цѣль человѣчества*, которая требуетъ вообще усовершенствованія человѣка и человѣческаго общества въ всемъ добромъ, какъ Божественно-человѣческомъ. Мы незнаемъ никакой общественной формы для этой цѣли, тѣмъ неменѣе она должна быть общимъ, высшимъ, руководящимъ началомъ всякаго человѣческаго, индивидуальнаго или общественнаго проявленія жизни. Она есть истинный принципъ *гуманности*, которая требуетъ, чтобы божественно-человѣческое было признаваемо во всѣхъ человѣческихъ существахъ, какъ нравственное и правовое, чтобы оно было для всѣхъ жизненныхъ направленій, жизненныхъ цѣлей, руководящею нитью, масштабомъ и правильнымъ ограниченіемъ;—короче, чтобы имъ руководилось все человѣческое, какъ высшею совѣстью, какъ всеобщимъ сознаніемъ.

---

(5) Опредѣленіе *Шталя* частнаго публичнаго права въ сущности согласно съ опредѣленіемъ Савиньи и отличается отъ послѣдняго только тѣмъ, что *Шталь* называетъ государство и церковь "отношеніями публичнаго права„. Церковь, полагаетъ Шталь, является относительной, считается *частнымъ дѣломъ* только для людей въ нее невѣрующихъ и для государства, ее непризнающаго; но для тѣхъ, кто въ нее вѣруетъ она по необходимости всегда есть и будетъ *публичнымъ* институтомъ. Здѣсь Шталь даетъ отвѣты совсѣмъ относительно не тѣхъ понятій, о которыхъ спрашиваетъ Савиньи. Какъ вообще слѣдуетъ дѣлать различіе между публичными жизненными и публично-правовыми отношеніями, точно также есть различіе между публичными институтами и публично-правовыми институтами. Такъ церковное богослуженіе есть публичное жизненное отношеніе общества, но оно только съ *одной* стороны можетъ быть названо публично-правовымъ отношеніемъ, именно насколько государство обусловливаетъ его неприкосновенность. Церковь поэтому есть совокупность религіозно-жизненныхъ отношеній общества, которое собственно вовсе некасается публичнаго *права* и только регулируется послѣднимъ съ одной стороны. Внутреннее значеніе воззрѣнія *Савиньи* такимъ образомъ вовсе непризнано *Шталемъ*, чему тѣмъ болѣе слѣдуетъ удивляться, что онъ самъ въ другомъ мѣстѣ гораздо точнѣе, чѣмъ Савиньи, отличаетъ жизненное отношеніе отъ правоваго. Такъ въ возраженіи, сдѣланномъ противъ *Пухты*, который держится субъективной точки зрѣнія, онъ говоритъ, что "*опредѣленіе жизненныхъ отношеній* есть принципъ, изъ котораго истекаютъ юридическія положенія„. Но Шталь именно отъ того недошелъ до яснаго пониманія раздѣленія права помимо всякаго формализма, что съ одной стороны разсматриваетъ жизненныя отношенія только какъ *фактическое* основаніе, которое право себѣ *подчиняетъ*;—между тѣмъ какъ эти жизненныя отношенія могутъ быть понимаемы и *идеально*, по внѣшнимъ этическимъ требованіямъ и какъ отношенія этическія, они стоятъ выше права и сами его собой опредѣляютъ;—съ другой же стороны потому что онъ остановился на одной только формальной, отвлеченной общности жизненнаго отношенія, между тѣмъ какъ для опредѣленія права необходимо принимать во вниманіе, различныя *роды* жизненныхъ отношеній, какъ они опредѣляются *цѣлями жизни*, дающими имъ матерію и содержаніе.

Особенныя, заключающіяся въ вышеупомянутой единой цѣли человѣчества, главныя цѣли, осуществляемыя дѣятельностью, какъ отдѣльныхъ лицъ, такъ и общества, суть главныя цѣли *религіи*, *науки*, *изящнаго искусства*, *полезнаго искусства*, (т. е. промышленности въ обширномъ смыслѣ, какъ земледѣлія, техническихъ ремеслъ и торговли), *воспитанія* и *преподаванія*, *нравственности* и *права*. Эти цѣли, въ своемъ осуществленіи, образуютъ существенное добро, этическое благо отдѣльныхъ лицъ и цѣлаго общества, т. е. благо религіозное, умственное, нравственное, матеріальное и политически-правовое.

Главнымъ цѣлямъ, смотря потому, какъ они осуществляются *въ обществѣ*, соотвѣтствуетъ столько же общественныхъ *наукъ*, которыя всѣ содержатся въ *единой обще-человѣческой, общественной наукѣ*. Потому есть наука религіознаго или церковнаго общества, касающяяся всѣхъ его жизненныхъ отношеній; наука общественной, нравственной жизни, наука объ общественныхъ учрежденіяхъ, устроенныхъ съ научною и художественною цѣлью и съ цѣлью воспитанія; наука общественнаго вещнаго блага (т. е. наука народнаго хозяйства), и наука о правовой и государственной жизни. Каждая изъ этихъ наукъ, сообразно сущности своего предмета и цѣли, должна выработать основныя начала, руководящія общественнымъ развитіемъ. Между этими науками, науки о правѣ и государствѣ, какъ мы видѣли суть только отрасли; поэтому общественныя науки не могутъ быть отождествляемы съ государственными; каждая изъ общественныхъ наукъ основывается на своихъ особенныхъ специфическихъ началахъ, которыми науки государственныя незанимаются вовсе. Такимъ образомъ наука о народномъ хозяйствѣ есть вовсе не государственная наука, какъ ошибочно многіе думаютъ, а общественная, потому что производство, распредѣленіе и потребленіе матеріальныхъ благъ происходитъ совершенно по другимъ началамъ и законамъ, нежели какія развиваются наукою о государствѣ. Точно также науки церковной жизни, или общественной нравственности и т. д. также мало могутъ быть названы науками государственными.

Но точно также, какъ всякая общественная цѣль, и всякая относящаяся къ ней общественная наука имѣетъ *правовую* сторону, заключающую въ себѣ всѣ необходимыя условія для исполненія или осуществленія общественной цѣли. Отсюда вытекаетъ *общественное право*, которое, по единой цѣли человѣчества, само по себѣ едино, но развѣтвляется на общественное и религіозное право, право нравственности, право, художественное, право воспитанія и преподаванія, право общественнаго вещнаго блага, или народно—хозяйственное право, право правоваго общества, государства, т. е., государственное право. Общественное право обыкновенно называется *публичнымъ*, какъ относящееся до общественныхъ учрежденій и установленій съ цѣлью достиженія главныхъ жизненныхъ цѣлей. Слѣдовательно будетъ существовать публичное религіозное право, публичное право нравственности, народнаго хозяйства, также какъ и публичное право для государства или государственное право. Изъ этого слѣдуетъ, что государственное право, какъ въ новѣйшее время и признано, есть лишь отрасль публичнаго права. Государственное право развиваетъ только условія для существованія и развитія государства, какъ общественнаго правоваго учрежденія, между тѣмъ какъ публичное право вообще излагаетъ взаимно-обусловливающія другъ друга отношенія всѣхъ общественныхъ учрежденій между собою и потомъ съ одной стороны опредѣляетъ отношенія этихъ учрежденій къ государству.

Опредѣливъ часто смѣшиваемыя понятія о соціальныхъ наукахъ, общественномъ правѣ или публичномъ правѣ и государственномъ правѣ, переходимъ къ *полному раздѣленію* права, въ которомъ должны быть соединены *матеріальное* начало дѣленія, данное цѣлію жизни съ началомъ *формальнымъ*, потому что необходимо сдѣлать правовое опредѣленіе, какъ *самоназначенія* отдѣльныхъ лицъ, физическихъ или нравственныхъ, въ ихъ собственной, внутренней (частной) сфе-

рѣ дѣятельности, такъ и органическихъ *отношеній* общественныхъ учрежденій между собою, и въ особенности къ государству. Потому это правовое регулированіе совершается частью посредствомъ частной автономіи, частію же установленіемъ общественнымъ и именно посредствомъ соединенія учрежденія общественнаго съ государствомъ, или, когда и насколько это возможно, однимъ государствомъ. Но то или другое *правовое* регулированіе, частное или публичное, подчиняются одинаково охраненію и надзору государства, какъ правоваго учрежденія.

Изъ *соединенія* матеріальнаго начала дѣленія съ формальнымъ вытекаетъ слѣдующее полное раздѣленіе права, какъ науки о правѣ, объ обществѣ и государствѣ.

I) *Человѣческое право* (Das Menschheitsrecht), подъ которымъ здѣсь разумѣется право не всего человѣчества, а только право преслѣдованія *чисто человѣческихъ* цѣлей. Но такъ какъ цѣли эти, въ своемъ разнообразіи и высшемъ единствѣ, мало изслѣдованы, то и право это научнымъ образомъ почти еще необработано. Впрочемъ новѣйшее время выказываетъ высшее гуманное стремленіе, потому что стало яснѣе сознаніе того, что человѣкъ во многихъ обстоятельствахъ долженъ обращаться къ человѣку же, и часто *весь* человѣкъ долженъ быть переобразованъ, перевоспитанъ и снова поднятъ на извѣстную высоту. Такимъ образомъ въ богадѣльняхъ, въ сумасшедшихъ домахъ преступниковъ и т. д. оказывается, что нужно бываетъ укрѣпить не одну только какую нибудь сторону человѣка, какъ напр. самую важнѣйшую, религіозную, но что *весь* человѣкъ со всѣхъ сторонъ долженъ быть поддержанъ, укрѣпленъ и поднятъ, и что только истинная, коренящаяся въ любви къ Богу и божественному, любовь человѣческая есть истинная, помогающая и снова обновляющая человѣка сила. Впрочемъ, это высшее гуманное направленіе высказалось столь не значительно, что не могло еще произойдти точнаго разграниченія его частной и публичной области.

II) *Религіозное и церковное право* есть органическое цѣлое условій, необходимыхъ для достиженія религіозной цѣли въ жизни отдѣльныхъ лицъ и организованныхъ обществъ.

A) *Частное* (лучше внутреннее) *религіозное и церковное право* развиваетъ условія, при которыхъ можетъ сформироватся религіозная жизнь отдѣльнаго лица какъ для него самаго такъ и въ преходящихъ его отношеніяхъ съ другими лицами; точно также какъ, и какимъ образомъ каждое, при этихъ условіяхъ, организованное религіозное общество, община (церковь), какъ лице нравственное, можетъ автономически регулировать свои внутреннія религіозныя отношенія относительно *вѣроученія*, *культа*, *дисциплины* и общественнаго (корпоративнаго) имущества.

Частное религіозное право, въ обыкновенномъ смыслѣ, разсматривается какъ право отдѣльныхъ лицъ, которое проявляется въ правѣ домашняго богослуженія, религіознаго воспитанія въ семействѣ и взаимнаго поученія между лицами одинаковыхъ религіозныхъ убѣжденій. Но и это частное право лучше назвать *внутреннимъ* правомъ отдѣльныхъ лицъ, семействъ и временныхъ союзовъ, потому что оно касается ихъ внутреннихъ жизненныхъ отношеній. Съ высшей же точки зрѣнія, прочно-организованное, а слѣдовательно и признанное государствомъ религіозное общество, которое одно только, если оно христіанское, можетъ называться церковью (6), имѣетъ внутреннее церковное право, которымъ

---

(6) Объ новомъ производствѣ нѣмецкаго слова «*Kirche*» (церковь), сдѣланнаго Якобсономъ, отъ το κυριακον, *dominicum*, слѣдовательно отъ κυριος и романскихъ словъ *église* и т. д. отъ εκκλησία (отъ εκκαλεω), которыя означаютъ призванную или избранную общину см. у *Рихтера* въ его: Lehrbuch des Kirchenrechts der Katholiken und

опредѣляются по праву отношенія отдѣльныхъ лицъ между собою и къ церкви, какъ учрежденію общественному, касательно всѣхъ существенныхъ сторонъ жизни.

B) *Публичное (внѣшнее) религіозное и церковное право* установляетъ отношенія церкви къ государству и ко всѣмъ другимъ общественнымъ учрежденіямъ, опредѣляя условія ихъ взаимнаго и совмѣстнаго бытія и дѣятельности другъ для друга. Въ особенности же публичное церковное право установляетъ условія, которыя съ одной стороны предоставляетъ государство церкви для осуществленія религіозныхъ цѣлей, съ другой стороны — какъ и какимъ образомъ сама церковь должна содѣйствовать государству и его цѣлямъ, причемъ этими условіями опредѣляются также границы дѣятельности и органическаго взаимодѣйствія церкви и государства.

III) *Право нравственности* составляетъ весьма важную отрасль права, но досихъ поръ мало изслѣдовано.

A) *Частное право нравственности* опредѣляетъ условія, при которыхъ, согласно лишь *своему* внутреннему убѣжденію, живетъ человѣкъ въ семействѣ, или въ постоянно измѣняющихся индивидуальныхъ отношеніяхъ съ другими лицами. Условіями этаго права опредѣляется также, какъ могутъ прочно устроиваться и дѣйствовать общества, преслѣдующія какую нибудь нравственную цѣль.

Могло бы показаться, что нравственность человѣка, въ его частной сферѣ жизни, предоставленная суду внутренней совѣсти, недопускаетъ вмѣшательства права;—но человѣкъ и въ своемъ нравственномъ поведеніи противъ самаго себя поступаетъ не безъусловно, не по одному лишь своему личному произволу, такъ напр. при покушеніи на самоубійство, при безнравственной расточительности, вмѣшательство права имѣсто полное мѣсто. Точно также вмѣшательство права можетъ распространяться и на безнравственность семейныхъ отношеній (7).

B). *Публичное право нравственности* установляетъ отношенія нравственности и учрежденій съ нравственною цѣлью къ государству и ко всѣмъ другимъ общественнымъ учрежденіямъ; оно имѣетъ своимъ предметомъ развить взаимно создающіяся условія, какъ для того, чтобы воспрепятствовать безнравственности, такъ и для того, чтобы положительно споспѣшествовать нравственности и поддержать общія нравственныя начала во всѣхъ общественныхъ сферахъ жизни. Потому, публичное право нравственности требуетъ истинно общественной организаціи нравственности.

IV. *Право науки и искусства* до сихъ поръ теоретически и практически еще мало выработано.

A) *Частное право науки и искусства* развиваетъ условія, при которыхъ можетъ развиваться и дѣйствовать человѣкъ самъ собою, или въ временныхъ обществен-

---

Protestanten 4-te Aufl. 1853, S. 2. — Рихтеръ опредѣляетъ церковное право, какъ содержаніе нормъ, посредствомъ которыхъ опредѣляются отношенія церкви, какъ цѣлаго, и людей, какъ членовъ ея. Онъ отвергаетъ раздѣленіе церковнаго права на частное и публичное, какъ невѣрное, смотря на церковное право вмѣстѣ съ Шталемъ, какъ на одно публичное, причемъ существенныя религіозныя права отдѣльныхъ лицъ, какъ напр. домашнее богослуженіе и проч. обойдены у него молчаніемъ, или неправильно отнесены къ области частнаго права. Напротивъ того, *Рихтеръ* дѣлаетъ различіе между *внутреннимъ* и *внѣшнимъ* церковнымъ правомъ, смотря потому установляются ли послѣднимъ, *отношенія* церкви къ себѣ самой, къ государству, или къ другимъ церковнымъ обществамъ. *Рихтеръ* правильно замѣчаетъ также, что право каждой церкви, даже и католической, которой принципъ есть единство, при общихъ основныхъ началахъ, образуется различно, въ зависимости отъ жизненныхъ условій народовъ, ее исповѣдующихъ.

(7) Возраженіе, что такія безнравственныя дѣйствія, гдѣ допускается вмѣшательство права, должны имѣть *внѣшнее* проявленіе, слѣдовательно уже не могутъ болѣе подлежать области частной жизни,—такое возраженіе основывается на ложномъ пониманіи частнаго права вообще, и ведетъ къ совершенному уничтоженію всего гражданскаго, частнаго права, которое всегда предполагаетъ дѣйствія, носящія на себѣ внѣшніе признаки.

ныхъ союзахъ для достиженія этихъ жизненныхъ цѣлей и условія, при которыхъ могутъ образоваться и организоваться болѣе постоянныя для этой цѣли общества.

B) *Публичное право науки и искусства* установляетъ отношенія между этими сферами и государствомъ и опредѣляетъ съ одной стороны условія, посредствомъ которыхъ государство оказываетъ этимъ сферамъ содѣйствіе въ видѣ защиты (напр. литературной и художественной собственности) и поддержанія обществъ, основанныхъ для этой цѣли (напр. академій наукъ, художествъ и проч.); — съ другой же установляетъ условія, которыя подчиняютъ эту дѣятельность извѣстнымъ ограниченіямъ (напр. касательно гласности и печати).

V) *Право воспитанія и преподованія.*

A) *Частное право воспитанія и преподованія* развиваетъ условія, при которыхъ могутъ воспитываться и получать образованіе отдѣльныя лица, какъ сами собою, такъ и въ своихъ семействахъ, а также условія педагогической и учебной дѣятельности, равно какъ и условія, при которыхъ могутъ образоваться и быть дѣятельными общества, учреждаемыя съ этою цѣлью.

B) *Публичное право воспитанія и преподованія* установляетъ отношенія между государствомъ и всѣми учрежденіями, назначенными для воспитанія и преподованія, потому что эта отрасль права опредѣляетъ условія, которыя съ одной стороны обязываютъ государство споспѣшествовать образованію, улучшенію и поддержкѣ такихъ учрежденій, съ другой стороны — этими условіями обозначается, какъ должны учрежденія воспитанія и преподаванія соотвѣтствовать и споспѣшествовать благу государства и всего общественнаго порядка.

VI) *Вещно-хозяйственное право.*

Прежде нежели мы опредѣлимъ понятіе этой отрасли права, постараемся отдѣлить послѣднюю отъ другихъ сродственныхъ ей по цѣли, понятій, что научно было сдѣлано досихъ поръ весьма неудовлетворительно.

Подъ понятіемъ *вещныхъ благъ* должно разумѣть, въ отличіе отъ другихъ благъ жизни религіи, нравственности, науки, права, — только *оборотныя матеріальныя блага* (8). Эти блага суть всегда *средства* удовлетворенія человѣческихъ потребностей. *Причинная* дѣятельность, направленная на полученіе такихъ благъ называется *производствомъ*. Эта дѣятельность, направленная на полученіе матеріальныхъ благъ, должна быть отличаема отъ дѣятельности, направленной на пріобрѣтеніе другихъ благъ жизни, которыя не менѣе производятъ, творятъ и образуютъ. Потому въ обществѣ есть такіе производительные классы, которые не могутъ быть считаемы непосредственно производящими вещное благо, но тѣмъ неменѣе они могутъ считаться таковыми на столько, на сколько ихъ дѣятельность проявляется въ произведеніяхъ предметныхъ (напр. въ литературныхъ произведеніяхъ). Посредственно, дѣятельность этихъ общественныхъ производителей представляется въ высочайшей мѣрѣ важной, потому что на народную экономію религія, наука, искусство, нравственность, право всегда оказываютъ весьма сильное вліяніе. — Хозяйство содержитъ въ себѣ всѣ отправленія, относящіяся къ пріобрѣтенію (произведенію), распредѣленію и потребленію вещныхъ благъ, причемъ практически и теоретически оно представляется троякимъ: 1) какъ *техническая* наука и искусство, 2) какъ всеобщая *этическая* наука и искусство, и 3) какъ *отрасль* науки о *правѣ и государствѣ*. 1) Какъ техническое искусство —

---

(8) Науку о народномъ хозяйствѣ *Рошеръ* въ св. «System der Volkswirthschaft» Bd. 1. S. 2., правильно ограничиваетъ лишь матеріальными благами, подлежащими обороту. Небыло ровно никакой пользы, когда новѣйшіе политико-экономисты къ области этой науки причислили также и, такъ называемыя, внутреннія блага, что повело только къ запутанности понятій политической экономіи. Здѣсь также, какъ и во многихъ другихъ наукахъ несдѣлано необходимаго различія между тѣмъ, что составляетъ посредственно или *непосредственно*, предметъ или цѣль дѣятельности и науки.

она есть ученіе о законахъ, силахъ и отправленіяхъ, относящихся къ самому предмету, т. е. ко всѣмъ родамъ производствъ и торговли. Но эта техническая наука не принадлежитъ области науки о народномъ хозяйствѣ, хотя послѣдняя въ своихъ воззрѣніяхъ и должна во многомъ обращать вниманіе на технически—экономическія отношенія. Но 2) эти технически—экономическія отправленія должны быть разсмотрѣны съ этической стороны, —по человѣческимъ цѣлямъ, человѣческимъ потребностямъ, которымъ они должны удовлетворять, — и по разнаго рода благамъ, къ которымъ они относятся. Отсюда происходитъ этическое вещное хозяйство, которое по различію физическихъ и нравственныхъ лицъ его выполняющихъ, является *частнымъ* и общественнымъ. *Народное хозяйство*, въ которомъ народъ понимается какъ единица, относительно его вещнаго имущества, есть важнѣйшая отрасль общественнаго хозяйства, долженствующаго имѣть связь съ болѣе обширной отраслью, вещнымъ хозяйствомъ народовъ. Потому наука народнаго хозяйства есть *наука соціальная*, какъ отрасль этической науки объ обществѣ и народномъ хозяйствѣ (9). Но въ современной наукѣ народнаго хозяйства, съ одной стороны весьма часто смѣшиваются этическое и техническое начала, потому что послѣднее предпосылается только въ формѣ постулатовъ; — съ другой стороны этическую цѣль оставляютъ совершенно на заднемъ планѣ. Эта *этическая, нравственно-добрая* цѣль, т. е. предоставленіе всѣмъ членамъ общества извѣстнаго участія въ вещномъ благѣ, опредѣленнаго по различію жизненныхъ отношеній и дѣятельности, должна быть главной цѣлью, руководящимъ принципомъ всей науки о народномъ хозяйствѣ. Слѣдовательно, 3) стремящіеся къ этой цѣли, всѣ экономическія отношенія народа, взаимно другъ друга обусловливающія, должны быть соотвѣтственно установлены, т. е. опредѣлены *по праву*. Отсюда возникаетъ *право народнаго хозяйства*, которымъ стремится быть, по своимъ тенденціямъ, ученіе о народномъ хозяйствѣ. Но наука народнаго хозяйства далеко еще имъ несдѣлалась, потому что этическая цѣль послѣдней еще невыяснилась, точно также какъ невыяснилось и ея право, т. е. условія, при которыхъ возможно достиженіе этой цѣли. Современное ученіе о народномъ хозяйствѣ слишкомъ мало поняло насколько естественные законы и природныя отношенія должны подчиняться въ народномъ хозяйствѣ условіямъ права и нравственности, на томъ же самомъ основаніи, по которому вообще матеріальное должно подчиняться духовному. Поэтому современная наука народнаго хозяйства остается до сихъ поръ наукой совершенно *эмпирической*, которая, хотя и есть вѣрное отраженіе существующихъ экономическихъ отношеній и присущихъ имъ законовъ, т. е. вполнѣ высказываетъ *то, что есть*, но не высказываетъ *того*, что по праву и нравственности, *быть должно*; — она болѣе *физіологическая*, нежели *этическая* наука; этому направленію содѣйствовалъ установившійся, въ особенности съ Адама Смита, какъ коренной принципъ науки политической экономіи, принципъ *свободы*, отъ которой ждали всего, и возможнаго улучшенія производствъ и возможно-лучшаго распредѣленія богатствъ (10). Но принципъ свободы

---

(9) *Моль*, въ одной изъ своихъ журнальныхъ статей «Gesellschaftswissenschaften und Staatswissenschaften» (Tübinger Zeitschrift für die Staatsw. 1851. S. 1–71), первый ясно высказалъ, что наука политической экономіи есть наука соціальная, а прикладная политическая экономія, (экономическая полиція или политика народнаго хозяйства) и наука о финансахъ суть науки государственныя.

(10) *Книсъ*, (Knies) въ св. «Politische Oekonomie, u. s. w.» 1852 S. 207. правильно замѣчаетъ слѣдующее: "Никто изъ политико-экономовъ небудетъ отрицать того, что весь успѣхъ, какой только сдѣлала Политическая экономія послѣ *Адама Смита*, состоитъ въ томъ, что въ этой наукѣ была сдѣлана попытка, дать большее мѣсто и значеніе (особенно у Сисмонди) изслѣдованію о *распредѣленіи* матеріальныхъ благъ. До тѣхъ поръ пока политическая экономія ограничивалась лишь вопросомъ о возможно большемъ *увеличеніи*

въ наукѣ политической экономіи, въ такой же мѣрѣ неудовлетворителенъ какъ и въ наукѣ права, —и долженъ быть ограниченъ и пополненъ. Наука народнаго хозяйства, вслѣдствіе общихъ духовныхъ стремленій, развивалась рука объ руку съ философской наукой права и государства (11). Но принципъ абстрактной свободы оказался въ наукѣ права неудовлетворительнымъ и даже отчасти ложнымъ, потому появились въ слѣдъ за тѣмъ разныя философскія системы, имѣвшія претензію понять идею права глубже и основательнѣй,—школы теологическая, историческая и этическая. Тоже самое случилось и съ наукой политической экономіи; принципъ свободы оказался неудовлетворительнымъ, потому появилась одна за другой системы политической экономіи: *теологическая* (представителями которой были: Adam Müller, Kraus, Villeneuve de Bargemont), *историческая* (частью Fr. List и въ особенности Roscher) и наконецъ *этическая*, которая впрочемъ еще только началась образовываться (12). Но этическая школа политической экономіи, только тогда придетъ къ полному, ясному и истинному пониманію этой науки, когда всѣ элементы ея: естественный, свободный, религіозный, нравственный и правовой будутъ разсмотрѣны въ той же мѣрѣ философски, какъ и исторически. *Право народнаго хозяйства*, какъ этическая соціальная наука, какъ отрасль народнаго хозяйства, существуетъ теперь, какъ уже выше замѣчено, наукой далеко несостоятельной. Напротивъ, *политика народнаго хозяйства* является нѣсколько обработанной, какъ особая наука. Такой она явилась со времени Rau. Но всякая политика должна заключать въ себѣ правовыя основанія, которыя до сихъ поръ не развиты надлежащимъ образомъ.

Финансовая наука съ принадлежащими къ ней финансовой политикой и финансовымъ правомъ, представляетъ собою вообще ученіе объ отправленіяхъ и учрежденіяхъ государства, посредствомъ которыхъ послѣднее пріобрѣтаетъ вещныя блага для достиженія своей цѣли. Эта наука есть чисто наука государственная.

Послѣ этихъ предварительныхъ замѣчаній, оставляя въ сторонѣ раздѣленіе *народнаго хозяйства* на *публичное* и *частное*, мы можемъ перейдти къ его главнымъ отраслямъ, къ *производству* т. е. земледѣлію и промышленности въ обширномъ смыслѣ этаго слова, *распредѣленію* т. е. торговли,—и наконецъ *потребленію*, разсматривая ихъ съ точки зрѣнія публичнаго и частнаго права.

А) *Право промышленности*, т. е. право земледѣльческой промышленности и техническихъ ремеслъ, есть вмѣстѣ съ тѣмъ и основаніе политической промышленности (13).

большей суммы производительныхъ цѣнностей, до тѣхъ поръ эта наука обработывала только количесвенныя, ариѳметическія величины и понятія. Но какъ скоро вопросъ о распредѣленіи матеріальныхъ благъ занялъ должное мѣсто въ политической экономіи, тотчасъ нравственно-политическая идея стала средоточіемъ теоріи„.—Но производство не можетъ быть также отдѣлено отъ этическихъ соображеній.

(11) *Гильдебрандтъ* въ св. «Nationalöeconomie der Gegenwart und Zukunft» 1849., первый провелъ правильную параллель между естественнымъ ученіемъ о правѣ *Локка* и *физіократами*,—и между ученіемъ о правѣ *Канта* и системой промышленности *Адама. Смита.*

(12) Превосходныя мысли о этическомъ направленіи политической экономіи высказалъ *Шютцъ* въ св. «Das sittliche Element in der Volkswirthschaft» (Tübinger Zeitschrift für die Staatsw. 1844. S. 132—159). Еще болѣе достойно вниманія въ этомъ отношеніи сочиненіе *Книса* (Knies) «Politische Oeconomie, vom Standpuncte der historischen Methode», 1852. *Рошеръ* въ св. «System der Volkswirthschaft» Bd. 1, 1854, выбралъ преимущественно историческую точку зрѣнія, но въ главныхъ моментахъ науки, онъ также указываетъ вообще на важность нравственнаго элемента, точно также какъ онъ признаетъ историческое вліяніе нравственности и обычая на экономическія отношенія народа.

(13) *Рау* въ св. «Volkswirthschaftspolitik» вездѣ ставитъ главною задачею политики созданіе условій, которыя обязываютъ особенно государство споспѣшествовать производству

1) Частное право промышленности развиваетъ условія, при которыхъ могли бы частныя лица, какъ отдѣльно, такъ и соединяясь въ общества, свободно отправлять извѣстную отрасль промышленной дѣятельности.

2) Публичное право промышленности установляетъ отношенія всѣхъ производствъ и всей промышленности вообще, къ государству и всѣмъ общественнымъ учрежденіямъ. Такимъ образомъ, публичное право промышленности развиваетъ съ одной стороны условія, которыя установляются государствомъ для споспѣшествованія всей промышленности вообще и каждой ея отрасли въ особенности. Задача эта достигается государствомъ частью посредствомъ общихъ положительныхъ и отрицательныхъ *требованій*, частью, насколько отъ него зависитъ, посредствомъ *общественныхъ реформъ*, касающихся *промышленныхъ классовъ*, частью, — посредствомъ установленія свободныхъ промышленныхъ союзовъ (соединеній, корпорацій) и учрежденія *земледѣльческихъ* и *промышленныхъ судовъ и палатъ*. Съ другой стороны оно развиваетъ условія, которыя государство должно установить и поддерживать для правильныхъ отношеній промышленныхъ сословій къ обществу и производства къ потребленію.

B) *Торговое право* (вмѣстѣ съ тѣмъ и основаніе торговой политики).

1) Частное торговое право развиваетъ условія, при которыхъ могли бы отправлять свою торговую дѣятельность отдѣльныя лица и торговыя общества, показывая вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ и какимъ образомъ могутъ послѣднія образовываться и организоваться.

2) Публичное торговое право установляетъ отношенія между торговлей, государствомъ и обществомъ. Эта отрасль права развиваетъ съ одной стороны условія, которыя должны установляться государствомъ въ видахъ споспѣшествованія внутренней и внѣшней торговли, что можетъ достигаться поредствомъ общихъ положительныхъ и отрицательныхъ мѣръ, посредствомъ особыхъ установленій (рынковъ, биржъ, денежныхъ знаковъ и проч.), посредствомъ общественныхъ *реформъ*, касающихся *торговыхъ классовъ* общества; и посредствомъ учрежденія *торговыхъ судовъ и палатъ*. Съ другой стороны оно развиваетъ условія, которые должны быть установлены государствомъ для охраненія правильныхъ отношеній торговли и ея органовъ къ обществу.

C) *Право потребленія*, (вмѣстѣ съ тѣмъ и основаніе *политики потребленія*), развито весьма мало, но также, какъ и предъидущія отрасли права дѣлится на *частное* и *публичное*, потому что потребленіе частныхъ лицъ подчиняется извѣстнымъ условіямъ, частью также само государство должно, въ видахъ потребленія имуществъ, согласно правиламъ добра и нравственности, установить различныя условія, что достигается посредствомъ учрежденій противъ расточительности и удаленія поводовъ къ расточительности, посредствомъ поощренія къ бережливости, что въ свою очередь можетъ быть достигнуто учрежденіемъ сберегательныхъ кассъ и споспѣшествованіемъ всякаго рода обществамъ умѣренности и воздержанія (14).

VII). Но право само по себѣ, относительно публичнаго и частнаго права, подлежитъ дальнѣйшему дѣленію. Такъ какъ право представляется относительно самостоятельною цѣлью жизни, при этомъ дальнѣйшемъ дѣленіи будутъ оставлены въ сторонѣ отношенія права къ главнымъ цѣлямъ жизни—религіи, нравственности и т. д., на которыя обращалось преимущественное вниманіе при предшествовавшемъ дѣленіи. Органическая система права должна обхватить собой и *чисто правовыя публичныя и частныя*

и распредѣленію. Правильное и точное опредѣленіе отношеній повело и тутъ, хотя можетъ быть и безсознательно къ *положительной* идеи *права*, которое должно лежать въ основаніи всякой политики.

(14) См. о томъ *Pay* «Volkswirthschaftspolitik» и въ особенности *Моля* «Polizei-Wissenschaft».

отношенія отдѣльныхъ лицъ и государства во всѣхъ областяхъ культуры. Отдѣльныя лица, по своимъ общимъ качествамъ, являются равными членами государства, какъ граждане, независимо отъ ихъ особенныхъ сословныхъ отношеній (духовныхъ, ученыхъ, промышленныхъ и т. д.); отсюда возникаетъ *гражданское право* т. е. цивильное право, которое можетъ быть также названо общимъ частнымъ правомъ или, если на всѣ особенныя сословія смотрѣть съ ихъ правовой стороны,—гражданскимъ, а также и общимъ гражданскимъ правомъ. Съ другой стороны, государства представляется правовымъ учрежденіемъ, существующимъ чисто *само по себѣ*, не зависимо отъ своихъ публичныхъ отношеній къ другимъ областямъ культуры; — отсюда возникаетъ *государственное право*, какъ отрасль публичнаго права.

A) *Гражданское право* развиваетъ общія условія, при которыхъ могутъ состоять отдѣльныя лица, какъ равные члены государства, т. е. какъ граждане въ *общихъ*, для всѣхъ *одинаковыхъ*, (непринимая въ разсчетъ сословныя различія) *личныхъ*, *имущественныхъ и семейственныхъ отношеніяхъ;* равно какъ и условія, при которыхъ эти отношенія могли бы возникать, существовать и прекращаться.

1) *Общее личное право* (15) развиваетъ права отдѣльныхъ лицъ, основывающіяся на общихъ личныхъ отношеніяхъ (возрастѣ, полѣ, родствѣ, духовномъ и тѣлесномъ здоровьѣ) и на главномъ дѣленіи лицъ на физическія и нравственныя.

2) *Имущественное право* излагаетъ совокупность правовыхъ отношеній, опредѣляющихъ права лица надъ вещью и надъ дѣйствіями другихъ лицъ. Отсюда, по двоякости правоваго объекта, происходитъ двоякое имущественное право: *вещное* и *облигаціонное*.

a) *Вещное право*, или права лицъ надъ вещами, какъ предметами несвободной природы, развиваетъ условія, при которыхъ можетъ пріобрѣтаться, состоять и прекращаться *собственность* т. е. полное владычество лица надъ вещью, и при которыхъ возможны *особыя вещныя права*, т. е. пользованіе чужими вещами, гдѣ власть лица пользующагося представляется ограниченной.

b) *Облигаціонное право* развиваетъ условія, при которыхъ отдѣльныя лица могутъ получать право на дѣйствія опредѣленныхъ другихъ лицъ. Эти дѣйствія могутъ состоять изъ услугъ вещныхъ и личныхъ.

Если въ вещномъ правѣ выражается *бытіе* т. е. существующее непосредственное отношеніе лица къ вещи, равно обязательное для всѣхъ лицъ вообще, то облигаціонное право имѣетъ своимъ предметомъ постоянное *возникновеніе* правовыхъ отношеній, которыя регулируются уже самою жизнью.

Обязательства бываютъ или:

a) Дѣловыя обязательства или правовыя сдѣлки, которыя раздѣляются на:

aa) Договорныя обязательства (тяжесть обязательства можетъ подать и на обѣ и на одну изъ договаривающихся сторонъ) и.

bb) Бездоговорныя обязательства, или:

b) Обязательства, возникающія изъ гражданскихъ правонарушеній, или.

c) Обязательства, возникающія изъ извѣстныхъ положеній и отношеній человѣка, а не изъ его поступковъ.

2) *Семейственное право* разсматриваетъ человѣка, какъ члена самаго тѣснаго этическаго жизненнаго союза, и обнимаетъ собой точное право, какъ *личное* и *имущественое*, *право родительской власти*, *опекунства* и *право наслѣдственное*.

---

(15) Все право есть право личное, и потому право и не можетъ быть дѣлимо на личное и вещное, но только на *общее личное право* и на *особенное*, всегда не раздѣльное съ личностью, *имущественное право*.

B.) *Государственое право* представляетъ собой совокупное цѣлое опредѣленій взаимныхъ отношеній цѣлаго государственнаго организма и всѣхъ его членовъ и подраздѣляется на два главныя отдѣла: *конституціонное право* и *административное право*.

1) Конституціонное право развиваетъ условія конституціи, сообразной совокупнымъ жизненнымъ отношеніямъ народа. Конституціонное право бываетъ двоякимъ: *Матеріальнымъ*, опредѣляющимъ общія надлежащія права каждаго *члена* государственнаго организма, отдѣльныхъ лицъ, общинъ, провинцій и центральной власти;— и *формальнымъ*, установляющимъ постоянныя нормы, для государственной власти и ея органовъ.

2) Административное право развиваетъ условія отправленія дѣятельности всей государственной власти и, по роду властей, распадается на:

1) Правительственное право.

2) Законодательное право, и.

3) Право исполнительное; послѣднія двѣ отрасли должны быть въ органической связи съ правительственнымъ правомъ. *Исполнительная власть* или *управленіе*, въ болѣе въ тѣсномъ смыслѣ, снова подраздѣляется по отношенію къ прямой непосредственной государственной цѣли, на юстицію и по отношенію къ косвенной цѣли государства, государственному благоустройству,—на управленіе въ самомъ тѣсномъ смыслѣ,—*администрацію*.

a) Юстиція снова подраздѣляется на:

aa) Возстановительную которая, снова распадается на гражданскую и уголовную, смотря потому будетъ ли правонарушеніе гипотетическимъ (т. е. такое о существованіи котораго можетъ быть споръ), или же оно будетъ достовѣрнымъ, абсолютно всѣми признаннымъ *опаснымъ* для правоваго порядка.

bb) Юстицію, (поотношенію къ настоящему времени), *внѣ гражданской тяжбы, и уголовнаго процесса*, которою утверждаются на прочныхъ основаніяхъ правовыя отношенія, или посредствомъ заботливости должностныхъ лицъ для того поставленныхъ (при наслѣдствѣ, опекунствѣ, и проч.) или же посредствомъ утвержденія свободныхъ соглашеній между двумя договаривающимися сторонами.

cc) *И* наконецъ *на предупредительную* юстицію по отношенію къ будущему времени (16) (т е. полиція), посредствомъ которой должны предупреждаться возможныя противозаконныя и произвольныя движенія воли, направленныя прямо или косвенно на нарушеніе правъ какъ личныхъ, такъ и имущественныхъ.

b) *Администрація* или государственное благоустройство, по главнымъ цѣлямъ жизни и блага, религіи, науки, искусства, преподаванія, промышленности и проч., распадается на различныя сферы административной дѣятельности, которыми руководятъ соотвѣствующія министерства. Совокупность управленія государства въ его внѣшнихъ отношеніяхъ репрезентируется министерствомъ иностранныхъ дѣлъ,—во внутреннихъ—министерствомъ внутреннихъ дѣлъ. Мѣсто, занимаемое послѣднимъ министерствомъ въ государственномъ организмѣ и въ ряду прочихъ министерствъ должно быть опредѣлено главнымъ образомъ наукою о государствѣ.

c) Но самостоятельныя государства находятся между собою въ правовыхъ отношеніяхъ, опредѣленныхъ и опредѣляемыхъ преданіемъ, обычаемъ и договоромъ. Содержаніе нормъ, регулирующихъ эти отношенія, образуетъ между *народное право* или *внѣшнее право государства* (jus gentium, droit des gens, droit international), которое, какъ и всѣ предъидущія отрасли права, подраздѣляется на *публичное* и *частное*.

---

(16) Три времени, настоящее, прошедшее и будущее, хотя и несоставляютъ существеннаго признака для троякаго дѣленія юстиціи, но составляютъ для этаго дѣленія естественный элементъ.

1) *Публичное между-народное право*, преимущественно называемое *между-народнымъ правомъ*, представляетъ собой совокупность нормъ, посредствомъ которыхъ постановляются условія взаимнаго существованія и взаимныхъ отношеній государствъ другъ къ другу, какъ лицъ нравственныхъ.

2) *Частное между-народное право* (internationales Privatrecht, droit international privé) существуетъ какъ самостоятельная наука, только въ настоящее время (17). Это право заключаетъ въ себѣ нормы, посредствомъ которыхъ прочно установляются правовыя отношенія гражданъ одного государства къ другому и подданымъ послѣдняго. Оно также развиваетъ условія, которыхъ подчиняются и посредствомъ которыхъ преслѣдуются отдѣльными лицами въ иностранномъ государствѣ ихъ права и правовыя отношенія.

Все предъидущее дѣленіе права и есть *органическое матеріально-формальное* дѣленіе науки права и государства.

Но, всѣ отдѣльныя отрасли этой науки могутъ и должны разсматриваться съ трехъ главныхъ сторонъ: *философски* т. е. *идеально*, *раціонально*; *эмпирически* (т. е. *исторически*, *статистически* и *положительно-практически*); — и *раціонально-эмпирически*, что въ наукѣ права и государства составляетъ предметъ политики.

1) *Философски* или раціонально каждую отрасль права должно разсматривать со стороны *идеи*, лежащей въ ея основаніи, т. е. въ нашей наукѣ со стороны разумной цѣли, осуществляемой особенной сферой, въ тѣсной органической связи со всею цѣлью права и государства. Потому частное и публичное право могутъ разсматриваться философски, какъ отдѣльныя цѣлыя, сами по себѣ, а также и въ различныхъ своихъ частяхъ.

2) *Эмпирически*, въ истинномъ смыслѣ, но никогда безъ руководящаго принципа, каждая отрасль права можетъ разсматриваться трояко: *исторически*, т. е. какъ и какимъ образомъ мало по малу сложилось понятіе права въ наукѣ и судебной практикѣ; *статистически*, какъ отдѣльный моментъ извѣстнаго состоянія права въ данное время; — и наконецъ *практически*, какъ дѣйствующее право, какъ существующая, для настоящаго времени, норма, указующая людямъ образъ ихъ дѣйствій.

3) *Раціонально-эмпирически*, каждая отрасль права должна разсматриватся со стороны руководящаго принципа, но въ зависимости отъ исторической необходимости извѣстныхъ обстоятельствъ и условій, — и въ зависимости отъ существующей дѣйствительности. Такой способъ обработки права имѣетъ указать, какъ и какимъ путемъ возможно наилучшее достиженіе существенныхъ преобразованій и реформъ въ существующемъ правѣ. Эта раціонально-эмпирическая наука, въ наукѣ права и государства, носитъ названіе политики, задача которой быть посредницею между *идеей* права и исторически сложившеюся дѣйствительностью, т. е. истинно показать, насколько должны участвовать въ государственной и юридической жизни элементъ консерватизма и прогресса. Политика должна составлять необходимую часть каждой отрасли права, какъ частнаго, такъ и публичнаго; но обработка ея, какъ самостоятельной, философской, эмпирической, и истинно посредствующей науки, весьма незначительна, особенно въ нѣкоторыхъ областяхъ науки права, — и менѣе, нежели гдѣ нибудь, въ наукѣ частнаго права.

---

(17) Замѣчательное сочиненіе въ этомъ отношеніи представляетъ намъ *Foelix*: «Traitè de droit international privé», Paris 1843, 2-me édit. 1846.

КНИГА ВТОРАЯ.

ИСТОРІЯ ПРАВА.

—

ОТДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ.

ИСТОРИЧЕСКО-ФИЛОСОФСКІЕ ПРИНЦИПЫ И ДѢЛЕНІЕ НА ПЕРІОДЫ ИСТОРІИ ПРАВА.

ГЛАВА I.

Объ общихъ принципахъ, опредѣляющихъ развитіе права и государства у различныхъ народовъ.

Развитіе человѣчества слѣдуетъ во всѣхъ областяхъ культуры извѣстнымъ, общимъ, указаннымъ въ философіи исторіи (1), законамъ, сохраняюшимъ субъективную волю отдѣльныхъ лицъ и народовъ въ согласіи съ высшимъ божественнымъ порядкомъ жизни. Человѣчество представляется цѣлымъ физическимъ и духовнымъ организмомъ, въ которомъ главныя племена, народы и индивидуумы являются дѣйствующими органами, этическія же цѣли, религія, нравственность, право, наука, искусство, промышленность и торговля—жизненными функціями, въ которыхъ вышеупомянутые органы выражаютъ свой отличительный характеръ и свое особенное жизненное направленіе. Развитіе этихъ органовъ и функцій человѣчества совершается по троякому закону. Прежде всего, всѣ тѣлесныя и умственные задатки образуютъ замкнутое еще неразвитое *единство*, остающееся преобладающимъ долгое время хотя бы уже и началось внутреннее развитіе. При дальнѣйшимъ развитіи появляются *противоположности*, частію вслѣдствіе соприкосновеній различныхъ племенъ и народовъ, частію же изъ особенныхъ, многообразно противоположныхъ, жизненныхъ направленій, усвоиваемыхъ какъ народами, согласно общему духу каждаго изъ нихъ, такъ и различными классами однаго и того же народа, при дѣлающемся необходимымъ раздѣленіи занятій. Эта эпоха противоположностей вызываетъ продолжительную, тяжелую, снова и снова возобновляющуюся борьбу. Но чѣмъ рѣзче дѣлаются противоположности между народами и жизненными направленіями, тѣмъ живѣе становится склонность къ

---

(1) См. философское развитіе этихъ законовъ и періодовъ жизни человѣчества у *Краузе* въ его Lebenslehre und Philosophie der Geschichte, herausgegeben durch v. *Leonhardi* Gottingen. 1843.

примиренію. Склонность эта сначала ведетъ за собою и поддерживаетъ лишь болѣе внѣшнія связи, потомъ стремится къ болѣе внутренному соединенію и наконецъ, руководимая высшею наукою, приводитъ къ убѣжденію, что какъ въ лонѣ каждаго народа различныя жизненныя направленія и органы, выражающія эти направленія, суть взаимно пополняющіяся части и члены, такъ и сами народы призваны, при болѣе тѣсныхъ внутренныхъ соединеніяхъ, къ взаимному пополненію и должны, при болѣе высокой группировкѣ, явиться народнымъ организмомъ, въ которомъ бы каждый народъ преслѣдовалъ всѣ жизненныя направленія, сохраняя свой *преобладающій* основной характеръ. Истинное выполненіе задачи этой послѣдней, органически-гармонической эпохи, долженствующей выработать организующую силу всѣхъ сферъ жизни, правда еще находится въ отдаленномъ будущемъ, однако путь къ ней уже проложенъ въ важнѣйшихъ областяхъ жизни, посредствомъ болѣе высокаго стремленія времени, старающагося истинно примиряющими принципами преодолѣть противоположности и крайности.

2) Между жизненными функціями каждаго народа, *право* имѣетъ преимущественное практическое значеніе, но оно есть лишь *особенная* сторона народной жизни, лишь *членъ* его цѣлаго этическаго организма. Потому на право, въ его историческомъ развитіи, слѣдуетъ смотрѣть съ двоякой точки зрѣнія; прежде всего его слѣдуетъ признать за *органическую* составную часть всей народной жизни, отдать ему должное и развивать далѣе, такъ какъ и оно слѣдуетъ общимъ законамъ развитія, подвергается всѣмъ существеннымъ вліяніямъ, вредно или благотворно дѣйствующимъ на всю народную жизнь и отражаетъ въ правовомъ порядкѣ всѣ основныя силы, наклонности, преобладающія жизненныя воззрѣнія и направленія, словомъ весь характеръ и темпераментъ народа. Съ другой стороны право, какъ *относительно-самостоятельное* отправленіе народной жизни, имѣетъ свое собственное образованіе, проявляется въ особомъ центральномъ органѣ (государствѣ) и можетъ быть преобладающимъ призваніемъ жизни извѣстнаго народа; оно въ своихъ государственныхъ органахъ можетъ находиться въ противорѣчіи съ народной жизнью, нравами, нуждами и потребностями жизни; оно (т. е. право) можетъ остаться назади ихъ, можетъ и предъупредить ихъ, но оба послѣднія обстоятельства ведутъ за собою общественные кризисы. Потому главнѣйшая задача состоитъ въ томъ, чтобы распознать и опредѣлить вообще и въ каждую эпоху правильныя отношенія *взаимодѣйствія* между *правомъ* и всею *этической жизнью народа*.

3. Точно также какъ право, должно разсматривать и государство, какъ правовой организмъ общества. Хотя часто государство отождествляется съ обществомъ, но это противорѣчитъ его идеи и исторіи. Государство имѣетъ своею цѣлію только предоставить свободной дѣятельности личности и обществамъ—, образующимся и основаннымъ съ цѣлью религіи, науки, искуства, воспитанія, промышленности и торговли, всѣ возможныя условія для достиженія всѣхъ существенныхъ цѣлей жизни, не предоставляя достиженіе этихъ цѣлей самому себѣ. Однако вслѣдствіе взаимнаго вліянія между государствомъ и всѣми областями общественнаго развитія, государственная власть имѣетъ возможность дать дѣятельности общества извѣстныя отношенія, установляя ихъ и давая имъ возможность, или, болѣе развиться, или неразвиться вовсе. Но такъ какъ вліяніе цѣлаго на часть гораздо сильнѣе, нежели наоборотъ, то и государственная дѣятельность получаетъ особое направленіе, зависящее отъ цѣлаго характера народа, отъ болѣе высокихъ, или низшихъ жизненныхъ силъ, въ немъ дѣйствующихъ,—отъ болѣе или менѣе обширной цѣли, которую предназначено ему осуществить. Право и государство преимущественно суть формы, которыя наполняются и преобразуются этическимъ содержаніемъ народной жизни. Если содержаніе народной жизни не заключаетъ въ себѣ никакихъ высокихъ стремленій и цѣлей, то исторія предназначаетъ такому народу непродолжительное существованіе. Недолго существовали торговые и

промышленные народы, какъ напр. Карфагеняне, Финикійцы и т. п; еще короче было существованіе ордъ воинственныхъ номадовъ. Между тѣмъ какъ тѣ народы древности, которые хлопотали о высшихъ человѣческихъ интересахъ, славные наукой или искуствомъ, какъ Индейцы, Евреи, Греки,—были ли они вытѣснены съ первоначальныхъ мѣстъ ихъ жительства, смѣшались ли они съ другими національностями, не смотря на все это, народы эти имѣли продолжительное вліяніе на цивилизацію человѣчества. Особенно достойно замѣчанія, что древній Рамскій народъ, собственно народъ правовой и государственной жизни, (хотя эта исключительно внѣшняя формальная цѣль жизни и была причиной его паденія), былъ предопредѣленъ сотворить обширнѣйшія формулы правовыхъ отношеній, въ которыхъ быстро должны были развиться болѣе высшія начала жизни, данныя христіанствомъ, что дало народамъ, соединеннымъ въ Римской имперіи, новое содержаніе жизни. Христіанство, народамъ его принявшимъ, даровало вѣчныя, несокрушимыя начала, вслѣдствіе которыхъ никакъ нельзя допустить той аналогіи, что и христіанскіе народы могутъ когда либо одряхлеть подобно народамъ древности. Но государственный и правовой порядокъ этихъ народовъ можетъ болѣе или менѣе уклоняться, удаляться отъ этическаго содержанія жизни, въ немъ можетъ преобладать внѣшнее, формальное направленіе. Эта опасность угрожаетъ въ большей степени тѣмъ народамъ, которые непосредственной, преобладающей своей цѣлью сдѣлали право и государственный порядокъ; — и такъ какъ въ новое время почти всѣ Европейскіе народы заняты этой идеей, потому что государственный порядокъ во многомъ отсталъ отъ жизни и требованій общества, то направленіе всей духовной жизни Европы преимущественно сдѣлалось внѣшнимъ, формальнымъ, которое въ новыхъ политическихъ и правовыхъ формахъ видитъ средство для исцѣленія общественныхъ язвъ, и посредствомъ новыхъ формъ надѣется получить новое содержаніе, жизни. Но для каждой ступени образованія народа правовыя и политическія формы опредѣляются и укрѣпляются этическимъ содержаніемъ его жизни; — потому крайне ошибочно придавать формамъ самостоятельное значеніе, и только въ нихъ видѣть ручательство за постоянство и крѣпость общественнаго порядка. Формы всегда оказывались неустойчивыми, когда онѣ не соотвѣтсвовали всему этическому содержанію народной жизни, когда онѣ не примѣнялись ковсѣмъ существующимъ духовнымъ, нравственнымъ, матеріально-экономическимъ и правовымъ отношеніямъ. Потому новое время должно отбросить формальное направленіе; новое время напротивъ должно служить тому, чтобы проложить путь болѣе высшей истинѣ, именно, — *что всякой правовой и государственный порядокъ получаетъ свое содержаніе, крѣпость, направленіе и цѣль отъ силъ народа, которыя дѣйствуютъ для этическихъ благъ жизни и съ которыми государственный и правовой порядокъ долженъ сообразоваться и соотвѣтствовать;*—что воздѣйствіе права и государство должно собственно состоять лишъ въ томъ, чтобы уэтановить, точнѣе опредѣлить и привести въ болѣе ясное сознаніе этическія отношенія, выработанныя народной жизнью; и чтобы посредствомъ формъ, опредѣленныхъ условіями жизни, облегчить совокупное развитіе жизни и споспѣшествовать ему.

4) Право и государство не есть только этическій, но и *этническій* порядокъ, т. е. такой, въ отправленіяхъ и органахъ котораго отражается характеръ или геній народа. Человѣчество развѣтвляется, нисхода до индивидуума, на различные члены, между которыми *національности* и еще болѣе *расы* придаютъ правовой и государственной жизни народа свои существенные оттѣнки. Изъ дальнѣйшаго разчлененія расъ возникаютъ большія національности, характеризуемыя геніемъ, который не находится въ зависимости отъ однихъ внѣшнихъ, климатическихъ условій, но кажется прирожденной способностью, даромъ, предназначеннымъ народу свыше провидѣніемъ, даромъ, помощью котораго народъ исполняетъ свое призваніе въ исторіи. Этотъ народный характеръ долженъ отразиться также

и въ формахъ публичнаго и частнаго права, но онъ вмѣстѣ съ тѣмъ, равно какъ и характеръ каждой отдѣльной личности можетъ измѣниться и усовершенствоваться подъ вліяніемъ высшихъ нравственныхъ началъ.

Что касается до самихъ *расъ* (2), то ихъ основаніе, происхожденіе и число досихъ поръ еще научно не установлено, несмотря на важныя данныя, которыя представила въ послѣднее время, въ этомъ отношеніи сравнительная физіологія, а еще болѣе и надежнѣе сравнительная филологія. Огромная разница расъ въ способности и силѣ вырабатывать себѣ государственныя и юридическія начала и огромная разница въ воспріимчивости къ болѣе высокимъ и законченнымъ формамъ государственной жизни очевидна. Но, при разсматриваніи различій, существующихъ въ расахъ должно стараться избѣгнуть двухъ ошибокъ: вопервыхъ не должно думать, что всѣ расы сами посебѣ, искони вѣковъ одинаково воспріимчивы и одинаково способны къ политически-правовому развитію; во вторыхъ не должно принимать различія расъ за рѣзкія противоположности человѣческой природы и чѣловѣческаго духа, — и, такимъ образомъ ставить свободному нравственному развитію каждой отдѣльной расы рѣзкія границы (3). Три расы съ болѣе рѣзкими очертаніями—*длинноликая* (преимущественно негры), *широколицая* (преимущественно монголы) и *овально лицая* (такъ называемая кавказская) не могутъ быть разсматриваемы, въ особенности по своимъ духовнымъ способностямъ, какъ три коренныя, первоначальныя племени, равно способныя, одаренныя относительно равными преимуществами,

---

(2) У насъ есть очень хорошее сочиненіе о расахъ вообще, *Пришара* «Researches etc.» переведенное на нѣмецкій языкъ *Вагнеромъ* подъ заглавіемъ «Naturgeschichte des menschlichen Geschlechts» Göttingen 1840—1842. Сочиненіе содержитъ въ себѣ множество историческихъ данныхъ, не касаясь политически—правовой стороны предмета; кромѣ того принятое раздѣленіе расъ лишено прочнаго основанія. Онъ насчитываетъ семь слѣдующихъ расъ по (формѣ) виду черепа и (тѣлу) строенію корпуса. 1) Кавказскую, 2) Монгольскую, 3) Американскую, 4) Готтентотскую, 5) Негритянскую, 6) Папуасскую, 7) Австралійскую и Алфурскую; кромѣ того есть народы, которые не могутъ быть причислены ни къ одному изъ упомянутыхъ семи классовъ, но по своему строенію черепа и тѣла, приближаются то къ той, то къ другой расѣ. *Блуменбахъ* насчитываетъ, какъ извѣстно, пять расъ (Кавказскую, Монгольскую, Эфіопскую, Американскую и Малайскую), принимая ихъ всѣ за разновидности одной Кавказской расы, какъ коренной. Мы, основываясь на изслѣдованіяхъ *Кювье*, *Гейзингера* и другихъ, считаемъ три расы, но съ той оговоркой, что въ каждой отдѣльной большой части свѣта (Азіи, Африкѣ, Америкѣ и даже Австраліи) онѣ имѣютъ свои *отличительныя* особенности. См. объ этомъ также у *Бурмейстера* въ его «Geschichte der Schöpfung», 5-te Aufl. 1852.

(3) Вопросъ о расахъ и національностяхъ, разсмотрѣный съ политически правовой стороны, см. въ моей «Rechtsphilosophie», S. 377, и, еще подробнѣе, въ моемъ «organische Staatslhre,» S. 200—220. самое новое, анонимное (*Фольграфа*?) сочиненіе объ этомъ предметѣ «Erster wersuch einer wissenschaftlichen Begründung sowohl der allgemeinen Ethnologie durh die Antropologie, sowie auch der Staats-und Rechtsphilosophie durh die Ethnologie;» in drei Theilen Marburg 1853—1854.) Это сочиненіе замѣчательно по богатству фактовъ изъ исторіи культуръ, но система автора ложна въ основаніи и часто находится въ противорѣчіи съ историческими данными. Принимая расы за рѣзкія противоположности человѣческой природы и человѣческаго духа; и, считая всякое смѣшеніе четырехъ расъ между собою (очень одностороннее дѣленіе расъ по четыремъ темпераментамъ) пагубнымъ для человѣчества, онъ приходитъ наконецъ къ малоутѣшительному выводу (Bd. 2-te, S. 964), что родъ человѣческій, такимъ образомъ, *есть ничто иное, какъ колоссальное поле развалинъ*. Это сочиненіе доказываетъ только куда можетъ зайдти наука, которая забывая старое «mens agitat molem», выпускаетъ вовсе изъ виду преобразовывающее и обновляющее вліяніе духовныхъ, религіозныхъ и нравственныхъ силъ въ жизни народовъ. Ибо предположеніе о преходящемъ существованіи всѣхъ народовъ, выведенное изъ судьбы народовъ древности, опровергается уже тѣмъ фактомъ, что еще досихъ поръ не погибъ ни одинъ народъ, исповѣдующій христіанскую религію; слѣдовательно въ христіанствѣ должно же лежать начало болѣе могущественное, нежели законы, проявляющіяся въ физической жизни.

но ихъ должно считать за три различныя ступени въ жизни человѣчества. Такъ въ племенахъ, принадлежащихъ кавказской расѣ (Индейцевъ, Персовъ Грековъ, Римлянъ, Германцевъ, Славянъ и проч.) *духъ разума* произвелъ и будетъ производить драгоцѣннѣйшія и благороднѣйшіе плоды гуманности, и эта раса отличается относительно совершеннѣйшими государственными учрежденіями. Между тѣмъ какъ лучшіе представители широколицей расы — Китайцы до сихъ поръ чужды возвышеннаго, идеальнаго развитія и обозначились въ религіи, наукѣ, искусствѣ и государственной жизни только *разсудочнымъ* направленіемъ. Въ большей же части извѣсныхъ племенъ негровъ кажется преобладаетъ *чувственность*, потому они, рабы низкихъ пожеланій, похотей и страстей, — и сами впали въ рабство, а государственная жизнь немогла развиться даже и въ лучшихъ племенахъ этой расы. Но эти ступени расъ не суть постоянные, историческіе типы. Исторія, въ своемъ волнообразнымъ распространеніи образованія перемѣшала всѣ народы и расы и образовала изъ этихъ различныхъ элементовъ, словно въ тиміи, смѣси разнообразнѣйшихъ качествъ. Правда эти смѣшенія, вслѣдствіе различныхъ одинъ задругимъ слѣдующихъ наплывовъ народовъ, происходили большей частью, сколько намъ извѣстно изъ исторіи, между племенами Кавказской расы, и такимъ образомъ появились переходы и различные оттѣнки этихъ народовъ, что имѣло слѣдствіемъ не ослабленіе, а укрѣпленіе послѣднихъ, доказательствомъ чего могутъ служить Англичане, какъ народъ, происшедшій изъ смѣшенія различныхъ національностей. Но если принять въ соображеніе, что образованіе теперь идетъ обратно на востокъ и что оно едва коснулось земель, обитаемыхъ широколицей (монгольской) расой; если обратить вниманіе на то, что цѣлая часть свѣта, населенная преимущественно неграми, Африка совершенно чужда Европейскаго образованія, между тѣмъ какъ горная возвышенность ея обитаема, кажется, многими большими племенами, способными къ развитію; — то предположеніе начинаетъ оправдываться, что еще будущности суждено рѣшить обширнѣйшую и труднѣйшую задачу, а именно: по смѣшеніи племенъ одной и тойже расы, сблизить и соединить духовно и тѣлесно главныя расы между собою задача, которая приводится въ исполненіе путемъ распространенія духовнаго и нравственнаго образованія, въ мощи и силѣ котораго нельзя сомнѣваться. Какъ вообще человѣкъ призванъ господствовать надъ силами природы, стихіями и внѣшними вліяніями силою своего духа, такъ въ особенности онъ способенъ къ этому, когда эти начала проявляются въ его собственной физической организаціи. И на тѣсное сліяніе расъ, посредствомъ развитія низшей въ болѣе совершенную указываетъ — съ одной стороны—высшее единство природы, которое признавая *одинъ родъ людей* (Species) дѣлаетъ производительнымъ смѣшеніе всѣхъ расъ; — съ другой же высшее единство разума всѣхъ людей, которое, посредствомъ оживляющаго вліянія образованныхъ племенъ, дѣлаетъ способными къ воспріятію развитія и введенію политически—правоваго порядка племена низшей расы, даже еслибы она несмѣшалась съ другими болѣе развитыми народами. Кромѣ того, замѣчается отрадный фактъ, что грубыя племена Монгольской и Негритянской расъ вообще малочислены, какъ то доказываетъ сравненіе кочующихъ племенъ Монголовъ съ главными представителями этой расы — Китайцами; тоже самое вѣроятно подтвердитъ въ послѣдствіи сравненіе осѣдлыхъ народовъ внутренней Африки съ собственно неграми. Такимъ образомъ облагораживающее сліяніе расъ между собою еще болѣе облегчится. Но если и есть племена вовсе неспособныя къ какому то нибыло развитію, то они должны изчезнуть съ появленіемъ образованности, чему служитъ примѣромъ Америка, гдѣ племена Индейцевъ теперьуже большей частью вымерли (4). Но такія бы смѣшенія непроисходили между народами и ро-

---

(4) Королевство *Гаити*, которое подавало прежде такія блестящія надежды и гдѣ мы, къ сожалѣнію, видитъ теперь быстрый упадокъ и возвращеніе негровъ къ прежней дикости и

сами все таки останется господствующимъ одинъ опредѣленный типъ, какъ основной элементъ смѣшенія. Какъ бы не смѣшались между собой большія національности, онѣ никогда не расплывутся въ безформенную массу, гдѣ бы ужь нельзя было прослѣдить разчлененія человѣчества,—онѣ напротивъ того всегда удержатъ свою особенность, которая выразится въ понятіяхъ религіозныхъ, въ наукѣ, искусствѣ, правѣ и наконецъ въ языкѣ, какъ выраженіи всей духовной и физической жизни, несмотря даже на то, что этому уравненію и обобщенію племенъ суждено въ сущности дѣлать все большіе и большіе успѣхи. Что касается до внѣшнихъ вліяній природы и въ особенности до климатическихъ условій, которымъ прежде, по примѣру *Монтескье*, приписывали уже черезъ чуръ большое значеніе, то должно замѣтить, что между характеромъ народовъ и характеромъ природы обитаемыхъ ими земель существуетъ несомнѣнная внутренная связь, нѣкотораго рода гармонія, потому что всѣ народы вообще, какъ будто по инстинкту выбрали себѣ такія мѣста жительства, которыя соотвѣтствовали ихъ общему характеру (5). Однако, это взаимодѣйствіе природы на человѣка и обратно, всегда совершается большею частью такимъ образомъ, что человѣкъ подчиняетъ себѣ страну, а не страна человѣка.

5) Въ правовомъ и государственномъ развитіи народовъ замѣчается, какъ и во всемъ человѣческомъ развитіи, слѣдующаго рода законъ *послѣдовательности*. Хотя и дѣлаются успѣхи въ образованіи и болѣе высокія идеи обозначаютъ новую эпоху, даже новые народы являются представителями этихъ идей, тѣмъ не менѣе, когда первый самостоятельный шагъ уже сдѣланъ, новое звено цѣпи цивилизаціи соединяется съ однимъ или многими старыми звенами, происходитъ процессъ сліянія новаго съ старымъ и прежде добытыя блага жизни служатъ, вмѣстѣ съ новыми, основаніемъ къ дальнѣйшему развитію. Высшее единство человѣчества и народовъ доказывается слѣдовательно еще и тѣмъ, что драгоцѣнный капиталъ, пріобрѣтенный какимъ нибудь народомъ не теряется, если даже этотъ народъ и сойдетъ со сцены міра, но остается какъ наслѣдство другому послѣдующему народу, облегчая послѣднему самостоятельное, дальнѣйшее развитіе и увеличеніе наслѣдственнаго капитала. Съ успѣхами исторіи этотъ процессъ ассимиляціи дѣлается все богаче и обширнѣе. Новые же народы получили разомъ, черезъ принятіе христіанства, объявшаго все человѣчество, способность и любовь ко всему человѣческому, какъ бы и гдѣ бы оно не проявлялось, такъ что именно въ наше время происходитъ духовное возрожденіе всѣхъ образованныхъ народовъ, и какъ прежде Греческая и Римская литература, такъ теперь литература Восточная имѣетъ значительное вліяніе на наше образованіе. Кромѣ того даровитые народы обнаруживали всегда большую способность въ усвоеніи себѣ чужаго, при чемъ они чаще другихъ подвергались опасной бездѣятельности собственныхъ творческихъ силъ.

суевѣрію, не можетъ служить доказательствомъ неспособности негра вообще къ нравственому и политическому развитію. Ибо съ одной стороны, должно обратить вниманіе, какъ уже выше замѣчено, на то, что негры эти на берегахъ Африки принадлежали къ наименѣе развитымъ племенамъ этой расы; съ другой стороны, не должно забывать, что они до этаго времени были рабами,—и ихъ господа-христіане едва успѣли внушить имъ только нѣкоторые христіанскіе догматы, которые они по этому такъ легко снова промѣняли на свою прежнюю, языческую, суевѣрную религію. Республика *Либеріа* на Африканскомъ берегу подаетъ теперь опять надежды на усовершенствованіе; тѣмъ неменѣе всѣ попытки ввести тамъ прочный государственный и нравственный порядокъ останутся тщетными, пока этотъ воспитанникъ Европейской культуры (ибо иначе нельзя смотрѣть на племя Негровъ) будетъ чуждъ прочнаго человѣческаго образованія.

(5) См. объ этомъ подробнѣе въ моемъ «organische Staatslehre» S. 294 u. flg.

Въ процессѣ усвоенія важнѣйшихъ элементовъ жизни, къ которымъ принадлежитъ и право можно различить двѣ эпохи, за которыми слѣдуетъ еще высшая третья и послѣдняя. Въ первую эпоху, чужой культурный элементъ принимается только *внѣшнимъ* образомъ, механически, путемъ подражанія и сопоставленія, когда въ туземной культурѣ это начало уже существуетъ. Вслѣдъ за тѣмъ начинается взаймодѣйствіе различныхъ жизненныхъ началъ: чужое начало, принятое сперва какъ благодѣяніе, соотвѣтствуя непосредственнымъ потребностямъ или новому духовному направленію, разсматривается, при дальнѣйшемъ развитіи, въ своемъ отличіи и *противоположности* къ началу туземному и можетъ вызвать борьбу партій между приверженцами стараго и новаго. Наконецъ должно образоваться сознаніе, что съ одной стороны чужое начало на самомъ дѣлѣ воспринимается не только внѣшнимъ образомъ, но что оно также, хотя и безсознательно, измѣняется подъ вліяніемъ народнаго духа и отъ соприкосновенія съ туземными условіями, и что только въ такомъ измѣненномъ видѣ оно получаетъ право на существованіе. Съ другой стороны становится ясно, что вслѣдствіе разработки чужаго и туземнаго начала, посредствомъ изслѣдованія ихъ различія и взаимно-дополняющаго характера, окрѣпнувшій научный и національный духъ народа долженъ новымъ пересозданіемъ даже и наружно уничтожить всякую тѣнь различія обоихъ элементовъ и такимъ образомъ проложить народному развитію болѣе торный путь.

Эти три эпохи, отразившіяся на всѣхъ существенныхъ сферахъ жизни, философіи, наукѣ, искусствѣ и литературѣ, гдѣ только происходили подобныя соединенія различныхъ элементовъ образованія народовъ, проявлялись также и въ развитіи права и государства. Особенно эти эпохи можно прослѣдить, въ новое время, въ развитіи Римскаго и Германскаго права. Римское право, возродившееся въ концѣ среднихъ вѣковъ вмѣстѣ съ возникновеніемъ новаго направленія, какъ въ философіи такъ и религіи, придало существенное значеніе *личности* и *субъективной свободѣ* въ правовыхъ отношеніяхъ; оно быстро распространилось въ Германіи, но тѣмъ неменѣе въ продолженіи многихъ столѣтій понималось исключительно только внѣшнимъ образомъ и производило лишь внѣшнія преобразованія въ туземныхъ отношеніяхъ, (какъ usus modernus pandectarum). Только въ новѣйшее время посредствомъ глубокаго историческаго изслѣдованія римскаго и германскаго права въ ихъ сущности и институтахъ, была распознана *противоположность* обѣихъ правъ, такъ что до этаго времени историческая школа часто весьма непріязненно дѣлилась на Римско-правовую и Германско-правовую. Эту противоположность нельзя уничтожить, но должно прежде всего возвратиться къ истинно *философско-историческому* изслѣдованію *основныхъ понятій* обѣихъ системъ права, чтобы потомъ наконецъ вполнѣ соединить въ *новомъ законодательствѣ философско-правовую*, *историческую* и непосредственно *практическую* стороны науки права, и только тогда народный геній исполняетъ свое высокое назначеніе въ ассимиляціи чужихъ элементовъ культуры, когда послѣдніе не напоминаютъ уже болѣе о своемъ чужеземномъ происхожденіи и не находятся въ противоположности съ туземнымъ, и когда сила научнаго и національнаго духа, хотя съ помощью чужихъ началъ, достигнетъ также высшаго формальнаго единства въ правѣ и законодательствѣ. Такимъ образомъ посредствомъ передачи, принятія и усвоенія сохраняется послѣдовательность въ народномъ развитіи, но съ тѣмъ однако ограниченіемъ, что ни одинъ народъ и ни одна эпоха не могутъ господствовать надъ другими народами или временами своими выработанными элементами культуры (6).

---

(6) *Савиньи* «System des heut. röm. Rechts», Bd. 8., S. 534, говоритъ: "Мы никакъ не можемъ согласиться съ тѣмъ, чтобы какая нибудь эпоха могла господствовать надъ будущими временами, или удерживать ихъ отъ дальнѣйшаго развитія, своимъ право-

ГЛАВА II.

ИДЕЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА, РАЗСМАТРИВАЕМАЯ САМА ПО СЕБѢ ВЪ ЕЯ ВНУТРЕННОМЪ ИСТОРИЧЕСКОМЪ РАЗВИТІИ.

§ 1) *Предварительное замѣчаніе.*

Прежнія отвлеченныя философскія теоріи права и историческая школа противоположно понимаютъ право и этотъ различный взглядъ выказываетъ существенную недостаточность пониманія права и той и другой стороны. Отвлеченные теоретики, руководясь извѣстнымъ формальнымъ принципомъ, хотятъ втиснуть въ послѣдній, какъ въ рамку, всѣ времена и народы, и не могутъ никакъ понять, что живое развитіе права и государства, есть развитіе естественное и что вслѣдствіе этаго каждая ступень культуры должна имѣть свое собственное право. Но, между тѣмъ какъ отвлеченныя теоріи отдаляются отъ исторіи и дѣйствительной жизни, историческая школа тоже не можетъ выработать себѣ настоящаго понятія о правѣ. Правда, она представляетъ нѣсколько важныхъ моментовъ историческаго развитія, но не поясняетъ внутренняго, живаго начала и не указываетъ вовсе на направленіе и цѣль этаго развитія, и такимъ образомъ представляетъ новое доказательство того, что исторія необъясняется сама собой, но должна быть разъяснена яснымъ пониманіемъ человѣческихъ началъ, движущихъ жизнь. Поэтому въ новѣйшее время и замѣчается сближеніе этой школы съ философіей, равно какъ съ другой стороны, чувствуется потребность историческаго

сознаніемъ". Тоже самое должно сказать и о вліяніи права, выработаннаго Римскимъ народомъ, что историческая школа весьма часто упускала изъ виду. Въ другомъ мѣстѣ, *Савиньи* точно также удержался отъ ложнаго пониманія историческаго взгляда на право, онъ говоритъ: "Взглядъ исторической школы на право совершенно искажается тѣми, которые думаютъ, что она ставитъ древнее правовое устройство выше всего и хочетъ сдѣлать его господствующимъ надъ настоящимъ и будущимъ. Она вполнѣ признаетъ въ сущности значеніе и самостоятельность каждой эпохи и только обращаетъ особенное вниманіе на живую связь, существующую между настоящимъ и прошедшимъ, безъ яснаго пониманія которой мы не можемъ имѣть вѣрнаго взгляда на сущность правоваго устройства настоящаго времени". Съ этимъ взглядомъ—о необходимости найти историческую связь между прошедшимъ и настоящимъ, будетъ согласна и истинно-философская школа, но вмѣстѣ съ тѣмъ не должно забывать, что *сущность* познается не однимъ историческимъ путемъ, но и изъ философско-правовыхъ понятій.

основанія въ философіи; однако высшее примиреніе въ наукѣ философіи и исторіи пока не совершилось. Наша теорія права удовлетворяетъ болѣе другихъ, какъ философскому требованію идеальнаго принципа, такъ и историческому, указывая на живую историческую сторону, какъ на истинно примиряющій моментъ полнаго понятія права. Потому что право, какъ порядокъ, осуществляемый человѣческой свободой, или регулированіе жизненныхъ отношеній, въ зависимости отъ различныхъ условій, есть вообще начало, данное намъ самой жизнью. Но такъ жизнь, неизмѣняемая въ своихъ началахъ и своей силѣ, развивается по извѣстнымъ законамъ, точно также развивается и принципъ права все полнѣе и полнѣе въ исторіи, такъ что нѣтъ ни одной эпохи, ни однаго человѣческаго общества, гдѣ бы этаго принципа несуществовало. Но при различныхъ условіяхъ и принципъ права развивается различно, во всякомъ же случаѣ онъ ясно отражаетъ на себѣ жизненное направленіе народа. Идея права, выведенная изъ идеи человѣчества, есть по своему понятію существенное начало жизни и развитія, объусловливаетъ всѣ жизненныя отношенія, которыя снова своимъ дальнѣйшимъ развитіемъ и преобразованіемъ вызываютъ усовершенствованіе права.

§ 2) *Возникновеніе права* (1),

Возникновеніе права въ исторіи должно быть объяснено посредствомъ жизненности понятія права. Историческая школа утверждаетъ, что происхожденіе права теряется во мракѣ неизвѣстности, равно какъ и всѣ начала человѣческаго развитія, въ особенности языкъ, съ которымъ право въ своемъ развитіи имѣетъ много общаго (2). Вообще начало права, языка и нравовъ можно полагать въ народномъ

---

(1) Недавно вышла книга *Ленца*, «Über die geschichtliche Entstehung des Rechts» Leipzig, 1854, написанная съ непомѣрнымъ чувствомъ собственнаго достоинства, но довольно остроумно. Авторъ, опираясь на нѣкоторыя основныя начала *Гегеля*, жестоко ратуетъ противъ исторической школы, хотя онъ и ея единомышленникъ (единомышленники вѣдь часто находятся въ жесточайшей борьбѣ другъ съ другомъ), и старается провести взглядъ отъ котораго историческая школа все болѣе и болѣе удаляется, сознавая его ложное основаніе. *Ленцъ* хочетъ доказать, что право, какъ нѣчто отвлеченное, могло выработаться только народомъ, который, какъ *Римскій, собственно былъ не народъ*, а «confluvies omnium gentium» и что *римское право* есть право *абсолютное*, могущее и въ наше время представить достаточно данныхъ для правильнаго построенія всемірнаго права. „*Римское право*“ говоритъ Ленцъ, „потому можетъ удовлетворить этимъ требованіямъ, что оно, *какъ право свободы, само есть выраженіе свободы*,—и либералы сами незнали, чего хотѣли, удаляясь отъ этаго права„. Ленцъ собственно высказалъ, какъ *абсолютное*, только то, что уже до него было изслѣдовано и найдено въ римскомъ правѣ *Иерингомъ* (Geist des römischen Rechts, » 1852),-именно: принципъ *субъективности, личности, свободы* и *эгоизма*. Но вмѣстѣ съ тѣмъ Ленцъ доказалъ, что онъ не имѣетъ ровно никакаго понятія объ относительной сущности права и о тѣсной связи послѣдняго съ *нравственностью* и всѣми *жизненными отношеніями*, основанными на обычаяхъ и способныхъ къ дальнѣйшему усовершенствованію и преобразованію. Вмѣстѣ съ тѣмъ это сочиненіе доказываетъ, куда ведетъ черезъ чуръ односторонее занятіе римскимъ правомъ и пренебреженіе глубокими и основными философско-правовыми изслѣдованіями. Потому неудивительно, если сочиненіе *Ленца*, которое историческая школа можетъ упрекнуть только въ преувеличеніи, но не въ ложности принциповъ, вслѣдствіе того, что это сочиненіе не взыскательно относительно точнаго и методическаго изученія философіи, можетъ пріобрѣсти сочувствіе и существенно содѣйствовать къ уничтоженію въ юношествѣ всѣхъ высшихъ понятій о правѣ. О преимуществахъ и недостаткахъ римскаго права будетъ болѣе подробно говорено далѣе, „въ исторіи римскаго права“.

(2) Собственно говоря только не ясное пониманіе основанія права заставляетъ историческую школу искать возникновеніе его во мракѣ неизвѣстности. Понятіями „*народный духъ*“, „*народное сознаніе*“, „*народное убѣжденіе*“ и тому подобными избитыми выраженіями, неуясняется ни сущность права, ни его происхожденіе. Этими понятіями не мало зло-

духѣ, присущемъ каждой индивидуальности и безсознательно въ ней дѣйствующемъ. Но какъ не важно то, что право, какъ отдѣльная сторона и отправленіе народной жизни, находится въ органической связи со всѣми другими проявленіями жизни и имѣетъ одинъ общій источникъ въ духѣ, характерѣ и во всемъ направленіи жизни народа, — тѣмъ не менѣе этимъ указывается лишь (и притомъ *вообще*) *субъективное* происхожденіе права. Не менѣе важно уясненіе особеннаго инстинкта, чувства или стремленія, которыя суть ближайшіе стимулы къ установленію права; нѣкоторыя теоріи этотъ инстиктъ называли стремленіемъ къ общежитію (Гроцій); другія — видѣли въ немъ нѣчто среднее между эгоизмомъ и благоволеніемъ (Варнкёнигъ). Но эти субъективныя объясненія, относительно возникновенія права, далеко неудовлетворительны; возникновеніе права должно объяснить еще объективно, жизненными отношеніями, которыя имъ опредѣляются. Въ слѣдствіе своего преимущественно объективнаго характера, право и по своему происхожденію вовсе не теряется во мракѣ неизвѣстности, какъ полагаетъ историческая школа. Другіе начатки человѣческой культуры, имѣющія характеръ болѣе внутренній, какъ напр., религія, наука, изящное искусство и языкъ, могутъ быть объяснены только духовной жизнью народа, но возникновеніе права, по своей сущности, замѣтно также и внѣшнимъ образомъ. Гдѣ только сойдутся

употребляла историческая школа, и обманывала сама себя, думая выразить ими болѣе высшее и глубокое созерцаніе права; она играла ими, какъ школа Гегеля своей теоріей понятія и сознанія. Но между тѣмъ, какъ школа Гегеля стремилась, посредствомъ развитія понятія, пополнить сознаніе субстанціальнымъ содержаніемъ, историческая школа удовольствовалась одной общей, пустой рамкой сознанія или народнаго сознанія, которое само по себѣ не можетъ считаться критеріумомъ истины добра и права. Но вслѣдствіе исключительнаго признанія только субъективнаго элемента права, сознанія, произошло то, что *Пухта*, чувствуя потребность болѣе глубокаго философскаго основанія, почти совершенно удалился на субъективную точку зрѣнія теоріи воли, но въ основаніи и развитіи, далеко отсталъ отъ своихъ предшественниковъ *Канта*, *Фихте* и ихъ знаменитыхъ послѣдователей. Въ самомъ дѣлѣ, въ первомъ томѣ своей "Энциклопедіи„ и въ «Cursus der Institutionen», *Пухта* хотя и представляетъ теорію права, но она теряется въ общихъ мѣстахъ, а потому нисколько необъясняетъ ни понятія права, ни его происхоженія, ни преобразованія. Притомъ *Пухта* совершенно игнорируетъ "разумомъ„, потому его теорія воли и свободы еще менѣе соотвѣтствуетъ требованіямъ, которыя поставляетъ разумъ въ формальномъ и матеріальномъ отношеніи. Замѣчательнѣйшіе тезисы *Пухты* суть слѣдующіе: "Основное понятіе права есть свобода. Изъ этаго (?) слѣдуетъ, что изъ понятія разума нельзя дойти до права„.—"Посредствомъ свободы человѣкъ дѣлается субъектомъ права. Его свобода есть основаніе права, всѣ юридическія отношенія проистекаютъ изъ нея„.—"Право есть признаніе свободы и относится равно ко всякому человѣку, какъ субъекту силы воли. Матерію и содержаніе почерпаетъ право изъ *стремленія* человѣка относиться ко всему, внѣ его сущему. Задача его—приложить къ отношеніямъ, происходящимъ изъ этаго стремленія, принципъ *равенства*„.—Потомъ далѣе, во второй главѣ, говоритъ *Пухта* о возникновеніи права: "Существованіе права, объусловливающаго и устроивающаго отношенія людей, основывается на сознаніи человѣкомъ правовой свободы. Это сознаніе имѣетъ человѣкъ отъ Бога; право есть порядокъ, установленный Богомъ и сознаваемый человѣкомъ„.—"Право сознается отчасти сверхъ естественнымъ путемъ, посредствомъ откровенія,—отчасти путемъ естественнымъ посредствомъ прирожденнаго человѣческому духу чувства и стремленія. Мы будемъ имѣть дѣло съ происхожденіемъ права путемъ естественнымъ, причемъ истинный творецъ права скроется (?), и право представится намъ твореніемъ человѣческаго духа; при дальнѣйшемъ же развитіи и разработкѣ, оно, на самомъ дѣлѣ, дѣлается произведеніемъ человѣка„.—Такимъ образомъ *Пухта*, относительно понятія и возникновенія права, принялъ двоякую точку зрѣнія: но ни свобода, отдѣленная отъ разума, несоотвѣтствуетъ первой,—ни сознаніе, производимое отъ Бога,—второй точкѣ зрѣнія. Ни въ идеѣ, ни въ развитіи, нельзя понять право безъ глубокаго изслѣдованія *сущности жизненныхъ отношеній*, которыя хотя и возникаютъ *посредствомъ* свободы и *подъ* вліяніемъ нѣкоторыхъ побужденій, но всегда, съ болѣе или менѣе яснымъ сознаніемъ, *для* разумныхъ цѣлей жизни. Такимъ образомъ представитель исторической школы, блестящій остроуміемъ въ изложеніи положительнаго права, доказалъ только, что для изслѣдованія сущности права требуется болѣе глубокое изученіе философіи права, чѣмъ то, которое бываетъ вполнѣ достаточно для общихъ, субъективныхъ разсужденій.

люди, — будь это въ семействѣ, первой ступени человѣческаго общества, или, въ болѣе обширныхъ союзахъ, напр., какъ кочующіе народы — охотники, вездѣ духъ человѣчности, проявляющійся въ разумномъ инстинктѣ, будетъ чувствовать необходимость установить *условія*, которыя сдѣлалили бы возможнымъ и опредѣляли совмѣстное существованіе. Эти условія будутъ разумѣется различны, смотря по цѣли членовъ союза и по болѣе или менѣе нравственному пониманію и осуществленію этой цѣли. Слѣдовательно, всякое совмѣстное существованіе зависитъ отъ условій, которыя должны быть исполняемы для того, чтобы союзъ могъ продолжать свое существованіе. Такъ въ первобытныхъ семействахъ установляются условія, выведенныя путемъ нравственнаго пониманія совмѣстнаго существованія, вслѣдствіе необходимости духовнаго и тѣлеснаго воспитанія, взаимной помощи и подчиненія общей власти; положеніе каждаго члена, что онъ долженъ дѣлать и чего не долженъ, какія работы и труды онъ обязанъ нести, вытекаютъ изъ условій, которыя бываютъ различны, въ зависимости отъ болѣе или менѣе нравственнаго пониманія членами сущности этаго союза. Сами номады, будь они охотники или пастухи, должны сойдтись относительно условій, при которыхъ могла бы существовать ихъ общая охота или паства. Потому, соотвѣтственно цѣлямъ жизни и ихъ пониманію, установляются условія, и эти послѣднія вездѣ составляютъ правовую сторону союза людей, основаннаго съ извѣстной этической цѣлью. Такъ какъ *семейство*, первая естественная связь людей, сосредоточиваетъ въ себѣ всѣ цѣли жизни и служитъ началомъ дальнѣйшему образованію и видоизмѣненію формъ общественной жисни, то и *историческое начало права* должно искать въ семействѣ, — первоначальное право есть *право семейное*. Съ размноженіемъ семействъ и соединеніемъ людей въ *роды* и *племена*, которые живутъ осѣдло, или ведутъ жизнь кочевую, расширяется и право, получая различные оттѣнки отъ различнаго образа жизни и жизненныхъ отношеній. Потому происхожденіе права, разсматриваемое объективно, просто и ясно, не смотря на то, что побудительныя причины и стремленія, въ которыхъ цѣли отражаются субъективнымъ образомъ, могутъ быть весьма многоразличны, смотря по нравственной природѣ индивидуумовъ. Ближайшими субъективными стимулами къ установленію права могутъ быть съ одной сторсны стремленія къ общежитію, любовь, благоволеніе, взаимное вспомоществованіе и поддержка; съ другой — эгоизмъ, властолюбіе, возможнѣйшее истощеніе всѣхъ членовъ общества, вслѣдствіе возникновеніе какого либо духовнаго или физическаго насилія; правовыя отношенія такимъ образомъ многоразлично измѣняются, но само право не вытекаетъ изъ этихъ стимуловъ и не можетъ быть ими измѣряемо. Напротивъ того масштабъ и руководящая нить права заключаются не въ немъ самомъ, но въ этическихъ цѣляхъ, присущихъ разумному существу человѣка. Потому, *развитіе права* и его *дальнѣйшее усовершенствованіе въ исторіи* должно идти тѣмъ же путемъ, пройдти *тѣже эпохи* и фазы, *какъ и все этическое развитіе человѣка и народовъ*. Слѣдовательно различіе правовыхъ институтовъ у разныхъ племенъ и народовъ зависитъ отъ различныхъ степеней этическаго образованія и отъ преобладающаго этическаго направленія жизни, объусловливаемаго общимъ характеромъ племени или народа. Такъ какъ вообще воля человѣка находится въ зависимости отъ его характера и образованія, такъ и проявленіе воли членовъ союза, при установленіи правовыхъ отношеній, зависитъ отъ привычекъ, договоровъ, законовъ и нравственнаго взгляда на жизнь. Но если иногда случается, что на извѣстной степени образованія, у какого нибудь народа, напр. Римскаго, въ области частнаго права, личной воли человѣка или общества предоставляется почти совершеннѣйшій произволъ, то даже и въ послѣднемъ можно подмѣтить выраженіе нравственнаго развитія. Если дѣло идетъ объ устройствѣ общественныхъ отношеній путемъ закона, то законодатель, будь онъ отдѣльное лице, или цѣлое собраніе, долженъ обращать вниманіе не столько на волю народа, сколько на

степень его образованности и общественную нравственность, и никогда не долженъ упускать изъ виду высшую цѣль усовершенствованія, если онъ хочетъ, чтобы его зданіе было прочно и не привело бы народъ къ нравственному упадку.

§. 3. *Дальнѣйшее развитіе права въ три главные періода.*

Какъ возникновеніе права, такъ и его *дальнѣйшее развитіе* въ исторіи должно быть объясняемо его сущностью, въ зависимости отъ общихъ законовъ развитія цивилизаціи.

Развитіе права, какъ и развитіе всего другаго происходитъ по вышеупомянутымъ, законамъ единства, противоположности и гармоническаго сопоставленія, и дѣлится на три главные періода.

I. *Первый періодъ развитія права.*

Въ первый образовательный періодъ право представляется съ другими существенными элементами жизни, на сколько эти послѣдніе могли развиться, въ тѣсномъ единствѣ; и два начала, — субъективное и объективное — неразличаются еще сознаніемъ и неразвиваются въ своихъ противоположностяхъ. Но такъ какъ высшее единство жизни человѣка дается *религіей* въ понимаемомъ духомъ, личномъ союзѣ съ Богомъ, и такъ какъ начало жизни и образованія человѣчества дѣлается понятнымъ только черезъ Бога и Божественную силу, присущую человѣчеству, и безсознательно въ немъ дѣйствующую, — между тѣмъ какъ противоположное тому объясненіе постепеннаго развитія людей и народовъ изъ грубаго, полудикаго, полуживотнаго состоянія наталкиваетъ на неразрѣшимыя физіологическія и историческія затрудненія, — то при первомъ божественномъ откровеніи духа, созерцанія, чувства и воли проявляется и внутреннее стремленіе и смыслъ осуществленія права подъ вліяніемъ гармоніи всей внутренней жизни и внѣшнихъ отношеній природы. И жизненныя отношенія между членами семействъ, семейными союзами, родами и племенами регулируются внутреннимъ духомъ, въ особенности же тѣмъ отношеніемъ, въ которомъ и вся жизнь находится къ Богу. Субъективное, коренящееся въ духѣ, побужденіе проявляется еще неиспорченнымъ въ чувствѣ необходимости общаго союза, любви и благоволенія; само же правовое положеніе, которымъ регулируются отношенія между родителями и дѣтьми, супругами, братьями и сестрами, равно какъ и племенами, выражается за отсутствіемъ сознательнаго намѣренія—воли, объективно, какъ божественное откровеніе и ученіе, какъ связующее божественное начало, соединяющее жизнь отдѣльныхъ лицъ и указывающее, при соединеніи всѣхъ членовъ вмѣстѣ, каждому его обязанность. Но въ этотъ первый періодъ начала всякой жизни и всякаго образованія, въ различіи духовнаго направленія семействъ и племенъ (будутъ ли они однаго происхожденія или разнаго), находятся уже и первыя семена различія права, различія, выражающагося въ различномъ устройствѣ жизненныхъ отношеній между членами союза, супругами, родителями и ихъ дѣтьми, братьями и сестрами: всѣ эти отношенія понимаются болѣе или менѣе различно, а потому и различно регулируются правомъ. Весь этотъ первый періодъ жизни, характеризующійся преобладающимъ началомъ *единства* и представляющій только *патріархальную семейную жизнь*, мы можемъ понять лишь по общимъ законамъ жизни и то въ глав-

ныхъ чертахъ, потому что онъ весь находится внѣ достовѣрной исторіи и едва нѣкоторыя слѣды его сохранились въ древнѣйшихъ *преданіяхъ* (3).

II. *Второй періодъ развитія права.*

Второй періодъ образованія права и государства совпадаетъ съ большой эпохой развитія человѣчества, эпохой, въ которую вслѣдствіе причинъ духовныхъ и физическихъ, (которыхъ исторически мы не можемъ объяснить, но тѣмъ не менѣе философски должны признать, какъ разумное объясненіе дальнѣйшихъ послѣдствій) основываясь на религіозныхъ преданіяхъ, *разорвалась внутренняя общность жизни* между Богомъ, природою и человѣкомъ,—эта защищающая и охраняющая связь, необходимая для дѣтскаго возраста человѣчества. Человѣчество приняло преимущественно самостоятельное направленіе; но вмѣстѣ съ чувствомъ самостоятельности сталъ овладѣвать всѣми отношеніями отвратительный эгоизмъ. Этотъ эгоизмъ (какая бы ни была причина его возникновенія), сдѣлался преобладающимъ стремленіемъ въ жизни исторіи человѣчества. Эгоизмъ отклонилъ сперва мало-по-малу человѣческій духъ отъ божественнаго, безконечнаго и вѣчнаго и направилъ его къ конечному, временному и чувственному; первоначально единое существо онъ раздробилъ въ многоразличіе предметовъ; поставилъ чувственное явленіе на мѣсто сущности,—и отдѣльныя міровыя силы и силы природы, которыи суть только откровеніе высшей божественной силы, онъ сталъ разсматривать независимо отъ этой высшей связи, олицетворилъ ихъ, и наконецъ сталъ смотрѣть на нихъ, какъ на существа божественныя. Но вмѣстѣ съ исчезновеніемъ въ созерцаніи высшаго единства міра и жизни, единства, которое можно понять только черезъ Бога, выработался *политеизмъ* и чувство единства жизни и общности между людьми должно было все болѣе и болѣе ослабѣвать и притупляться. Ибо по мѣрѣ того, какъ забывается высшее единство *надъ* человѣкомъ, оно исчезаетъ также и *между* людьми.

Эгоизмъ, какъ господствующее начало этаго періода въ его возникновеніи и продолженіи, явствуетъ изъ слѣдующихъ фактовъ

Прежде всего, наружнымъ, видимымъ образомъ проявляется раздробленіе и *раздѣленіе племенъ*, которыя покидаютъ общія мѣста ихъ жительства. Какъ часть наслѣдства, берутъ эти племени съ собой общія религіозныя основныя понятія, которыя, существуя внѣ связи съ жизнью, изъ души переходятъ въ память и сохраняются въ преданіи, какъ воспоминаніе, или вызываютъ, въ болѣе глубокихъ душахъ, какое—то страстное стремленіе, вообще же пріобрѣтаютъ внѣшнія, конечныя формы. Эти племена уносятъ съ собой общіе обычаи и языкъ, которые также, смотря по внутреннему характеру племени, преобразуются вліяніями природы и измѣняются тѣмъ болѣе, чѣмъ слабѣе духовное развитіе племени. Эти племена берутъ съ собой общія правовыя учрежденія; но послѣднія, существенный элементъ которыхъ вообще есть воля, скорѣе всего преобразуются подъ вліяніемъ эгоизма и эгоистическихъ цѣлей, хотя этотъ эгоизмъ и облекается въ религіозную форму и оставляетъ объективную связь между правомъ и религіей.

---

(3) Объ этомъ подробнѣе будетъ говорено въ исторіи права у восточныхъ народовъ. Новыя историческо-философскія сочиненія послѣдователей *Шеллинга* и *Гегеля* впадаютъ въ заблужденіе, признавая также *принципъ единства* всѣхъ сферъ жизни и у *историческихъ* народовъ востока, между тѣмъ какъ эти послѣдніе относятся уже ко второму періоду *противоположности*, — самостоятельнаго развитія. Если единство перваго періода еще насильно удерживается въ первую эпоху втораго періода какъ внѣшняя, всѣ духовныя, нравственныя и политически-правовыя жизненныя отношенія, скрѣпляющая рамка, то именно только какъ рамка, которая распадается во вторую эпоху втораго періода—въ Греціи и Римѣ.

Съ этаго времени племена народовъ, раздѣлившіяся между собою, и приходя потомъ другъ съ другомъ въ многоразличныя, большей частью непріязненныя, столкновенія, слѣдуютъ своему внутреннему, преобладающему въ нихъ призванію, но съ односторонпимъ и эгоистическимъ направленіемъ, невидя себѣ дополненія въ другихъ человѣческихъ жизненныхъ направленіяхъ и силахъ. Такъ появляются въ исторіи различные народы, какъ представители образованія. Народъ, какъ напр. *Индійцы*, подъ вліяніемъ сохранившейся силы религіозныхъ преданій, поддерживаетъ *первоначальную связь* между всѣми направленіями человѣческой жизни посредствомъ организаціи постоянныхъ сословій, но только въ формѣ *внѣшнихъ*, *стѣснительныхъ* и неподвижныхъ *кастъ*; народъ, какъ напр. *Китайцы*, руководствуясь разсудочной рефлексіей, распространяетъ древнѣйшій типъ семейной жизни на всё государственное устройство. Народы, съ присущей имъ наклонностью къ передвиженію, какъ напр. *Ассирійцы*, *Мидяне*, *Персы* выполняютъ, хотя не безъ частыхъ кровопролитныхъ войнъ, задачу посредничества между народами Азіи, Африки и Европы. Народъ, какъ древніе Египтяне, представляетъ въ Африкѣ снимокъ съ Индійцевъ, но посредствомъ разумнаго государственнаго управленія и годъ преобладающемъ реалистическимъ направленіемъ естественнаго культа, вводитъ у себя богатое разчлененіе жизни. Народъ, съ меньшими умственными дарованіями, какъ напр. *Евреи*, поставляетъ себѣ задачей сохраненіе вѣры въ *единаго Бога* и въ непосредственное Божественное начало, руководящее жизнью. Другіе народы, какъ напр. *Финикіяне* и *Карѳагеняне*, служатъ посредниками въ торговыхъ сношеніяхъ народовъ и черезъ то передаютъ образованіе другимъ народамъ. Наконецъ новыми двигателями культуры являются изъ Азіи въ Европу народы, которые принесли съ собой, какъ свое наслѣдство, свойственное арійскимъ (индо-европейскимъ) племенамъ высокое дарованіе и извѣстные основные взгляды, и потомъ позднѣе, коснувшись культуры Египта, на своихъ новыхъ поселеніяхъ сбрасываютъ прежнія восточныя узы, стѣсняющія свободу человѣка и переобразуютъ самостоятельно все прежнее, во всѣхъ сферахъ жизни, давая всему все болѣе и болѣе свободное движеніе. Такъ *Греки* стараются преобразовать въ свободномъ движеніи все человѣческое, находившееся въ застоѣ среди кастъ и іерархіи Индіи и Египта. Такъ наконецъ *Римляне*, народъ, въ которомъ самосознаніе, сознаніе собственной силы и собственной воли вполнѣ высказалось въ правѣ и государствѣ; основанія которыхъ онъ полагалъ въ народной волѣ, отдѣляя послѣднюю все болѣе и болѣе отъ объективныхъ принциповъ, что неизбѣжно должно было привести его къ совершенному разложенію.

Паденіемъ Римской Имперіи должна была закончиться эта историческая эпоха, потому что человѣческая воля, достигнувъ своей апогеи въ лицѣ народа Римскаго, всемірно владычествовавшаго, непремѣнно должна была распасться по причинѣ своей собственной пустоты, лишенная всякаго этическаго содержанія. Только открытіемъ высшаго божественнаго источника жизни—христіанства можно было остранить гибель, и только съ проповѣди о единомъ, живомъ Богѣ и о болѣе высшемъ нравственномъ порядкѣ міра, могла начаться новая эпоха для человѣчества.

Итакъ въ до-христіанской древности развитіе права и государства получаетъ различное направленіе, опредѣленное характеромъ народа, задачей представленной ему въ исторіи, извѣстными преобладающими въ немъ умственными способностями, наклонностями и страстями. Право такимъ образомъ носитъ на себѣ строгій или снисходительный характеръ сообразно духу народа, но всегда отражаетъ въ себѣ въ какой нибудь формѣ эгоизмъ. Прежде всего проявляется послѣдній въ *семейныхъ отношеніяхъ*, гдѣ слабыя по полу (женщины) становятся изъ отношенія нравственнаго равенства въ отношеніе подчиненности, — отсюда возникаетъ *полигамія*, а потомъ и отношенія къ родителямъ, или лучше къ отцу,

понимаются болѣе какъ *отношенія, основанныя на силѣ*. Потомъ эгоизмъ и властолюбіе проявляется между семействами и родами извѣстнаго племени: нѣкоторыя семейства, основываясь на какихъ нибудь достоинствахъ одного изъ своихъ предковъ, стараются постоянно удержать и закрѣпить за собой извѣстныя преимущества; роды и племена также стремятся подчинить другъ друга. Властолюбіе установляетъ потомъ въ средѣ отдѣльнаго племени или союзѣ племенъ, руководясь различными эгоистическими видами, различныя условія совмѣстнаго существованія, причемъ государственное устройство проходитъ всѣ формы политическаго и гражданскаго деспотизма. Но стремленіе къ обособленію и самостоятельности выражается внутри народнаго развитія еще тѣмъ, что всѣ сферы жизни, соединенныя прежде высшимъ единствомъ, понимаются все болѣе и болѣе отдѣльно и самостоятельно. Такъ мало-по-малу уничтожается сначала въ сферѣ духа связь между религіей, наукой и искусствомъ и изслѣдованіе старается освободиться отъ преданія; потомъ все болѣе и болѣе признается самостоятельность государственной и правовой жизни. Рядомъ съ сословіемъ жрецовъ образуется сословіе воиновъ и это послѣднее поставляетъ обыкновенно правителей въ государствѣ. Право все болѣе и болѣ отдѣляется и освобождается отъ религіозныхъ нормъ и формъ, и наконецъ право и государство понимаются совершенно независимо отъ всѣхъ объективныхъ божественныхъ и жизненныхъ принциповъ, въ зависимости лишь отъ объективной *воли одного*, или *воли общей*. Это-то и есть конечная цѣль всего этого эгоистическаго направленія, которое въ Римѣ достигло полной своей апогеи, но и здѣсь, по причинѣ своей внутренней пустоты, должно было необходимо распасться. Такимъ образомъ до-христіанскій міръ представляетъ собой картину постоянно развивающагося эгоизма людей, племенъ и народовъ, обособленіе всѣхъ сферъ человѣческой жизни, распаденіе всякой высшей божественной связи, при чемъ эгоизмъ все болѣе и болѣе овладѣваетъ и управляетъ людьми, и наконецъ дошедъ до nec plus ultra—составляетъ причину паденія древняго человѣчества. Правда, вслѣдствіе римскаго взгляда на право яснѣе созналось весьма важное начало жизни, принципъ самоназначенія, гражданской свободы и личности; но при одностороннемъ развитіи, выпуская изъ виду нравственный порядокъ міра, порядокъ который стоитъ выше человѣческаго произвола и которому должна подчиняться свобода, чтобы имѣть спасительное вліяніе,—этотъ принципъ только ускорилъ упадокъ Римской жизни.

III. *Третій періодъ права. Время христіанства.*

Высшее божественное вліяніе было необходимо, чтобы спасти человѣчество и придать ему новыя силы. *Христосъ* явился, чтобы обратить человѣчество, погруженное въ эгоизмъ, къ Богу, какъ высшему источнику жизни и возстановить такимъ образомъ высшій нравственный порядокъ жизни. Но христіанство небыло одностороннимъ повтореніемъ принципа единства и объективности, преобладавшихъ въ первомъ періодѣ; оно напротивъ того было первымъ истиннымъ посредничествомъ,—съ одной стороны между Богомъ и человѣкомъ,—съ другой между неизмѣннымъ божественнымъ порядкомъ и свободной волей человѣка. Черезъ единство Бога христіанство выясняетъ единство человѣчества, (члены котораго суть всѣ народы), въ сущности и жизни; дѣлаетъ возможнымъ пониманіе этаго единства исторически; указываетъ на высшее божественное провидѣніе, руководящее исторіей и жизнью и уясняетъ взаимное отношеніе временъ и народовъ. Христіанство, возникшее на востокѣ, но распространившееся прежде всего на западѣ, представляетъ собой высшую историческую связь между духомъ востока, направленнаго къ безконечно-божественному, съ духомъ запада, стре-

мящагося къ самостоятельности и свободѣ; христіанство соединяетъ такимъ образомъ восточный и западный элементъ культуры и становится черезъ то истинно связующимъ началомъ между всѣми народами. Въ историческомъ своемъ развитіи христіанство прошло многія эпохи, которыя обозначаютъ характеръ развитія права и государства въ времена христіанства. Эти эпохи, подъ преобладающимъ господствомъ христіанскаго принципа, также представляютъ собой: — эпоху *единства*, *противоположности* (въ двухъ одно за другимъ слѣдующихъ направленіяхъ) и наконецъ эпоху будущаго высшаго *посредничества* и *гармоніи*.

Первая эпоха христіанства, обнимающая собой преимущественно время отцевъ церкви, характеризуются принципомъ, воспринятымъ духомъ во всей своей цѣлостности, снова возродившагося единства съ Богомъ. Это есть время проникновенія всей человѣческой жизни и всѣхъ ея видоизмѣненій новой божественной, жизненной силой. Этой эпохой справедливо указывается, какъ на основныя начала, которыхъ недоставало прежнему времени, на духовное возрожденіе, на измѣненіе образа мыслей (μετανοησις), на пополненіе духа божественнымъ и на нравственное направленіе воли. *Весь* человѣкъ такимъ образомъ долженъ былъ опять обратиться къ Богу и Божественному. Безконечнымъ дѣломъ любви было спасено человѣчество отъ своей окончательной погибели; но новый, заключенный съ Богомъ, союзъ жизни и любви долженъ былъ охватить всѣхъ людей, какъ братьевъ, какъ дѣтей одного и того же отца. Въ этомъ религіозномъ и нравственномъ духѣ началось возведеніе новаго зданія въ наукѣ и жизни.

Что касается *права* и *государства*, то взглядъ древности въ эту эпоху былъ измѣненъ въ основаніи. Христіанство дало жизни высшую цѣль и сообразно ей должны были установиться и условія жизни въ частномъ, государственномъ и между-народномъ правѣ. На право и справедливость стали смотрѣть не какъ на произведеніе субъективнаго произвола, а какъ на принципъ, исходящій отъ Бога, господствующій надъ жизнью людей и соединяющій земную жизнь съ жизнью загробной Но само право должно было проникнуться христіанскимъ духомъ любви, милосердія, благодѣянія и заботливости и посредствомъ этихъ нравственныхъ добродѣтелей получить свое истинное содержаніе. Потому въ это время, подъ вліяніемъ духа христіанства, основываются такія общественныя учрежденія, о которыхъ въ древности не было и помину. Христіанство приступило съ своей врачующей силой къ изцѣленію старыхъ общественныхъ золъ, язвъ и слабостей. Новый религіозный принципъ божественнаго *провидѣнія* сформировался въ обществѣ какъ спасающая и вспомоществующая сила и *попеченіе*, въ которомъ находятъ поддержу всѣ духовно и тѣлесно страждущіе и бѣдные; христіанство такимъ образомъ первое организовало различныя учрежденія съ цѣлью попеченія и благотворительности, учрежденія, о которыхъ въ древности небыло и рѣчи, потому что эгоизмъ древняго міра не могъ понимать ни жертвъ, ни взаимнаго вспоможенія, ни взаимнаго самопожертвованія. Какъ понялъ человѣкъ свое отношеніе къ Богу, точно также онъ захотѣлъ опредѣлить свое поведеніе и относительно своихъ ближнихъ. Любовь возвышается сначала къ Богу, чтобы потомъ благодѣтельно низойдти и на людей. Такимъ образомъ эгоизмъ, господствовавшій надъ всѣми отношеніями древняго міра, былъ сломленъ христіанствомъ.

Для *гражданскаго права* хотя и осталось пока главнымъ источникомъ право римское, но процессъ гуманизаціи посредствомъ платонической и стоической философіи, начавшейся въ концѣ республики и продолжавшейся въ первыя вѣка имперіи, поведенъ былъ еще далѣе духомъ христіанства. Личное право было передѣлано сообразно съ болѣе высшими нравственными требованіями человѣческаго равенства и свободы передъ Богомъ и приведено въ болѣе близкое соотношеніе съ нравственными обязанностями человѣка относительно своихъ ближнихъ. Бракъ сталъ пониматься, какъ истинное divini et humani juris communicatio, супруги стали разсматриваться какъ равноправные, отношенія между родителями и дѣть-

ми также установились на нравственныхъ основаніяхъ. Нравственное вліяніе испытало на себѣ и *имущественное право*, гдѣ нравственное употребленіе собственности и притомъ съ нравственною цѣлью, было постановлено какъ нравственная обязанность. Ростовщичество, которымъ страдала Римская жизнь сначала и до конца, было вырвано съ корнемъ и истреблено, даже взиманіе процентовъ стало считаться дѣломъ противузаконнымъ.

Въ *право уголовное* проникъ гуманный духъ христіанства и наказанія стали полагаться преимущественно какъ покаяніе и исправленіе; много родовъ тяжкихъ казней были отмѣнены вовсе, и вообще епископы первыхъ вѣковъ старались всюду провести начало кротости.

Государственное право получило новое основаніе. Человѣкъ пересталъ разсматриваться, какъ средство для государства и послѣднее, какъ цѣль для себя самаго. Напротивъ на государство стали смотрѣть какъ на средство для высшихъ цѣлей человѣка, какъ на Божественный порядокъ, въ которомъ могъ бы человѣкъ, въ своей внѣшней и временной жизни, осуществить свое высшее назначеніе. Какъ божественный порядокъ во временной жизни, государство не есть произведеніе человѣческаго произвола или договора, но есть союзъ, охватывающій всѣ части, сдерживающій и ведущій къ высшей жизненной цѣли; — онъ есть организмъ, въ которомъ каждый членъ имѣетъ свое отправленіе, въ которомъ каждый долженъ дѣйствовать по призванію и по положенію имъ занимаемому, всѣ всѣмъ должны служить, и всѣ, неисключая и государя, подчинены Богу и отвѣтственны передъ нимъ.

Возникло наконецъ новое *между-народное право*. Ибо если всѣ люди братья, то и народы должны находиться между собою въ дружественныхъ отношеніяхъ и составлять какъ бы одно общее христіанское государство или союзъ народовъ. Въ самомъ дѣлѣ зародилась мало-по малу идея христіанскаго государства и получила въ послѣдствіи свое политическое осуществленіе въ Римско-Германской имперіи. Прежде всего между христіанскими народами установились болѣе гуманныя сношенія, даже и относительно войны было внѣсено болѣе человѣчное начало; истребительныя войны прекратились и во всѣхъ важнѣйшихъ отношеніяхъ мира и войны начало проглядывать вліяніе христіанства. Наконецъ христіанство сдѣлало возможнымъ истинно универсальное пониманіе *историческаго развитія*. Идея единства и мудраго божественнаго промысла заставила и человѣчество смотрѣть на себя, какъ на одно живое цѣлое, имѣющее одну общую цѣль. Исторія стала разсматриваться какъ постоянное подготовленіе царства Божія, которое, хотя и находится въ постоянной борьбѣ съ царствомъ земнымъ, руководимымъ эгоизмомъ, но все таки же нѣкогда должно настать и возсіять въ полномъ блескѣ.

Такимъ образомъ духъ христіанства проникъ въ первую эпоху во всѣ жизненныя отношенія. Это было время сѣянія, духовнаго и нравственнаго оплодотворенія, взаимнаго вспомоществованія и всесторонняго самопожертвованія ради божественной истины. Возрожденный человѣкъ почувствовалъ свое единство съ Богомъ, какъ представитель, и какъ орудіе божественной истины и любви.

Но христіанству суждено было раздѣлить судьбу многихъ другихъ божественныхъ жизненныхъ истинъ и оно получало, въ своемъ временномъ проявленіи, подъ вліяніемъ задерживающихъ и противодѣйствующихъ жизненныхъ отношеній, одностороннее направленіе и нерѣдко руководилась страстями. Особенно по возведеніи христіанства Константиномъ на степень религіи государственной, оно было вовлечено въ круговоротъ человѣческихъ и политическихъ страстей, причемъ внѣшнія отношенія обусловливали и внѣшнее направленіе. Послѣ паденія западной римской имперіи, послѣ великаго переселенія народовъ и происшедшаго отсюда замѣшательства, христіанство почувствовало потребность въ прочной внѣшней организаціи. Это, историческими обстоятельствами обусловленное, стрем-

леніе къ внѣшнему устройству дало христіанству, среди всеобщаго безпорядка, видимую общественную *организацію въ церкви*, вмѣстѣ съ тѣмъ было причиною возникновенія многихъ вопросовъ относительно степени власти церкви внутри ея и по отношенію къ государству,—вопросовъ, которые занимали умы впродолженіи нѣсколькихъ столѣтій. Правда, при разрѣшеніи этихъ вопросовъ, выказался въ Римѣ опять духъ практичности, который хотя и вѣрно понялъ устройство, обусловленное историческими отношеніями, но потомъ однако старался удержать и постоянно проводить, какъ вполнѣ нормальное — идею своего могущества и власти, совершенно оправдываемыхъ условіями времени. Вслѣдствіе внѣшняго и внутренняго распаденія Римской Имперіи возникло крайнее недовѣріе вообще къ устройству государственному и умы обратились къ царству небесному, какъ истинному. *Августинъ* разсматриваетъ государство какъ временное явленіе и высказываетъ мысль, что корень свѣтскаго государства лежитъ въ исторической природѣ человѣка, что оно сдѣлалось необходимымъ вслѣдствіе грѣхопаденія и должно исчезнуть съ возвращеніемъ царства Божія. По мѣрѣ распаденія внѣшней государственной жизни должно было возростать значеніе церкви и церковной іерархіи. Потому неудивительно, что церковная власть, чувствуя себя несравненно выше и сильнѣе власти свѣтской, стремилась получить перевѣсъ надъ послѣдней и полагала, что государство должно совершенно отъ нея зависить. Но въ этой мысли лежало весьма важное теоретическое и историческое заблужденіе: первое потому, что вообще идея смѣшивалась здѣсь съ всегда ограниченной дѣйствительностью; второе потому,—что временное состояніе, объусливаемое и оправдываемое извѣстными историческими обстоятельствами, принималось за абсолютную норму всѣхъ послѣдующихъ историческихъ отношеній. Религія есть идея божественная, выражающая постоянное отношеніе между Богомъ и человѣкомъ, но и идея права и справедливости есть точно также идея божественная, ибо она имѣетъ своимъ основаніемъ Божественный міровой порядокъ и обусловливаетъ взаимное совмѣстное бытіе свободныхъ существъ. Религія получила черезъ христіанство самостоятельный органъ въ церкви, но и государство только черезъ посредство христіанства стало пониматься какъ божественный порядокъ и высокое значеніе истинной идеи права стало яснѣе. Но какъ церковь, такъ и государство, суть явленія временныя, преисполненныя разныхъ случайностей, многихъ недуговъ и недостатковъ, проистекающихъ изъ безнравственности людей и народовъ и изъ борьбы страстей; равнымъ образомъ церковь не можетъ присвоивать себѣ одной особенное Божественно-руководящее начало, ибо Божественное провидѣніе объемлетъ *всю* человѣческую жизнь, государство въ осуществленіи идеи права, церковь въ осуществленіи божественно-человѣческой любви. Церковь и государство равно направляются Божественнымъ провидѣніемъ на пути любви и справедливости и ведутся по этому пути далѣе. Какъ церковь, такъ и государство суть учрежденія Божественныя, но представители ихъ, смертные люди, могутъ удаляться отъ пути истиннаго, впадать въ заблужденія и ошибки. Слѣдовательно ни одно изъ этихъ учрежденій не должно смѣшивать своей дѣйствительности съ своей идеей и идеаломъ. Но и не одно изъ этихъ учрежденій недолжно стремиться возвыситься другъ надъ другомъ; напротивъ они должны въ соотвѣтственной *самостоятельности* и *органической* связи споспѣшествовать достиженію общей цѣли человѣчества. Слѣдовательно стремленіе церкви возвыситься надъ государствомъ было заблужденіе, результатомъ котораго въ средніе вѣка была борьба, продолжавшаяся цѣлыя столѣтія, которая вовлекла церковь, со всѣми ея корпораціями и членами въ круговоротъ свѣтской жизни и была причиной настоятельнаго желанія реформы церкви въ главѣ и членахъ.

Вторая эпоха христіанства, средніе вѣка, характеризуется принципомъ *разчлененія* порядка и *организаціи* и оттѣсняетъ на задній планъ свободу, дѣйствующую въ первую эпоху въ единеніи съ духомъ, преисполненнымъ божественной

истины и любви. Церковь и государство организуются въ соотвѣтствующей параллельности,—первая въ іерархію, послѣднее въ ленную систему; — оба основываются на принципѣ вѣрности, установляющемъ для всѣхъ членовъ свои особыя права и свои особыя обязанности. Но надъ каждой эпохой общественной жизни господствуетъ принципіальное единство. Это единство стремится организовать средніе вѣка, сообразно характеру этой эпохи, внѣшнимъ образомъ посредствомъ общественной формы. Но такъ какъ произошло вышеозначенное раздѣленіе церкви и государства, то оба эти организма стремятся подчинить другъ друга; церковь, основываясь на ложныхъ аналогіяхъ (душа и тѣло, солнце и луна) старается утвердить свое господство. *Форма* также получаетъ большое значеніе и въ наукѣ, и вырабатывается въ *схоластикѣ* въ научный формальный организмъ. Право, на которое христіанство уже съ давнихъ поръ имѣло существенное вліяніе, становится теперь преимущественно *церковнымъ* и каноническимъ правомъ, (развитіе котораго начинается съ Діонисія Малаго (536) и заканчивается Климентами (1313), какъ corpus juris canonici clausum), которое установляетъ, главнымъ образомъ, условія церковной жизни и дѣятельности и овладѣваетъ въ особенности брачными и семейными отношеніями, — этимъ основаніемъ всякаго человѣческаго и гражданскаго общества, но и здѣсь установляетъ и умножаетъ преимущественно одни только формы. Первоначальный духъ христіанства, видимо, все болѣе и болѣе ослабѣваетъ вслѣдствіе этаго стремленія къ внѣшней организаціи и господству; внѣшнія формы стѣсняли и задерживали свободное движеніе науки, религіи и государственной жизни; человѣческая и гражданская личность и свобода потеряли свои права въ этомъ средневѣковомъ разчлененіи церкви и государства, при чемъ церковь, сдѣлавшись свѣтской, не могла выполнить своей задачи — ввести болѣе нравственныя начала въ жизнь государственную. Слѣдовательно надобно было обратиться къ болѣе внутреннему принципу, чтобы снова оживить силы жизни, чтобы и для религіи снова открыть духъ христіанства и придать государственной жизни болѣе внутреннее направленіе. Этотъ принципъ выразился въ области церкви, когда не было удовлетворено общему гребованію реформы въ главѣ и членахъ, въ *реформаціи*; но послѣднюю нужно понимать болѣе широко, а не относительно одной только религіи, потому что она сдѣлалась новымъ началомъ всей человѣческой жизни во всѣхъ ея сферахъ и положила основаніе третьей эпохи христіанскаго времени.

Третья эпоха характеризуется принципомъ, который обыкновенно называютъ *объективностью* и выдвигаетъ впередъ, лежащее въ духѣ христіанства начало *личности*, духовной, нравственной и, основанной на послѣдней, гражданско-политической *свободы;* между тѣмъ какъ средніе вѣка стремились выработать начала порядка и формальнаго разчлененія. Но и это начало понималось и проводилось односторонним образомъ, такъ что эта третья эпоха и средніе вѣка представляютъ одностороннее, хотя и болѣе выработанное выраженіе двухъ принциповъ, соединенныхъ въ первую эпоху христіанства. Оба они, въ своей первоначальной связи, служили выраженіемъ творческой силы и благотворнаго вліянія христіанства, но вполнѣ понять и уяснить ихъ предоставлено четвертой эпохѣ, — и тогда, по вторичномъ своемъ соединеніи, имъ суждено было разлить благодать истинно-христіанскаго духа на все человѣчество.

Принципъ новаго времени былъ подготовленъ болѣе свободнымъ философскимъ движеніемъ XII-го и XIII-го вѣка; онъ нашелъ себѣ практическое основаніе посредствомъ реставраціи и вслѣдствіе практическаго распространенія *римскаго права*, основаннаго на субъективной свободѣ; далѣе этотъ принципъ окрѣпъ отъ болѣе серьёзнаго занятія источниками *греческой философіи* и литературы, вызваннаго паденіемъ Константинополя и бѣгствомъ изъ своего отечества въ западную Европу, многихъ ученыхъ Грековъ. Этотъ принципъ, отразившись потомъ вслѣдствіе болѣе глубокаго изученія источниковъ, въ области религіи и церкви и въ воз-

никнувшемъ сознаніи бо́льшей духовной свободы, равно какъ и въ стремленіи изслѣдовать первоначальный духъ христіанства, проникъ наконецъ въ сферу гражданско-политической жизни. Этотъ новый духъ коренился во внутреннемъ существѣ человѣка, его личности и свободѣ и выразился внѣшнимъ образомъ въ изслѣдованіи внутренней сущности всякаго ученія, всякаго практическаго, религіознаго церковнаго и правоваго государственнаго учрежденія.

Но это стремленіе къ уясненію основанія и начала, *идеи* и *сущности* получило въ самомъ началѣ одностороннее направленіе, забывъ значеніе формы внѣшняго разчлененія и порядка во всѣхъ жизненныхъ учрежденіяхъ. Правда, въ области церкви, это направленіе устранило много внѣшняго и формальнаго и болѣе выдвинуло впередъ внутреннее, нравственное начало религіи, но за то понятіе организаціи церкви исчезло. Итакъ какъ въ жизни ничто не можетъ существовать безъ формы и образа и такъ какъ новое вѣроученіе не смогло себѣ придать этой формы, то оно и должно было примкнуть къ болѣе сильной организаціи государства, которое, въ земляхъ принявшихъ новое ученіе, не только что присвоило себѣ право охраненія религіи, но даже и высшее управленіе всѣми дѣлами религіи и церкви. Вслѣдствіе этого религіозное развитіе, относительно догмы и культа, совершенно обусловливалось и зависѣло отъ временныхъ воззрѣній правителей государства, и, хотя оно получило свободное движеніе въ наукѣ, но не имѣя ни болѣе внѣшней, ни внутренней принципіальной точки опоры, оно не могло избѣжать, возникнувшихъ впослѣдствіи, росколовъ и наконецъ индивидуальнаго субъективизма.

Въ *правовой и государственный порядокъ* проникъ нѣсколько позже новый принципъ личности, который *чрезъ* себя, *въ* себѣ и *изъ* себя пытался изслѣдовать послѣднія основанія истинны во всѣхъ сферахъ жизни, именно тогда, когда, вслѣдъ за появленіемъ новой философіи, этотъ принципъ у *Бэкона* и въ особенности у *Декарта* нашелъ надежную точку опоры въ новомъ философскомъ методѣ. Сначала правовой и государственный порядокъ,—не только въ земляхъ протестантскихъ, но, вслѣдствіе общаго духовнаго направленія, и въ земляхъ католическихъ,—получилъ относительно церкви, гораздо большую самостоятельность, но вмѣстѣ съ тѣмъ и болѣе внѣшній характеръ. Вновь образовавшаяся наука *естественнаго права* дала этому направленію научную опору. Но когда философская наука права, со временъ *Гуго-Гроція* до *Томазія*, не только отдѣлилась отъ авторитета церкви, но и отъ религіи и даже отъ морали, то право и государство должны были принимать все болѣе и болѣе только внѣшній и формальный характеръ. Это направленіе существеннымъ образомъ поддерживалось вообще, возникнувшимъ вслѣдствіе ученія греческой и римской литературы, *античнымъ* взглядомъ на государство, какъ на общество само въ себѣ заключенное и само себя удовлетворяющее; въ германскомъ же государствѣ это направленіе поддерживалось введеніемъ въ дѣйствующее право права римскаго, которое въ частномъ правѣ утвердило понятіе о полномъ владычествѣ и безграничной власти отдѣльной личности, въ государственномъ же правѣ— принципъ полнаго и безграничнаго, могущества власти государственной, отдѣливъ объ области права (частное и государственное) отъ объективныхъ благъ жизни и отъ морали. Сюда же относится многознаменательное политическое событіе, *Англійская революція*, которая представила уже тогда весьма развитыя теоріи свободы и была причиной первыхъ выселеній въ Сѣверную Америку. Наконецъ пресоединилось къ тому новое умственное направленіе, которое вездѣ, и въ области чистаго изслѣдованія и въ практическихъ жизненныхъ учрежденіяхъ и установленіяхъ, стремилось понять *сущность*, *идею* и въ борьбѣ противъ несоотвѣтствующихъ существующихъ формъ выказала совершенное пренебреженіе къ послѣднимъ. Во отношеніи же права это направленіе частью облегчило формы, частью же благопріятствовало отсутствію всякихъ формъ и наконецъ, въ особенности въ публичномъ правѣ, прово-

дило взглядъ, что идеальные принципы уже сами по себѣ имѣютъ абсолютное право на осуществленіе, между тѣмъ какъ существующія формы, какъ таковыя, не должны имѣть никакого значенія Такое извращеніе всего объективнаго содержанія жизни въ субъективное мнѣніе и желаніе сдѣлало эту опасность дѣйствительной. Ибо, если жизненныя блага и все вполнѣ зависитъ отъ мнѣнія и произвола индивидуума, если блага жизни, въ общемъ созерцаніи жизни, непреслѣдуются болѣе, какъ общая цѣль жизни, то и индивидуумы будутъ связаны только внѣшнимъ порядкомъ, только формальнымъ союзомъ и только для цѣли сосуществованія. Тогда каждый индивидуумъ долженъ разсматриваться вращающимся въ извѣстномъ замкнутомъ кругѣ жизни и права, который долженъ быть внѣшнимъ образомъ отдѣленъ отъ другихъ сферъ, а также и быть внѣшнимъ образомъ съ ними связаннымъ. Такимъ образомъ зависящее не только отъ субъективной воли, но и лежащее въ существѣ человѣчества, понятіе жизненной общности, которое справедливо требуетъ нетолько сосуществованія, но и взаимнаго споспѣшествованія, и которое, для достиженія этой цѣли, расчленяется въ сѣть, органически связанныхъ обществъ, должно было бы исчезнуть, и на мѣсто живаго организма вездѣ и во всемъ докженъ былъ возникнуть формальный механизмъ. Потому вскорѣ римское и естественное право, оба основанныя на одинаковыхъ принципахъ личной самостоятельности, чисто внѣшней свободы и преобладанія формы надъ сущностью, тѣсно соединялись въ частномъ правѣ для того чтобы мало по малу подкопать и уничтожить въ германскомъ правѣ, правовыя расчлененія, гдѣ, начиная съ обществъ и кончая отношеніями имущественными ничего не было отдѣлено только внѣшнимъ образомъ, но, напротивъ того, все понималось во взаимной условности. Къ тому же присоединилось и развите *національной экономіи*, основанной на тѣхъ же началахъ, и всѣ эти новые принципы, соединившись между собой дали *французской революціи*, вызванной внутренними коренными недугами, то направленіе, которое нѣсколько видоизмѣнившись, было проведено и установилось въ наполеоновскомъ кодексѣ и во всемъ общественно-экономическомъ порядкѣ. Съ этого времени получилъ правда каждый индивидумъ, какъ относительно своихъ правъ личныхъ, такъ и имущественныхъ, большею свободу, весьма способствующую циркуляціи и увеличенію богатствъ; но вмѣстѣ съ тѣмъ отдѣленіе индивидуума отъ всякихъ органически-этическихъ связей имѣло также своимъ послѣдствіемъ эгоизмъ и раздробленіе силъ и богатствъ. Поэтому новому принципу государственное общество есть масса отдѣльныхъ индивидуумовъ, сдерживаемая только внѣшней связью, гдѣ каждая отдѣльная личность, посредствомъ своей свободной воли предоставляется лишь самой себѣ, а слѣдовательно и всѣ общественныя, этическія связи распадаются. Индивидуумы, атомы общества должны быть соединены внѣшними механическими связями въ одно тѣло государства и съ этой цѣлью были придуманы различныя формы механизма, гдѣ пріобрѣтаетъ рѣшительный перевѣсъ то воля отдѣльной личности, то воля массы, то воля одного или многихъ представителей. Такимъ образомъ вся жизнь государства, выпуская изъ виду всѣ существенные и квалитативные этическіе принципы, которые должны быть душею, и ограничиваясь только квантитативными отношеніями силы и власти сдѣлалась формальной и механической. Однимъ словомъ, въ жизни государства, особенно во Франціи, возникъ, хотя и съ нѣкоторыми ограниченіями, матеріализмъ, нашедшій себѣ приложеніе и конечный исходъ во французскомъ государственномъ соціализмѣ; матеріализмъ, который, избѣгая пустыхъ политическихъ споровъ изъ за формы, думалъ найти надежное и прочное основаніе для государства, въ превращеніи послѣдняго въ простое заведеніе, имѣющіе цѣлью матеріальное благополучіе своихъ гражданъ (4).

---

(4) О матеріализмѣ, какъ причинѣ государственнаго соціализма см. мою «Rechtsphilosophie» 4-te Aufl. S. 142.

Хотя до послѣдняго времени въ нѣмецкихъ государствахъ германскій духъ, несочувствующій механизму и атомизму въ жизни и правѣ, противодѣйствовалъ тому разложенію жизненныхъ отношеній; и въ особенности, это противодѣйствіе, поддерживаемое германской школой права, высказалось въ частномъ правѣ противъ абстрактно-логической обработки важнѣйшихъ институтовъ права. Но тѣмъ не менѣе вездѣ видѣнъ недостатокъ относительной оцѣнки существовавшихъ прежде историческихъ противоположностей жизни и развитія, равно какъ и въ сознаніи, что эти противоположности могутъ быть уравниваемы только посредствомъ болѣе высшихъ философскихъ, нравственно-правовыхъ принциповъ. Всякій, кто сколько нибудь знаетъ духовное и нравственное состояніе настоящаго времени, долженъ сознаться, что внутреннія силы и рычаги общественнаго порядка не только ослабли, но отчасти даже и сломались, и что существенныя связи поддерживаются, въ большей части случаевъ, только внѣшнимъ принужденіемъ. Но такой порядокъ вещей не можетъ остаться на долгое время. Потому возникаетъ задача, которая не можетъ быть разрѣшена слабымъ посредничествомъ и внѣшними комбинаціями, но только посредствомъ открытія и возрожденія болѣе высшихъ началъ жизни. Въ настоящее время все болѣе и болѣе возникаетъ сознаніе, что съ послѣдними заблужденіями должно прекратиться субъективное направленіе, явившееся три столѣтія тому назадъ и сопровождавшее всѣ сферы жизни. Но настоящее время хлопочетъ не о простой только оппозиціи или введеніи другаго какого либо односторонняго направленія, а о томъ, чтобы, посредствомъ болѣе высшихъ этическихъ и органическихъ принциповъ, истинно примирить существующія противоположности, чтобы внутренно подкрѣпить еще здоровые элементы и силы прошедшаго и настоящаго, и чтобы наконецъ, посредствомъ болѣе глубокаго изслѣдованія всѣхъ началъ жизни человѣчества, проложить путь, хотя постепенному и медленному, но за то болѣе прочному и лучшему образованію общественныхъ отношеній. Разрѣшеніемъ этой задачи должна заняться четвертая эпоха.

Четвертая эпоха, которой еще предстоитъ развитіе общественныхъ и государственныхъ отношеній, должна отличаться своимъ *этическимъ* и *органическимъ* характеромъ. Все историческое развитіе показало, что всѣ теоріи о государствѣ, правѣ и обществѣ, образовались подъ вліяніемъ всего этическаго воззрѣнія на жизнь и духовнаго направленія извѣстной эпохи. Право и государство не самостоятельны, не цѣли сами для себя, но установляютъ только взаимно-обусловливающіяся жизненныя отношенія такимъ образомъ и въ такой мѣрѣ, какъ вообще понимается въ извѣстное время цѣль человѣческой жизни. Но цѣль, смыслъ и значеніе человѣческой жизни находятся въ тѣснѣйшей связи съ религіознымъ и нравственнымъ пониманіемъ, точно также, какъ силы и побудительныя причины проявленія жизни опредѣляются религіей и моралью.

Отсюда, истинно существенное преобразованіе права и государства въ жизни и наукѣ можетъ только произойти посредствомъ тѣснаго присоединенія къ возвышенному, усиленному и просвѣтленному, религіозному и нравственному духу. Христіанство представляется здѣсь какъ жизненная сила, которая нѣкогда спасла человѣчество отъ совершеннѣйшей погибели, которая повела человѣчество по пути его развитія къ лучшему, помощью духовныхъ силъ, пробужденныхъ самимъ же христіанствомъ, которое и въ будущемъ еще будетъ служить проявленіемъ божественной силы въ высшей, а можетъ быть, и въ высочайшей степени. Духъ христіанства, всегда носившійся надъ расколами вѣроисповѣданій, будетъ все болѣе и болѣе просвѣтлять послѣднія и обращать вѣру и любовь, выражающуюся на дѣлѣ, на этическія сферы жизни. Именно въ наше время, когда эгоизмъ все болѣе и болѣе вызываетъ распаденіе связей нравственныхъ и внутреннее отчужденіе людей другъ отъ друга, необходимо подобное религіозное и нравственное проявленіе любви, какое представляетъ христіанство, въ противоположность эго-

изму язычества, находя для всѣхъ ранъ и недуговъ врачующія средства и спасительныя учрежденія (5). Эта задача должна разрѣшиться вѣрнымъ пониманіемъ, что право и государство не суть только абстрактныя сферы свободы, но также и этическія учрежденія, дѣлающія возможнымъ благосостояніе всѣхъ членовъ во всѣхъ сферахъ жизни, причемъ дѣятельность государства, охраняя и защищая дѣятельность частныхъ лицъ, всегда должна идти съ нею рука объ руку.

Но высшій религіозный и нравственный духъ имѣетъ также нужду въ истинно-*философскомъ изслѣдованіи*, ибо сознаніе въ человѣческомъ духѣ и самостоятельнымъ образомъ пріобрѣтенное убѣжденіе, суть существенныя условія внутренней прочности и серьезной внѣшней дѣятельности. Хотя философія въ настоящее время и избрала много ложныхъ путей, но эти ошибки и уклоненія могутъ быть исправлены и уничтожены только самой же философіей. Истинная философія, слѣдуя извѣстному выраженію Бэкона, всегда ведетъ человѣческій духъ *къ Богу*, нетолько какъ къ міровой душѣ, но и какъ къ всевѣдущему, руководящему человѣческой жизнью, *провидѣнію* и укажетъ человѣческой жизни, во всѣхъ отношеніяхъ, нравственное направленіе, которое получаетъ прочное основаніе въ религіи, какъ въ личномъ, воспринятомъ духомъ союзѣ человѣка съ Богомъ. Потому истинная философія не можетъ противорѣчить вѣрѣ, основанной на высшихъ откровеніяхъ Бога въ исторіи. Философія и религіозная вѣра взаимно дополняютъ, но не замѣняютъ другъ друга. Для настоящаго же времени истинное философское изслѣдованіе составляетъ предметъ высочайшей важности, потому что жизненное направленіе стало опредѣляться, какъ несомнѣнное, преимущественно, посредствомъ познанія, знанія и убѣжденія. Требуется научное сознаніе и если не прямое доказательство вѣры, то покрайнѣй мѣрѣ уразумѣніе, что она не находится въ противорѣчіи съ истинно-разумнымъ сознаніемъ.

Вмѣстѣ съ этимъ высшимъ философскимъ направленіемъ должна все болѣе и болѣе вырабатываться, ничѣмъ другимъ незамѣнимая *философія права*, которая укажетъ тѣсную связь права со всѣми этическими жизненными отношеніями и разовьетъ основанія постоянно прогрессирующаго законодательства.

Этотъ новый духъ долженъ въ ближайшемъ будущемъ высказать свое оживляющее дѣйствіе особенно въ законодательствѣ, въ области частнаго и публичнаго права, чтобы дать отпоръ возрастающему разложенію жизненныхъ отношеній. Во многихъ сферахъ должны возникнуть болѣе высшіе принципы, чтобы соединить принципъ *личной свободы*, выработанный римскимъ правомъ, съ принципомъ *разчлененія* всѣхъ жизненныхъ отношеній, лежащимъ въ основаніи германскаго права и чтобы примирить принципъ *субъективности* новаго времени съ принципомъ *объективности* прежней эпохи. Для всѣхъ отношеній и отправленій общества, которыя собственно не подлежатъ области дѣятельности государства, но только должны послѣднимъ охраняться и поддерживаться, въ особенности въ сферѣ промышленности и торговли, равно какъ и для высшихъ цѣлей гуманности и благотворительности долженъ образоваться, по образцу прежнихъ корпорацій, какъ продолженіе послѣднихъ,—*организмъ товариществъ*, въ которыхъ промышленный и нравственный элементъ находились бы въ тѣсной связи, такихъ товариществъ, которыя направляясь къ общей цѣли могли бы пробудить, все болѣе и болѣе исчезающее, *единомысліе* и вызвать чувство необходимости сосуществованія, общей подлежательности какому нибудь союзу и сознаніе, что

---

(5) Отличныя мысли въ этомъ отношеніи находятся въ сочиненіи *Armuth* und *Christenthum*, Bilder u. Winke zum christlichen Communismus u. Socialismus, v. Diaconus Dr. *H. Merz* (Cotta' sche Buchhandlung, 1849). Авторъ ошибается, связавъ христіанство, (конечно не посущности, а лишь внѣшнимъ образомъ), съ двумя чужеземными заблужденіями, которыя суть ничто иное, какъ искаженіе нѣкоторыхъ вѣрныхъ мыслей.

всякій, какъ членъ извѣстнаго *почетнаго сословія*, долженъ самъ вести свою жизнь согласно праву и нравственности.

Государство должно сознать какъ свою особенность, такъ и все значеніе своей этической цѣли права. Государство не слѣдуетъ отождествлять съ обществомъ. Христіанство, поставившее первоначально человѣка выше гражданина, дало и государству, относительно человѣческаго общества, другое положеніе, какъ гражданскому обществу, преслѣдующему всѣ человѣческія цѣли. Но государство не должно ограничиваться одной внѣшней защитой, охраненіемъ, поддержкой, или другой какой либо исключительной цѣлью, но вообще должно регулировать и установлять всѣ, объусловливающія другъ друга, жизненныя отношенія для взаимнаго ихъ споспѣшествованія. Во всѣхъ общественныхъ сферахъ государство должно охранять нравственно-правовую, уважающую условія совмѣстнаго существованія, свободу, безъ которой невозможны ни успѣхъ въ наукѣ, ни прогрессъ въ жизни, ни истинная нравственность. Хотя государство, которое теперь, какъ истинный правовой опекунъ печется о нѣкоторыхъ сферахъ жизни и общества, еще не достигшихъ самостоятельности, должно будетъ передать эту опеку другимъ устроеннымъ товариществамъ, корпораціямъ и общественнымъ органамъ, черезъ что, къ пользѣ общей возвысится самостоятельность всѣхъ членовъ; но тѣмъ не менѣе государство всегда удержитъ за собой правовую защищающую, устрояющую и ограничивающую власть, споспѣшествующую благу общества своей надлежащей дѣятельностью.

Само человѣческое *общество* должно все болѣе и болѣе развиваться въ этическій общій организмъ, въ которомъ бы, для всѣхъ общихъ цѣлей жизни, существовали органическія учрежденія,—каждое относительно самостоятельно, всѣ же вмѣстѣ всесторонне связаны. Въ этомъ разчлененіи должна быть совершенно уничтожена прежняя противоположность объективнаго порядка и субъективной свободы. Въ общинахъ, въ государствѣ и церкви и въ обществахъ, имѣющихъ цѣлью науку, искусство и промышленность, должны тѣсно соединиться между собой, установленный Богомъ, принципъ порядка съ принципомъ личности и свободы, тоже установленнымъ Богомъ и имѣющимъ свою гарантію въ защищающихъ формахъ. Вся же общественная жизнь получитъ высшее направленіе только въ той мѣрѣ, въ какой высшіе источники жизни—религія, нравственность, право, наука и искусство во внутренной связи между собой, разовьются внутренно укрѣпляющимися и свободно дѣйствующими силами духа, и на сколько они глубже и обширнѣе откроются въ духѣ отдѣльныхъ личностей и цѣлаго народа.

ОТДѢЛЕНІЕ ВТОРОЕ.

ИСТОРІЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА У ЗАМѢЧАТЕЛЬНѢЙШИХЪ ОБРАЗОВАННЫХЪ НАРОДОВЪ, ВЪ ОСОБЕННОСТИ У РИМЛЯНЪ И ГЕРМАНЦЕВЪ.

Предувѣдомленіе.

Исторія права можетъ выполнить свою истинную задачу тогда только, когда она достигнетъ объема всемірной исторіи. Право извѣстныхъ образованныхъ народовъ, по своему внутреннему достоинству и практическому значенію для настоящаго, заслуживаетъ преимущественнаго изученія. Но съ одной стороны идея исторіи требуетъ, чтобъ эта наука уяснила предметъ отъ самыхъ первыхъ началъ его развитія, съ другой стороны существуетъ обще-человѣческое требованіе, чтобъ идея права и государства, такъ глубоко обхатывающая жизнь народовъ, была разсмотрѣна, не только сама по себѣ, какъ существенный принципъ цивилизаціи, но и была представлена въ постоянномъ отношеніи ко всему жизненному развитію народовъ (1). Изъ такой исторіи права не могутъ быть исклю-

---

(1) То что говоритъ *Шиллеръ* въ своей вступительной рѣчи, («Was heisst und zu welchem Ende studirt man Universal geschichte»), существеннымъ образомъ относится также и до изученія всемірной исторіи права. Первое, замѣчательное по учености и отличающееся высшимъ пониманіемъ, сочиненіе принадлежитъ *Пасторету*, (который, сколько мнѣ извѣстно, былъ первый, занявшій въ Европѣ каѳедру „сравнительной исторіи законодательствъ“ въ College de France); его «Histoire de la legislation», XI vol. 1817=1837, заключаетъ въ себѣ впрочемъ законодательства только важнѣйшихъ народовъ Азіи, Африки, Греціи, Сициліи и Этрусковъ. Изъ сочиненій, обработывающихъ отдѣльныя части права, замѣчательны: «Das Erbrecht weltgeschichtlicher Entwickelung» v. *E. Gans* 4 Bd. Berl 1824—1835, первый, заслуживающій вниманія, опытъ философской обработки предмета, хотя въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ и не совсѣмъ удовлетворительный: «Histoire de la propriètè en Occident» 1839 и «De la condition civile et politique des femmes depuis les Romains juqu'à nos jours» 1843 par *Zaboulaye*; оба сочиненія удостоены академической преміи, «Die Ehe in ihrer welthistorischer Entivickelung» v. Unger, Wien 1850; «Histoire du droit des gens» par *Laurent*, Gand 1850. 8 vol. и до сихъ поръ мнѣ неизвѣстное соч. «Essai sur l'histoire gènèrale du droit par Pouhaër 1849, которое впрочемъ по мнѣнію *Варнкенига* не вполнѣ удовлетворительно.

чены и народы восточные. Право у этихъ народовъ, конечно недостигло никакой самостоятельности въ общественной организаціи, однако ради того направленія, столь часто высказывающагося въ настоящее время, и которое разсматриваетъ право совершенно отвлеченно, — лишь само по себѣ, — наукѣ необходимо слѣдуетъ указывать и на то состояніе цивилизаціи, въ которомъ право представляется еще въ неразрывной, тѣсной связи съ цѣлымъ нравственнымъ, жизненнымъ порядкомъ народа. Относительно восточныхъ народовъ главнымъ образомъ слѣдуетъ обратить вниманіе на то, чтобы, обозначивъ *мѣсто*, которое занимаетъ право во всемъ *цѣломъ* ихъ нравственной образованности, указать на него, какъ на результатъ послѣдней. Конечно было бы весьма интересно болѣе подробное изложеніе нѣкоторыхъ особенныхъ правовыхъ учрежденій и установленій восточныхъ народовъ, но до сихъ поръ чувствуется значительный недостатокъ въ спеціальныхъ работахъ, которыя бы, опираясь на основательныя свѣдѣнія о цивилизаціи этихъ народовъ, представляли бы исторію ихъ права, не отдѣляя ее отъ общаго жизненнаго направленія народа, но въ тѣсной связи съ нимъ.

Потому въ предлагаемомъ энциклопедическомъ обзорѣ, понятіе права у восточныхъ народовъ будетъ представлено только, какъ продуктъ всего ихъ нравственнаго пониманія жизни; исторію же права у Римлянъ и Нѣмцевъ мы изложимъ нѣсколько подробнѣе, и вмѣстѣ съ тѣмъ, въ главныхъ чертахъ разовьемъ и опредѣлимъ нравственное значеніе и основный характеръ Римскаго и Германскаго права.

ПОДРАЗДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ.

КРАТКІЙ ОБЗОРЪ ПОНЯТІЯ ПРАВА У ВОСТОЧНЫХЪ НАРОДОВЪ, РАЗСМОТРѢННАГО ВЪ СВЯЗИ СЪ ИХЪ УМСТВЕННОЙ И НРАВСТВЕННОЙ КУЛЬТУРОЙ.

ГЛАВА I.

О развитіи цивилизаціи восточныхъ народовъ вообще (2).

Между народами Востока выступаютъ впередъ, какъ представители человѣческаго образованія, только тѣ народы, которые по языку, отличительному признаку сродства, принадлежатъ къ такъ называемому, *индо-европейскому* (арійскому) племени и къ *семитическому*. Къ первому относятся: Индійцы, Бактріане, Мидяне, Персы, Германцы, Греки, Римляне, Славяне, вѣроятно также и Кельты (можетъ быть и древніе Иберійцы); ко второму: Вавилоняне, Сирійцы, Евреи, Финикіяне, Карѳагеняне, Арабы, Лидійцы, вѣроятно также древніе Ассиріяне и древніе Египтяне. Обѣ эти расы народовъ распространились изъ разныхъ мѣстъ жительства и потомъ, встрѣтившись и смѣшавшись между собою въ Азіи, Африкѣ и Европѣ, сдѣлались представителями цивилизаціи. Напротивъ народы, принадлежащіе къ расѣ Монгольской, за исключеніемъ Китайцевъ, (которые, если дѣйствительно принадлежатъ къ этой расѣ, то занимаютъ въ ней самое высокое мѣсто), основывали, какъ воинственныя орды, только болѣе и менѣе скоропреходящія деспотіи; они, — равно какъ и племя Негровъ, (весьма различное, начиная отъ нисшихъ изъ нихъ и до такъ называемыхъ бѣлыхъ Негровъ) являются въ различной степени способными къ воспріятію цивилизаціи и въ извѣстной намъ исторіи не оказали никакого вліянія на образованность человѣчества. Впрочемъ вѣрныя заключенія о негритянскомъ племени будутъ возможны только при большемъ знакомствѣ съ внутренними странами Африки. Слѣдовательно намъ остается обратить главнымъ образомъ вниманіе на важнѣйшіе народы племени Индо-европейскаго, племени Семитическаго и на Китайцевъ.

---

(2) Изъ сочиненій, спеціально посвященныхъ изученію восточной культуры, замѣчательны: «Culturgeschichte» v. *Wachsmuth* Bd. 1. 1850, Weltgeschiehte in Umrissen v. *Loebell*» Bd. 1. 1846, къ сожалѣнію неокончено, и въ особенности «Geschichte des Alterthums» *v. Max Dunker* zwei Bde. 1851—1853, въ которомъ развитіе культуры разсматривается во всемъ ея цѣломъ. Сочиненія объ отдѣльныхъ народахъ будутъ указаны въ своемъ мѣстѣ.

Индо-европейскіе народы, языки которыхъ такъ внутренно между собою сродны, что ихъ можно разсматривать происшедшими отъ одного общаго, уже несуществующаго, кореннаго языка (3), должны были первоначально имѣть одно общее мѣстожительство. Древнѣйшія письмена Индійцевъ и древняго Зендскаго народа указываютъ на восточные склоны Гималая, гдѣ жили эти племена подъ общимъ родовымъ именемъ Арійцевъ (4); отсюда Арійцы выступили, вѣроятно, частью вслѣдствіе размноженія народонаселенія, частью также, какъ явствуетъ изъ нѣкоторыхъ Зендскихъ памятниковъ, по причинѣ становившагося на нагорной сторонѣ болѣе холоднаго климата, а можетъ быть и вслѣдствіе внутреннихъ смутъ и раздоровъ. Одно племя Арійцевъ обратилось на востокъ и населило плодоносную долину Инда и его пятирѣчіе (пенджабъ), распространившись потомъ еще восточнѣе по верховьямъ и теченію Ганга и позднѣе на югѣ (въ Деканѣ). Другое племя,—древній Зендскій народъ, говорившее на зендскомъ языкѣ распространилось мало по малу на западѣ и заняло Бактрію, Мидію и Персію. Въ Европу пришли, если мы исключимъ Иберійцевъ, по различнымъ направленіямъ съ одной стороны Кельты, оттѣсненные впослѣдствіе въ Британію, Галлію и Италію, гдѣ они смѣшались съ находившимися уже тамъ Иберійцами;—съ другой стороны древніе Италійцы и Греки, а потомъ Германцы и Славяне.

Гораздо труднѣе опредѣлить родину *Семитическихъ* народовъ. Неизвѣстно были ли Арменія, Аравія или Египетъ, ихъ первоначальными поселеніями; но во всякомъ случаѣ эти страны были главными мѣстами жительства этихъ первобытныхъ племенъ.

Древнѣйшіе народы арійскаго и семетическаго племени уже рано являются высоко-образованными въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ. Но никакимъ образомъ нельзя допустить, чтобъ эти племена сами собой, мало по малу, могли изъ первобытнаго, грубаго и даже дикаго состоянія, достигнуть высшей степени цивилизаціи. Такой взглядъ, весьма часто прежде высказываемый и теперь иногда повторяемый, противорѣчитъ природѣ человѣка и исторіи: дикія племена, которыя, по различію расъ или вслѣдствіе отпаденія отъ образованныхъ народовъ, продолжали потомъ изолированное состояніе, не дѣлались образованными сами собой и получали начатки своей цивилизаціи только отъ соприкосновенія съ уже образованными народами (5). Напротивъ, въ исторіи, начиная съ временъ первобытныхъ, можно замѣтить много умственныхъ и нравственныхъ ретроградныхъ явленій. Такъ образованность у древнѣйшихъ арійскихъ и семетическихъ народовъ стояла въ древніе времена гораздо выше, нежели теперь, примѣромъ чему могутъ служить Индійцы, древній Зендскій народъ, Египтяне, Вавилоняне, Ассиріяне, равно, какъ и въ Америкѣ прежніе Тольтеки, позднѣйшіе Ацтеки, отъ которыхъ происходятъ Индійцы, населяющіе теперь Мексику (6).

Монотеизмъ, существованіе котораго и библейская исторія относитъ къ временамъ первобытнымъ, есть древнѣйшая религія, но какъ показываетъ исторія

---

(3) См. о томъ замѣчательныя сочиненія: «Vergleichende Grammatik des Sanscrit, Zend, Griechischen u. s. w.» v. *Bopp* 1833—1852. 5 B; «Etymologische Forschungen auf dem Gebiete der indo-germanischen Sprachen» v. *Pott* 1833 2 B; и его же статью о томъ же предметѣ въ «*Ersch*' s und *Gruber's* Encyclopaedie» II. 17.

(4) Объ этомъ названіи, какъ соотвѣтственнѣйшемъ Индо-европейскимъ или индо-германскимъ народамъ, см. въ «Allg. Monatsschrift u. s. w. 1854, s. 785 u. fl.» статью подъ заглавіемъ: «Über den ältesten Namen der s. g. Indo-Germanen uno ihrem ältesten Stammesgott», v. «*M. Haug.* «*Aria*» (arja) значитъ по санскритски „*господинъ*“ также „достопочтенный“.

(5) Подобное мнѣніе еще подробнѣе доказываетъ *Лебелль* ib. S. 34 и слѣд.

(6) По новѣйшимъ открытіямъ *Тидемана* Тольтекамъ предшествовало весьма образованное племя *Майясовъ*, основателей городовъ въ Имаканѣ.

у древнихъ народовъ, за исключеніемъ народа Еврейскаго, постоянно все болѣе и болѣе специализировался политеизмъ. Полигамія равно, какъ и другія позднѣйшія заблужденія, были мало извѣстны въ древнѣйшія времена арійскому племени, какъ это теперь доказывается изъ древнѣйшихъ священныхъ книгъ. Вообще возникновеніе древнѣйшей цивилизаціи можетъ быть объясняемо точно также, какъ и стоящее съ ней въ связи происхожденіе языка (7) и его развитіе. Языкъ есть непосредственное выраженіе всей духовной жизни и мы видимъ, что языки различныхъ племенъ неодинаково богаты, смотря потому насколько богата духовная жизнь этихъ племенъ прирожденными божественными способностями; такъ и первоначальная культура возникла соотвѣтственно божественной силѣ, прирожденной духу человѣка, и развилась очевидно подъ вліяніемъ высшихъ могущественныхъ силъ духа и природы.

Характеръ востока, какъ его объясняетъ исторія и литература, опредѣлялся различно. Ошибочно, какъ уже выше было замѣчено, видѣть въ историческомъ востокѣ эпоху единства, въ которой всѣ внутреннія и внѣшнія направленія жизни, религія, право, государство, наука и искусство, находятся еще въ самомъ тѣсномъ соединеніи. Исторія не представляетъ такой эпохи первобытнаго единства. Только преданія Евреевъ и Индійцевъ указываютъ на такое первобытное состояніе. Тѣмъ не менѣе однако справедливо видѣть въ восточномъ мірѣ еще господствующимъ принципъ соединенности всѣхъ сферъ жизни и направленіе къ той общей цѣли, которая являлась какому нибудь народу, какъ цѣль высшая. Но это не есть то внутреннее единство, которое хотя и безсознательно, не исключаетъ свободы отдѣльныхъ личностей; это только единство *внѣшнее, форма*, взятая этимъ періодомъ изъ временъ первобытныхъ, которая втиснула всю жизнь во внѣшнія рамки и замѣнила исчезнувшія жизненныя побужденія нравственности, внѣшними мѣрами принужденія и внѣшними учрежденіями. Восточный міръ, въ своемъ историческомъ развитіи, представляетъ съ одной стороны — постоянное нравственное паденіе;—съ другой же стороны—появленіе *реформаторовъ*, которые придерживались древнѣйшихъ ученій и преданій народа, стремились исправить нравственныя и правовыя основы общества, посредствомъ болѣе чистаго и болѣе широкаго ученія о Богѣ и Его отношеніяхъ къ человѣку. Такъ Будда является реформаторомъ Брамаизма; Зароастръ, реформаторомъ Зендской религіи въ Персіи, Конфуцій — въ Китаѣ, Моисей у Евреевъ. Еврейская религія сдѣлалась исходнымъ пунктомъ для двухъ религій: христіанской, долженствовавшей распространиться по всему міру и для исламизма, который отрѣшившись отъ національной ограниченности религіи еврейской, сдѣлался спасительнымъ для многихъ грубыхъ народовъ, особенно африканскаго племени, не могущихъ еще непосредственно возвыситься до христіанства. Свѣтъ религіи засіялъ съ востока, гдѣ сохранился еще до настоящаго времени религіозный характеръ, преобладающій надъ всѣми сферами жизни. Но востокъ есть міръ, оцѣпенѣвшій въ формахъ, міръ, который можетъ быть снова оживленъ только силами, долженствующими окрѣпнуть и развиться подъ болѣе свободнымъ направленіемъ запада.

Задача *запада* состоитъ въ томъ, чтобы дать всему божественно-человѣческому живое и свободное развитіе, посредствомъ присущей человѣку собственной силы и свободы. Какъ вообще народы при ихъ переселеніи всегда сбрасываютъ, угне-

---

(7) Такъ говоритъ *Вильгельмъ Гумболдъ* (Uber die Kawisprache—нарѣчіе санскритскаго языка на островѣ Явѣ, Bd. 1-te Einl. s. XXI): Начало языка и возникновеніе его такъ глубоко скрыто въ человѣчествѣ, что ни въ какомъ случаѣ нельзя разсматривать языкъ, какъ произведеніе и твореніе народовъ. Языкъ заключается въ дѣятельности, хотя для насъ и ясной, но въ своемъ существѣ необъяснимой; а потому, разсмотрѣнный съ этой стороны, онъ не есть, произведеніе этой дѣятельности но невольное изліяніе духа, не есть твореніе народовъ, но даръ, предназначенный имъ судьбою.

тавшія ихъ на родинѣ узы и оковы, причемъ образуется болѣе свободный взглядъ на жизнь, точно также и у вышедшихъ съ востока народовъ арійскаго племени, Кельтовъ, древнихъ Итальянцевъ, Грековъ, Германцевъ и наконецъ Славянъ, — многое измѣнилось, можетъ быть уже во время ихъ переселенія, и, получивъ потомъ національный оттѣнокъ, сформировалось сообразно внутреннимъ силамъ и свойствамъ каждаго народа. Но образованіе, достигнутое западомъ, отразится и на Востокѣ; и исторія дѣйствительно показываетъ, что всякое, являвшееся гдѣ бы то ни было и въ какомъ бы то ни было отношеніи, процвѣтаніе всегда влекло за собою тѣсное сближеніе съ Востокомъ.

Такимъ образомъ Александръ, когда греческая жизнь достигла своей апогеи, сталъ связующимъ звеномъ между Западомъ и Востокомъ и далъ поводъ къ значительному умственному размѣну. Христіанство, возникшее на Востокѣ, но прежде всего распространившееся на Западѣ, дѣлается позднѣе высшимъ духовнымъ посредникомъ и съ этого времени начинается все болѣе и болѣе дѣятельное сношеніе между западными и восточными народами. Движеніе христіанства—(крестовые походы),—проникшее до Персіи; дѣятельныя торговыя сношенія и завоеванія, особенно Голландцевъ и Англичанъ,—и наконецъ, въ новѣйшее время, дѣлающіяся все болѣе и болѣе извѣстными — индійская литература и древнѣйшіе памятники Египта и Месопотаміи (Вавилонъ Ниневія):—всѣ эти факты доказываютъ постоянно усиливающееся стремленіе и воздѣйствіе западнаго духа на Востокъ. Древнѣйшія образованныя государства дѣлаются извѣстными и народы, скрывавшіеся подъ слоемъ тысячелѣтій, открываются западному образованію. Не достаетъ еще подобнаго вліянія западнаго образованія на Африку, внутреннія страны которой, можетъ быть, также скрываютъ древнія образованныя государства. Если внѣшняя связь между всѣми народами однажды сдѣлается возможной, тогда должно начаться между ними во всѣхъ направленіяхъ духовное взаимодѣйствіе и истинное воспитаніе человѣчества. Здѣсь предстоитъ рѣшить весьма важную задачу Германскимъ, Романскимъ и Славянскимъ народамъ. Духъ этихъ народовъ, въ настоящее время, все болѣе и болѣе влечется къ Востоку. Если даже сначала опредѣляющимъ побужденіемъ къ тому будутъ интересы могущества и владычества, то все-таки результатомъ будетъ развитіе. Но для оживленія восточныхъ народовъ должны быть употреблены въ дѣло всѣ рычаги цивилизаціи: религія, философія, искусство, наука, промышленность и торговля, чтобы оторвать эти народы отъ ихъ односторонности и дать имъ новое содержаніе, вмѣсто старыхъ отжившихъ формъ. Англія въ новѣйшее время начала не безъ успѣха истинно-гуманизирующее воспитаніе индійскаго народа, въ высокой мѣрѣ одареннаго умственно, но глубоко упавшаго и оставшагося въ продолженіи тысячелѣтій въ совершенномъ застоѣ. Потому, возрожденіе Индійскаго народа да послужитъ первымъ очевиднымъ доказательствомъ способности восточныхъ народовъ къ новой жизни.

Древне-индійскимъ народомъ мы и начнемъ нашу исторію права.

§ 1. *Индійцы и развитіе ихъ образованности вообще.*

Историческое развитіе образованности Индійцевъ (8), все болѣе и болѣе раскрываемое новѣйшими изслѣдованіями, болѣе нежели исторія какого-либо другаго народа, имѣетъ тотъ особенный, высокій для насъ интересъ, что мы можемъ прослѣдить

---

(8) Новѣйшія сочиненія объ этомъ предметѣ слѣдующія: „Indische Alterthumskunde» von *Chr. Lassen.* 2 Bd. 1847. Авторъ этого сочиненія обѣщаетъ представить также духъ индійскаго народа относительно государственнаго и семейнаго быта; «Ideen über

здѣсь съ достаточной опредѣленностью всѣ фазы развитія культуры, со всѣми ея уклоненіями отъ прогресса, съ своего начала до временъ позднѣйшихъ. Хотя хронологія Индійцевъ не такъ точна, какъ хронологія другихъ восточныхъ народовъ, за то внутренняя, существенная, періодическая послѣдовательность образованія является такъ ясно, какъ нигдѣ. И такъ какъ право находится на Востокѣ въ тѣсной связи со всею вообще этической жизнью народа, то мы можемъ вмѣстѣ съ ней прослѣдить у Индійцевъ и развитіе права съ самаго его начала. Потому, прежде всего здѣсь должно быть изложено развитіе всей культуры этого народа вообще и потомъ въ области права, которое, какъ уже прежде замѣчено, должно разсматриваться, какъ только *часть* всей культуры вообще.

I. *О развитіи образованности Индійцевъ вообще.*

Развитіе образованности Индійцевъ шло рука объ руку съ перемѣною и расширеніемъ ихъ мѣста жительства. Въ первобытныя времена они жили вмѣстѣ съ другими народами Арійскаго племени; во второмъ періодѣ, съ котораго начинается собственно ихъ исторія, они населили западныя области Инда и пятирѣчіе (Пенджабъ); третій періодъ начинается на восточной сторонѣ—занятіемъ долины Ганга и на южной сторонѣ—колонизаціей странъ отъ Инда до западныхъ склоновъ Виндже, гдѣ около половины шестаго столѣтія до Р. Х. процвѣтало обширнѣйшее Индійское государство. (9) Третій періодъ есть время борьбы съ древними, не арійскими, но принадлежащими большею частью къ черной расѣ, народами: Чандалеми на Гангѣ, Черными Судрами на Индѣ и Гондами на горахъ Виндже (гдѣ этотъ народъ живетъ въ ущельяхъ еще и теперь). Въ этотъ періодъ, въ земляхъ Ганга возникла система кастъ, ихъ литература и наконецъ ихъ реформа черезъ Буддизмъ. Въ четвертомъ періодѣ колонизація проникаетъ въ южный Деканъ, гдѣ покоряются туземные Паріасы и потомъ, около 543 г: до Р. Х., на островъ Цейлонъ, который въ половинѣ третьяго столѣтія до Р. Х. сдѣлался главнымъ мѣстомъ Буддизма, изгнаннаго изъ Индостана.

О первобытномъ времени, т: е: о *первомъ періодѣ* въ древнѣйшей литературѣ *Веды* (коренное слово *Ved*, откуда въ латинскомъ языкѣ слово *videre*, соотвѣтствующее нѣмецкимъ словамъ — *Wissen Schauung* — знаніе, вѣденіе), говорится весьма мало; но замѣчательно то, что пѣсни *Ригведы*, древнѣйшій изъ четырехъ Ведъ (Ригведа, Самаведа, Яурведа и Атарваведа), содержатъ въ себѣ точно такія же религіозныя воззрѣнія, какія мы находимъ у древняго Зендскаго народа, Грековъ, Итальянцевъ, и Германцевъ. Послѣднее обстоятельство приводитъ къ заключенію, что всѣ эти народы имѣли нѣкогда одно общее мѣстожительство. Такъ представленія объ отцѣ Неба-Діауспитарѣ (Ζευς, Diespiter); объ окружающемъ міръ небесномъ пространствѣ — *Varuna*, Ουρανος о матери землѣ; о лучахъ солнца, какъ о пасущихся коровахъ; о могущественномъ Богѣ, управляю-

---

Politic u. s. w.» v. *Heeren*. Bd. 1; «Das alte Indien mit Rücksicht auf Aegypten,» v. *Bohlen*; въ энциклопедіи Эрша и Грубера Sect. II Bd. 17, 1849 — основательная статья, занимающая почти цѣлый томъ v. *Ih. Benfey;* Für Literatur u. Geschichte der Veda» V. *Roth* 1845; U. «Vorlesungen über indische Literaturgeschichte» v. *Weber*, 1852

(9) Уже за 1000 лѣтъ до Р. Х. западный берегъ Декана былъ населенъ индо-арійскимъ племенемъ. Что древній Офиръ, съ которымъ во время Соломона существовали торговыя сношенія Финикіянъ и Іудеевъ, нужно искать на берегахъ Индіи, основательно доказалъ *Benfey* ib. S. 25 — 33 и *Lassen* (ib I. 538), изъ которыхъ послѣдній мѣстомъ Офира считаетъ берегъ Абгиры.

щемъ молніею и громомъ; о переходѣ исчезнувшей души въ воздухъ, которую вѣтеръ на своихъ крыльяхъ, какъ вѣрная собака, сопровождаетъ и приводитъ въ предназначенное ей мѣсто; — все это показываетъ тождество *Sarameya* и Ἑσηειας (10). Въ это первобытное время, когда арійскія племена имѣли такія общія основныя воззрѣнія, божество признается дѣятельнымъ и въ природѣ и въ ея явленіяхъ, но не отличается отъ нея, а также не отождествляется съ ней. Выраженіемъ для этого древнѣйшаго воззрѣнія, кажется *Ом*, также *Аит*, съ котораго позднѣе начиналась всякая молитва и которое всегда употреблялось для обозначенія первобытнаго существа, какъ единаго, высшаго и цѣлаго, обозначая также атмосферу, небо и землю, а позднѣе и единство Тримуртиса (11).

Въ *второмъ періодѣ*, когда Индійскій народъ достаточно укрѣпился въ областяхъ Пятирѣчія, были сочинены гимны или пѣсни Ригведы, хотя ихъ настоящая редакція и относится къ позднѣйшему періоду. Изъ этихъ пѣсенъ мы почерпаемъ свѣденія о жизни Индійскаго народа въ этотъ періодъ времени (12). Главнѣйшіе пункты суть слѣдующіе: Божество,—подобно пониманію Персовъ, — почитается какъ существо свѣта въ трехъ явленіяхъ свѣта: какъ Богъ огня — *Агни*, Богъ грома и молньи—*Индра* и какъ Богъ солнца—*Сурія*. Системы кастъ не существуетъ и народъ раздѣляется на мелкія племена, которыя занимаются земледѣліемъ и скотоводствомъ, и весьма часто враждуютъ между собою. Споры за коровъ были постоянной причиной вражды между племенами. Относительно брака существовала моногамія; жена уважается и по своему внутреннему призванію участвуетъ въ сочиненіи религіозныхъ гимновъ и пѣсенъ. Жрецы, какъ особенное сословіе, еще не существуютъ; но были семейства пѣвцовъ, въ которыхъ процвѣтало сочиненіе и знаніе гимновъ; изъ этихъ семействъ возникла потомъ каста жрецовъ. Во главѣ каждаго маленькаго общества стоитъ король, который есть вмѣстѣ съ тѣмъ и верховный жрецъ относительно общественныхъ жертвоприношеній, точно также какъ каждый домовладыка есть верховный жрецъ

---

(10) См: *Weber* ib. S. 34.

(11) См. *Кодексъ Ману*, II. 74—77; *Benfey*, ib. S. 159 u. ff. объясняетъ причины, почему слѣдуетъ принимать въ это первобытное время у Индійцевъ существованіе единобожія, впослѣдствіи преобразовавшагося въ политическое служеніе природѣ.

(12) *Weber* (S. 37). говоритъ: "Индійскій народъ является какъ въ древнихъ пѣсняхъ Ригведы населяющимъ берега Инда и раздѣленнымъ на мелкія племена, которыя, враждуя между собою, ведутъ патріархальную, кочевую и земледѣльческую жизнь. Народъ живетъ отдѣльно маленькими обществами, короли которыхъ защищаютъ ихъ другъ отъ друга войнами передъ Богами общественными жертвоприношеніями. Отецъ семейства считается жрецамъ въ своемъ долго: онъ зажигаетъ священный огонь и исполняетъ домашніе обряды, посвящая богамъ хвалу и молитвѣ. Но общественныя жертвоприношенія, почитающіяся праздникомъ цѣлаго племени, исполняются только королемъ; при этомъ назначаются особые жрецы, отличающіеся какъ знаніемъ въ исполненіи обрядовъ, такъ и мудростію; между жрецами происходилъ родъ соревнованія, смотря потому, какому роду больше будетъ благопріятствовать счастіе отъ жертвоприношенія. Въ древнія времена вліяніе этихъ королевскихъ жрецовъ не простирается далѣе упомянутаго случая; кастъ еще не существуетъ, весь народъ составляетъ одно цѣлое, носитъ одно общее имя «*Viç*», что значитъ „*поселенецъ*" (названіе, сохранившееся въ Литовскомъ нарѣчіи еще до настоящаго времени). Замѣчательно также въ это время свободное положеніе женщины: мы находимъ превосходныя пѣсни, которыя приписываются женщинамъ — поэтамъ и королевамъ. Но любовь, какъ нѣжное и идеальное начало, выражается весьма слабо, любовь носитъ печать одной лишь естественной чувственности. Бракъ почитается священнымъ учрежденіемъ: мужъ и жена, оба суть властители дома (Dampati) и близки къ богамъ въ общественныхъ молитвахъ. Скромное воззваніе къ богамъ чуждо индійскому, народу: „дай ты мнѣ я тоже тебѣ дамъ" говоритъ индіецъ и тѣмъ выражаетъ свое право на помощь боговъ; это есть не испрашиваніе милости, а какъ-бы требованіе должнаго. Въ этой свободной силѣ, въ этомъ самосознаніи образъ Индійца представляется намъ совершенно другимъ, болѣе мужественнымъ и благороднымъ, нежели какъ мы его привыкли видѣть во времена позднѣйшія.

въ своемъ семействѣ. Наконецъ существуетъ вѣра въ безсмертіе души, но не въ переселеніе душъ, позднѣйшее порожденіе Брамановъ (13). Но народъ въ этотъ періодъ времени является преданнымъ пьянству и игрѣ, въ немъ господствуетъ безнравственность и свойственный, какъ арійскому, такъ и семитическому племени, порокъ распутства и неразрывно связанная съ послѣднимъ жестокость нравовъ. Напротивъ въ другихъ основныхъ чертахъ, какъ напр: въ святости брака и уваженіи къ женщинамъ, можно узнать тѣ добродѣтели, которыя мы находимъ снова у древнихъ Грековъ и Римлянъ, равно какъ у Германцевъ и Славянъ, у которыхъ эти добродѣтели послужили главнымъ основаніемъ болѣе благороднаго общественнаго порядка.

Въ *третьемъ періодѣ* мы находимъ Индійскій народъ распространившимся въ верхней части *Индостана*, по верховьямъ и срединѣ *Ганга*. Было-ли причиною переселенія чрезмѣрное увеличеніе народонаселенія, или потребность болѣе лучшихъ земель—это неизвѣстно. Извѣстно лишь то, что эти земли были завоеваны послѣ долгой войны съ туземными дикими племенами. Вслѣдъ за тѣмъ начинается долговременная борьба между переселившимися и переселяющимися племенами, потомъ возникаетъ внутренняя жестокая борьба за право верховнаго владычества въ новомъ отечествѣ между жрецами и воинственными предводителями переселенія, которые достигли во время долголѣтнихъ войнъ высокаго положенія. Окончательная побѣда осталась на сторонѣ жрецовъ, соединившихся въ одно сословіе при помощи народа, смотрѣвшаго на это сословіе, какъ на хранителей драгоцѣнныхъ преданій и какъ на посредниковъ между народами и богами, дарующими послѣднему миръ и благополучіе. Теперь развивается новый порядокъ, который поддерживается метафизически-религіозной и соціальной системой жречества, существенно измѣнившей прежнія ученія и направленія. Духовная жизнь народа слабѣетъ и рушится. Продолжительныя войны, которыя всегда порождаютъ и поддерживаютъ деспотизмъ, разрушили прежнія свободныя, общественныя учрежденія племенъ и предали всю власть въ руки военной аристократіи и сословія жрецовъ; остальная-же часть народа была превращена въ крестьянъ, изъ которыхъ выдѣлились впослѣдствіи ремесленники и торговцы. Такое уже фактическое состояніе получило санкцію посредствомъ системы, которая опредѣлила также положеніе покоренныхъ туземцевъ, относительно ихъ новыхъ властителей. Эта система была—*система кастъ*, которая однако лишь постепенно изъ практической дѣйствительности перешла въ теорію. Эта теоретическая система была подготовлена посредствомъ предпринимаемыхъ жрецами собраній, замѣтокъ и множества передѣлокъ *Веды*, явившейся въ предъидущемъ періодѣ. Такъ преобладаетъ совершенно другой духъ въ древнѣйшей Ригведѣ и въ возникнувшей въ этомъ періодѣ Атарваведѣ: въ первой проявляется теплая любовь къ природѣ, въ послѣдней-же робкій страхъ предъ злыми духами и ихъ чародѣйствомъ. Прежде всего древнѣйшая религія преобразуется въ богослуженіе *Брамы*, и тройной ипостасѣ его: Брамѣ, Вишну и Сивѣ, которые суть три откровенія высочайшаго Брамы. Здѣсь, отъ смѣшенія различныхъ взглядовъ на постепенное возвышеніе

---

(13). Въ древнихъ гимнахъ Веды небо представляется жилищемъ души. Въ одномъ воззваніи Ригведы говорится слѣдующее: „гдѣ вѣчный свѣтъ, гдѣ обитаетъ блескъ солнца, неси меня туда, въ этотъ безсмертный и вѣчный міръ! гдѣ царствуетъ сынъ „*Вивавсвата*" (братъ Ману—перваго человѣка), „гдѣ сокровеннѣйшія глубины неба, гдѣ текутъ большіе воды, гдѣ всегда есть желанія, блаженство, довольство и веселье гдѣ царствуютъ одни лишь радости и восторги,—тамъ я хочу быть безсмертнымъ." См: ст: *Roth* въ «Zeitschrift der deutschen morgenländ: Gesellschaft.» IV. S. 427 и Дункера ib. Bd. 2. S. 26. Весьма древнее повѣрье, что души предковъ носятся въ воздухѣ и нуждаются въ пищѣ, было, кажется, одною изъ существенныхъ причинъ возникновенія обычая приносить жертвы по умершимъ.

существъ, на постепенное нравственное возвышеніе душъ и круговоротъ предметовъ, видимый въ природѣ и перенесенный на жизнь духовную, возникаетъ ученіе о *переселеніи душъ* вмѣстѣ съ ученіемъ о двоякой загробной жизни на небѣ и въ аду, изъ которыхъ послѣдній изображается особенно яркими красками ужаса, при чемъ страшныя наказанія ада олицетворяются на землѣ въ перерожденіяхъ. Наконецъ *система кастъ* получаетъ метафизически—религіозное основаніе, возникаютъ четыре касты, представляющія постепенность творенія Брамы и притомъ изъ него самого. Такъ отъ рта Брамы произошли *Брамины* (жрецы, ученые, государственные сановники); отъ рукъ *воины*, *Кшатріа*, къ которымъ, по рожденію, принадлежитъ и король; отъ бедръ—*Вансіа* (каста, занимающаяся земледѣліемъ, ремеслами и торговлей); отъ пятокъ — *Судры* (слуги и рабы.). Первыя три касты принадлежали народу арійскаго племени и назывались (по религіи) дважды-рожденными—*Двиджами* (Dridja); четвертую-же касту, по всѣмъ вѣроятіямъ, составляли побѣжденные жители, принявшіе религію побѣдителей. Кромѣ этихъ четырехъ кастъ были еще *Джандалы*, состоящіе изъ необращенныхъ туземцевъ, къ которымъ присоединялись также всѣ исключенные изъ высшихъ кастъ за непозволенные союзы и сношенія съ низшими кастами. Этотъ новый общественный порядокъ кастъ съ его ученіемъ о религіи, нравственности и правѣ установляется законодательствомъ *Ману*, которое имѣло нѣсколько редакцій.

Въ это время, время покоя и досуга многихъ столѣтій, создаются огромныя этическія стихотворенія: *Маіа—Барата*, описывающее борьбу между арійскими племенами и туземцами Индостана и заключающее въ себѣ, какъ эпизодъ, замѣчательную философскую энциклопедію, называемую *Багавадъ—Гита* (14); и *Рамаяна*, имѣющая, какъ кажется, своимъ предметомъ историческій фактъ—распространеніе арійской образованности на югѣ (въ Деканѣ) и въ особенности на островѣ Цейлонѣ.

Въ это время *философское созерцаніе* развивается во всѣхъ направленіяхъ такъ, что философія индійцевъ представляетъ уже всѣ возможныя формы развитія, чрезъ которыя можетъ пройдти человѣческій духъ. Между этими главными системами (15) однѣ изъ нихъ считаются правовѣрными, другія неправовѣрными. Изъ послѣднихъ одна система *Санкія* (обсужденіе) *Капилы* выставляющаго идеальный спиритуализмъ, сдѣлалась исходнымъ пунктомъ религіозной реформаціи Буддизма, съ котораго начинается четвертый періодъ. *Четвертый періодъ* начинается религіозной и политической реформаціей религіи Браминовъ и системы кастъ посредствомъ Буддизма. *Будда* (просвѣщенный), относительно времени появленія котораго преданія этой секты колеблются между 2422 и 543 г. предъ Р. Х. (послѣдній годъ принятъ теперь многими и почитается южными буддистами за начало своей эры), примкнувъ къ упомянутому ученію *Санкхія*, представляетъ въ своемъ ученіи идеальный пантеизмъ, въ которомъ первоначальное бытіе понимается до такой степени отрѣшеннымъ отъ всякихъ осо-

---

(14) В. ф. Гумбольтъ (въ «histor, philol. Abhandl. der Berl. Akad,» 1825) даетъ весьма ясное понятіе о Багавадъ—Гитѣ. Время этого произведенія Гумбольдъ относитъ къ 1000 г. до Р. Х., но по новѣйшимъ изслѣдованіямъ это произведеніе должно быть отнесено къ позднѣйшему времени.

(15). О философскихъ системахъ главнѣйшимъ сочиненіемъ остается до сихъ поръ статья *Колеброка* (въ «Asiatic Researches»), переведенная съ Англійскаго языка на французскій подъ заглавіемъ: Essai sur la philosophie des *Hindous*» par G. *Pauthier*. Послѣ Колеброка замѣчательны въ этомъ отношеніи: вышеприведенное сочиненіе *Benfey* (S. 258 u. fl.) и. «Die Philosophie im Fortgang der Weltgeschichte» v. *Windischmann*, Bd. I.

бенностей, что прежде видѣли въ этомъ ученіи атеистическій нигилизмъ. Между тѣмъ Будда хотѣлъ только освободить духъ отъ постояннаго перехода отъ жизни къ смерти, посредствомъ соединенія его съ первоначальнымъ бытіемъ въ блаженномъ состояніи—*Нирвана*. Къ такому состоянію приводятъ шесть добродѣтелей: раздача милостыни, нравственность, наука, дѣятельность, терпѣніе и любовь къ ближнему. Кровавыя жертвы, равно какъ политеизмъ Браминовъ и система кастъ совершенно опровергаются этимъ ученіемъ. Но въ самомъ Индостанѣ Буддизмъ, вѣроятно вслѣдствіе его строгой морали, нашелъ слабый отголосокъ въ разслабленномъ народѣ, чувственныя склонности котораго еще и теперь поощряются Браминами посредствомъ новаго великолѣпнаго богослуженія Кришнѣ и женскимъ божествамъ. Но лишь послѣ продолжительной борьбы съ Браминами буддизмъ былъ вытѣсненъ изъ Индостана и распространился въ древнемъ мѣстѣжительства Индійцевъ въ Пенджабѣ, куда система кастъ не проникла еще до сихъ поръ. Потомъ мало по малу Буддизмъ распространился въ Тибетѣ, около 200 г: до Р. Х., въ Китаѣ и за 240 л. до Р. Х. на островѣ Цейлонѣ (16). Позднѣе, Буддизмъ переобразовался въ Тибетѣ въ огромную іерархическую систему съ *Далай — Ламой* во главѣ. Тибетъ въ настоящее время есть главное мѣсто Буддизма. Слѣдующая за тѣмъ реформа, возникшая въ XV столѣтіи вслѣдствіе попытокъ примирить древнѣйшее религіозное ученіе съ Исламомъ, (хотя сильно преслѣдующая религію Браминовъ, но не уничтожающая ея совсѣмъ), посредствомъ ученія *Манака*, основателя секты *Сиксовъ*, проповѣдывавшихъ почитаніе Бога безъ образовъ и церемоній, и не весьма строгую мораль,—ограничилась только областью Пенджаба и притомъ весьма скоро выродилась. Новѣйшій опытъ представить религіозно-политическую систему ученія Браминовъ въ ея сущности, посредствомъ научнаго обращенія къ древнѣйшимъ основаніямъ ученія Веды и посредствомъ изложенія позднѣйшихъ измѣненій, былъ произведенъ, безъ сомнѣнія подъ вліяніемъ религіозныхъ и нравственныхъ идей христіанства, (встрѣтивъ сопротивленіе состороны англійскихъ миссіонеровъ), — высоко образованнымъ Браминомъ—*Раммогунъ—Ройемъ* (17), который посѣялъ сѣмена, приносящія теперь радостные плоды. Многое предвѣщаетъ, что великое Индійско—

---

(16). Буддизмъ послѣ Христіанства считается религіею наиболѣе распространенною; число его приверженцевъ по изчисленію однихъ простирается до 192 милліоновъ, — другихъ-жедо 295 мил., но по болѣе вѣрному исчисленію, Христіанъ считается 260 мил., буддистовъ 240 мил. мусульманъ 138 мил., браминовъ 117 мил., Іудеевъ 3 мил..

(17). О *Раммогунѣ — Ройѣ*, который умеръ въ Лондонѣ въ 1833 г:, путешествуя съ ученой цѣлью по Европѣ, см: статью *Pauthier*, въ парижскомъ «Revue encyclopédique» (Dieembre 1832, p. 694—706) и болѣе новую статью въ «Magazin der Literatur des Anslandes» (1852, S. 218), гдѣ говорится: „между тѣмъ число приверженцевъ Раммогунъ — Ройя увеличивалось постоянно; они образовали, такъ называемое, общество Брамы, собирались въ извѣстный день, гдѣ попеременно читалась Веда и говорились духовныя рѣчи на бенгальскомъ языкѣ. Сочиненныя самимъ Раммогунъ — Ройемъ пѣсни заключали обыкновенно унитарное богослуженіе. Юное общество учредило собственную типографію, печатало брошюры на бенгальскомъ языкѣ и занималось изданіемъ сочиненій о Ведантѣ (философская система, основанная на ученіи Веды). Въ противоположность этому обществу Брамы возникло скоро общество Дарма, или союзъ закона. Такимъ образомъ, хотя малая часть Индійскаго народа, опустившагося умственно, пришла въ броженіе, которое могло — бы въ короткое время распространиться по всему Индостану и улучшить нравственный бытъ этого несчастнаго народа.“ По новѣйшимъ извѣстіямъ, сообщаемымъ азіатскимъ обществомъ, Индійскіе ученые дѣятельно занимаются научными изслѣдованіями индійской древности, чѣмъ значительно облегчатся изслѣдованія Европейскихъ ученыхъ. Нѣмцу трудно думать объ Индіи, чтобы не вспомнить словъ Юста *Мезера*: „Нѣмецкій полководецъ командовалъ — бы на Гангѣ, если — бы нѣмецкій народъ въ критическое время чувствовалъ себя довольно сильнымъ, чтобы поддержать и сохранить могущество древняей Ганзы,“ Желательно, по крайней мѣрѣ, чтобы нѣмецкая наука въ дѣлѣ образованія приняла — бы болѣе дѣятельное участіе относительно индійскаго народа.

арійское племя, хотя сильно опустившееся, но еще крѣпкое и тѣлесно и умственно, по высочайшему предопредѣленію провидѣнія, съ помощью своихъ образованныхъ Европейскихъ соплеменниковъ и современнаго англійскаго управленія, какъ споспѣшествующаго истинному образованію и развитію, снова будетъ пробуждена къ новой жизни.

§. 2. *Индійское право, разсматриваемое по его источникамъ и характеру.*

Индійское право, изложенное въ тѣсной связи съ развитіемъ культуры и происходящими черезъ то измѣненіями, можетъ быть также изслѣдуемо въ его постепенномъ образованіи, болѣе точно, чѣмъ у всякаго другаго восточнаго народа, по своимъ источникамъ (18).

1) Древнѣйшія сочиненія о правѣ и обычаяхъ принадлежатъ литературѣ Беды, слѣдовательно, по своему содержанію, къ вышеозначенному второму періоду образованности и носятъ названіе «*Смартасутра*», т. е. такія, которыя основываются на «*Смрити*». Смрити-же означаетъ память и то, что составляетъ предметъ памяти. Слѣдовательно древнѣйшимъ источникомъ права было то, что жило въ памяти, въ преданіи (19), подобно тому, какъ мудрость старцевъ служила источникомъ нѣмецкаго права. Такимъ образомъ индійское право получило письменную форму въ третьемъ періодѣ, когда все болѣе и болѣе грозила опасность потерять драгоцѣнныя воспоминанія и преданія. Вліяніе браминовъ на редакцію очевидно. Не смотря на то, мы получаемъ изъ этого права богатое сокровище древнѣйшихъ воззрѣній. Право этого періода особенно отличается отъ позднѣйшаго законодательства Ману болѣе чистымъ пониманіемъ брачныхъ и родственныхъ отношеній.

2) Второе главное сочиненіе, болѣе извѣстное, нежели всѣ другія, есть кодексъ *Ману* (Manasa-Dharma-Sastra, т. е. собраніе законовъМану) (20), возникшее послѣ побѣды системы ученія Браминовъ, многократныя редакціи кото-

---

(18) Объ Индійскомъ правѣ смотри прежде всего «die Angabe derd aranfsich begiehenden Literetur von *Spangenberg* «въ Zeitschrift für die Gesetzgeb. und Bechtsw. des Auslandes «Bd IV S. 64». Bibliotheca sansarita «v. *Hildemeister* 1847»; Varlesungen über ind. Liter. v. *Weber* 1852. Объ отдѣльныхъ отрасляхъ права слѣдующія: Two treatises in the hindu lev uf in heritance «of *Colebrooke*. Калькута 1810»; Erbrecht v. *Gans* u. s. w. Bd. I. «Specimen juris criminalis Indor» von *Stengler* 1842; Jus motrimonii veterum Judor. «etc: v. *Kalthaff* 1829»; Culturgeschichte v. *Klemm* Bd. I. S. 374—407.

(19) См. *Weber* ib. S. 16. Странно, что *Варкенигъ* не упоминаетъ о столь важномъ источникѣ.

(20) Ману не есть историческое лицо, но первый, происшедшій отъ Брамы, человѣкъ, manas, mens-Mensch), который разумно понялъ и опредѣлилъ отношенія жизни къ божественному. Индійцы даютъ имя Ману 14-ти лицамъ, изъ которыхъ каждое представляетъ отдѣльный періодъ. Сначала являются у Ману и первому изъ нихъ приписываютъ сочиненіе законодательства. *Бригу*, тоже лицо миѳическое, собралъ и составилъ это законодательство. *Chezy* полагаетъ возникновеніе этого законодательства за 1300 л. до Р. Х., потому что въ этомъ кодексѣ не упоминается о Будизмѣ, появившемся за 1000 лѣтъ до Р. Х. *Benfey* (ib. S. 229) относитъ окончаніе этаго законодательства только къ третьему вѣку до Р. Х. мы же, относительно этаго вопроса, какъ уже сказано въ текстѣ, держимся мнѣнія Дункера, который (ib. Bd. 2. S. 95) полагаетъ, что редакціи кодекса Ману закончились

раго заканчиваются, вѣроятно, около 600 г. до Р. Х. Это сочиненіе содержитъ въ себѣ въ тѣсной связи регулированіе всего этическаго религіознаго, нравственнаго и правоваго порядка жизни, но такимъ образомъ, что за каждымъ нарушеніемъ предписаній слѣдуетъ наказаніе то религіозное и нравственное, то внѣшне-правовое. Этимъ законодательствомъ, касающимся самыхъ малѣйшихъ обстоятельствъ внѣшней и внутренней жизни, отнято у индійскаго народа всякое свободное развитіе жизни. Хотя это законодательство въ теченіи столѣтій, вслѣдствіе развивающихся мало по малу отношеній и обычаевъ, испытало нѣкоторыя измѣненія и смягченія (частью также и ухудшенія чему можетъ служить доказательствомъ образовавшійся обычай сжигать женъ по смерти ихъ мужей); но, тѣмъ не менѣе деспотическій и угнетающій духъ этого законодательства остался.

Послѣ кодекса Ману индійское право испытывало мало по малу существенныя измѣненія. W. Jones въ концѣ своего англійскаго перевода замѣчаетъ, что индійскіе ученые держатся того мнѣнія, что кодексъ Ману могъ быть примѣняемъ только въ первые три вѣка, но теперь, въ вѣкъ Кали-Юга, «когда наступаетъ уменьшеніе духовныхъ и нравственныхъ способностей человѣка», во многихъ учрежденіяхъ, относительно системы кастъ, семейнаго быта, наслѣдственнаго права и т. д. должны существовать другія правовыя опредѣленія, т. е. по нашему понятію, смягченіе строгости и лучшія опредѣленія, которыя явленіемъ своимъ обязаны частью Исламу, а въ новѣйшее время христіанству. Кодексъ Ману есть основаніе и исходный пунктъ богатой юридической литературы, писанной отчасти на Санскритскомъ, отчасти на новѣйшемъ индійскомъ языкѣ. Въ ней между II и V столѣтіемъ до Р. Х. замѣчательно послѣ кодекса Ману сочиненіе *«Ujnavalkya»* (21), (научающее изготовленію документовъ на металическихъ пластинкахъ на пріобрѣтеніе и передачу земель и трактующее объ устройствѣ монастырей, предметы, о которыхъ не упоминается въ законахъ Ману). Это сочиненіе, состоящее изъ трехъ, почти равнаго объема книгъ, показываетъ успѣхи относительно точности и опредѣленности выраженія.

Позднѣе образовалась новая наука права, появилось много собраній сочиненій (большею частію въ декабрѣ), вслѣдствіе практическихъ потребностей жизни подъ покровительствомъ и по приказанію разныхъ королей и князей. Когда Англичане въ 1765 г. (по трактату, заключенному въ Аллагабадѣ) пріобрѣли владычество въ Бенгалѣ и рѣшились управлять индійцами по ихъ туземнымъ законамъ, *Варрекъ Гостингъ* (тогдашній Генералъ-Губернаторъ Индіи), поручилъ одиннадцати Брамінамъ сдѣлать извлеченіе изъ важнѣйшихъ сводовъ закона, которое было потомъ переведено съ персидскаго на англійскій языкъ и появилось въ Лондонѣ

---

600 г. до Р. Х. Кодексъ Ману переведенъ на Англійскій языкъ *Джонсомъ* въ Калькутѣ въ 1796, и *Кольбрукомъ* въ Лондонѣ въ 1801 г. на Французскій его перевелъ Laseleur des Longehamps въ Парижѣ, 1833; новое изданіе французскаго перевода появилось въ «Livres sacrès de l'orient» par 9. *Pauthier* 1840. Кодексъ Ману раздѣляется на 12 книгъ, каждая книга разд. на *Слоки* или *Стансы*, написанныя двустишіями. Эти 12 книгъ содержатъ: 1) Созданіе, 2) Таинства и время искуса, 3) Бракъ и обязанности главы семейства, 4) промыслы, 5) правила воздержанія, 6) очищеніе женщинъ, 7) поведеніе королей и воиновъ, 8) обязанности судей; гражданскіе и уголовные законы, 9) продолженіе гражданскихъ и уголовныхъ законовъ и обязанности земледѣльца, ремесленника, слугъ, въ особенности обязанности супруговъ и права наслѣдства, 10) Смѣшанныя классы и времена печали, 11) Раскаяніе и примиреніе, 12) переселеніе душъ и конечное блаженство.

(21) Это сочиненіе написано на Санкритскомъ языкѣ и издано въ нѣмецкомъ переводѣ *Stengler*, 1849: въ предисловіи обозначается отношеніе этого сочиненія къ кодексу Ману, см. объ этомъ также у *Weber* въ его «roresungen u. s. w.» s 243 u. tt.

въ 1776 году, подъ заглавіемъ Code of gentoo law) (22). Съ этого времени начинается въ Европѣ изученіе Санскритсаго языка.

Различные періоды правовой и нравственной жизни Индійцевъ, съ относящимися къ нимъ различными источниками права, въ историческомъ очеркѣ (23) должны быть представляемы отдѣльно. Здѣсь-же будутъ представлены главныя черты этическаго порядка жизни Индійцевъ по кодексу Ману. Основныя чеуры суть слѣдующія:

Хотя *система кастъ* установлена Браминами на основаніяхъ выдуманной метафизически-религіозной системы, и въ видахъ ихъ собственныхъ интересовъ, но, тѣмъ не менѣе она показываетъ разумную умѣренность, именно что Брамины вовсе не старались захватить власть непосредственно въ свои руки. Эта система ясно признаетъ *короля*, (который хотя и принадлежитъ ко второй кастѣ), дѣйствительнымъ властителемъ государства, которому Брамины подвластны въ общественно-правовомъ отношеніи. Высшее преимущественное положеніе касты Браминовъ есть только религіозное и нравственное, внушаемое лишь предписаніями религіи посредствомъ угрозы страшными наказаніями ада. Слѣдовательно, это Индійское государство не есть государство жрецовъ. Такое раздѣленіе власти и такія преимущества, которыя имѣла каста Браминовъ для того, чтобы тѣмъ регулировать внѣшнюю общественную власть, безъ сомнѣнія, способствовали, долгому существованію этой системы.

Справедливость принимается, какъ руководящій принципъ государства и какъ первая обязанность государя. Но справедливость потеряла свой существенный моментъ единства и равенства и является различною относительно *правъ различныхъ кастъ*. Различіе кастъ болѣе или менѣе обусловливаетъ личную правоспособность относительно брака, наслѣдственнаго, имущественнаго и въ особенности уголовнаго права. Въ кастахъ существуетъ главное различіе между дважды рожденными, *Двиджами*, т. е. первыми тремя кастами и Судрами.

Характеристическая черта кодекса Ману заключается въ томъ, что вся Индійская жизнь, во всѣхъ ея существенныхъ отношеніяхъ, связывается съ *жизнью загробной*, сама-же въ себѣ не имѣетъ никакихъ цѣлей и не находитъ никакого удовлетворенія. Какъ индійская философія старается прежде всего соединить индивидуальный духъ человѣка съ первоначальнымъ духомъ божества, такъ и законъ установляетъ отношенія земной жизни для цѣлей жизни загробной; но само Божественное, которое разсматриваетъ Индійцъ пантеистически, во вселенной, недаетъ никакого божественнаго значенія и святости земной жизни и всѣмъ ея существеннымъ учрежденіямъ, какъ напр. браку, и вызываетъ только стремленіе къ тѣснѣйшему соединенію съ первоначальнымъ единымъ. Но это направленіе, въ древнее время чуждо Индійской народной жизни; оно было вызвано религіозной системой Браминовъ. Хотя это направленіе показываетъ высокій смыслъ Индійскаго народа, но оно было вредно для жизни и сдѣлалось помѣхой всякому развитію.

---

(22) Это сочиненіе, ученымъ *Raspe*, переведено въ Гамбургѣ (1778) на нѣмецкій языкъ подъ заглавіемъ: «Gesetzbuch oder Sammlung der Gesetze der Pundit, d. h. der indischen Rechtsgelehrten».

(23) Такъ какъ этическое регулированіе жизни Индійцевъ можетъ имѣть для насъ только историческій интересъ, котому слѣдуетъ преимущественно обратить вниманіе на главнѣйшія различія въ правовыхъ жизненныхъ отношеніяхъ въ важнѣйшіе періоды, что до сихъ поръ никѣмъ еще не сдѣлано. Но правовыя отношенія не могутъ быть поняты независимо отъ внутреннихъ этическихъ мотивовъ жизни, которые потому прежде всего и должны быть изложены. Одинъ только *Gans* въ своемъ «*Erbrecht*» положилъ начало такому методу изложенія.

Въ *бракѣ* допускается полигамія, но изъ многихъ мѣстъ кодекса явствуетъ, что первоначально существовало моногамія, которая и признается болѣе совершенной формой относительно брачнаго союза. «Только тотъ супругъ», какъ сказано въ законодательствѣ Ману, «совершенный, который состоитъ изъ трехъ лицъ, — его жены, его самаго, и его сына». Брамины же представляютъ это положеніе такъ: «Супругъ вмѣстѣ съ своею женою составляютъ одно лицо» (24). Полигамія же установляется такимъ образомъ, что мужчина беретъ себѣ *первую* жену изъ своей касты, потомъ другую изъ слѣдующей нисшей касты, такъ что полигамія становится невозможной для Судра (25). Подъ опасеніемъ жестокихъ наказаній запрещается мужчинѣ нисшей касты даже глядѣть на женщину высшей касты, дѣти же происшедшіе отъ подобныхъ неравныхъ союзовъ исключаются изъ касты и причисляются къ Джандаламъ или Паріамъ.

Цѣль Брака, заключается не въ немъ самомъ, но только съ одной стороны, въ поддержаніи рода, съ другой стороны и преимущественно въ рожденіи сына, потому что только сыну можно приносить *жертвы* для успокоенія души усопшаго родителя, жертвы, посредствомъ которыхъ покойный, освобождаясь изъ ада, переносится на небо. Эта система жертвъ, приносимыхъ для успокоенія души умершаго родителя, развилась до такой степени, что привела къ узаконенію, въ послѣдствіи уничтоженному (26), что супругъ не имѣвшій отъ своей жены дѣтей, долженъ былъ дозволить ей родить сына отъ его брата или другаго какого либо родственника (Sapinda).

Вступленіе въ бракъ было возможно посредствомъ восьми формъ (27), что опредѣляется также кастовымъ различіемъ. Всѣ формы брака, коль скоро онъ совершенъ, считаются въ одинаковой мѣрѣ законными, хотя многія изъ нихъ опровергаются нравственно и религіозно.

Поведеніе мужа относительно жены должно быть достойно. Этотъ кодексъ хотя и имѣлъ менѣе высокое понятіе о женщинахъ (28), въ противоположность прежнимъ временамъ, представлявшимъ женщинъ почитаемыми священными писательницами, все таки говоритъ (29): «Тамъ, гдѣ женщины почитаются, боги бываютъ благосклонны, гдѣ же ихъ не почитаютъ, всѣ благочистивые поступки

---

(24) Ману 9. 45.

(25) Ману 3, 13. Что полигамія прежде была не дозволена, кажется явствуетъ также изъ 9, 67 гл. зак. Ману, гдѣ о Королѣ *Венѣ*, соединившимъ всю землю подъ свою власть, сказано, „что онъ, опутавъ разумъ чувственными страстями, произвелъ смѣшеніе кастъ“. Съ этого времени также прекращается бракъ, такъ называемый, „sapinda“ (гл. 9, 68.), который при полигаміи сдѣлался ненужнымъ и существованіе котораго до сего времени именно указываетъ на существованіи моногаміи.

(26) Ману 9, 59. срав. примѣчаніе въ концѣ законодательства, сд. *Jones'ому* 6. Smriti, I.

(27 Эти восемь формъ суть: слѣдующія 1) бракъ брамы, если отецъ передаетъ свою дочь, облеченную въ единую одежду, ученому изучающему св. писаніе (Веду), т. е. брамину, котораго онъ приглашаетъ къ себѣ; 2) бракъ боговъ, когда отецъ, нарядивши дочь наилучшимъ образомъ передаетъ ее жрецу, приносящему жертву, 3) бракъ святыхъ,—когда отецъ, для религіозной церемоніи или *для своей дочери* назначаетъ пару коровъ; 4) бракъ твореній, когда отецъ съ подобающею честью вѣнчаетъ дочь слѣдующими словами „исполняйте оба предписанныя вамъ обязанности“; 5) бракъ злыхъ духовъ, если женихъ, сообразно своему состоянію, приноситъ подарки невѣстѣ или ея родителямъ, (родъ купли, которая презирается); 6) бракъ небесныхъ пѣснопѣвцевъ, если онъ совершается по обоюдному обѣту, (бракъ, „основанной на склонности и радостяхъ любви“, тоже порицаемый); 7) бракъ исполиновъ, когда невѣста уводится насильно и 8) (всегда проклятый) бракъ вампировъ когда любовникъ овладѣваетъ женщиною спящею, пьяною или сумашедшею.—См. Ману. 3. 27—34. По М. 3, 25, бракъ злыхъ духовъ и вампировъ никогда не были законными. По другому взгляду 3, 24. эти браки допускались у низшихъ двухъ кастъ.

(28) Ману 9, 17.

(29) М. 3, 56.

не ведутъ ни къ чему. Въ семействахъ гдѣ мужъ и жена взаимно нравятся и довольны другъ другомъ, счастье обезпечено навсегда (30)».

Нужно также замѣтить, что полигамія, которая позднѣе переступила границы предписанныя закономъ, впервое время никогда ни даже у самыхъ могущественныхъ королей Индіи, не представляла такихъ уродливыхъ формъ, до какихъ она дошла у другихъ азіатскихъ народовъ Семитическаго племени. Относительно внѣшней жизни, Индійскія женщины постоянно имѣли большую свободу сравнительно съ женщинами другихъ народовъ востока.

Но женщины по этому закону никогда небыли *самостоятельны*. Онѣ, какъ говорится въ законодательствѣ, (31) находятся подъ покровительствомъ своего отца въ дѣтствѣ, подъ защитою своего мужа во время замужества, овдовѣя,— подъ покровительствомъ своихъ дѣтей (т. е, первороженнаго сына, или того, кто вмѣсто него будетъ главою семейства). То что пріобрѣтаютъ жены, дѣти и рабы, все принадлежитъ главѣ семейства; но жена и дѣти могли однако имѣть и отдѣльную собственность (32).

Разводъ дозволяется для обоихъ супруговъ по разнымъ причинамъ (33); расторженіе брака въ извѣстныхъ случаяхъ сопровождалось взысканіемъ съ имущества.

Въ наслѣдственномъ правѣ точно также, какъ и въ бракѣ, играютъ весьма важную роль *жертвоприношенія по усопшимъ* (34). Такъ какъ цѣль брака поддержаніе рода (семейства), то и законы, касающіеся наслѣдства имѣютъ цѣлью сохранить имущество семейства. Хотя право наслѣдованія, существеннымъ образомъ–наслѣдованіе по закону, однако отцу предоставляется право раздѣлять свое благопріобрѣтенное имущество какъ ему угодно, но непремѣнно между лицами имѣющими право наслѣдовать по закону. Когда отецъ умретъ, нераздѣливъ своего имущества, дѣти не могутъ дѣлить послѣдняго до тѣхъ поръ, пока жива ихъ мать. Старшій сынъ заступаетъ мѣсто отца, мать также поступаетъ подъ его защиту. Послѣ смерти матери, старшій братъ, *если онъ очень добродѣтеленъ*, можетъ владѣть всѣмъ имуществомъ, прочіе братья должны находится подъ его защитой, какъ подъ защитой своего отца (35). Однако братьямъ предоставляется право требовать раздѣла имущества, если они намѣрены выполнять свои обязанности отдѣльно (36). При раздѣлѣ принимается въ разсчётъ главнымъ образомъ два условія: происходятъ ли сыновья отъ *одной и той же матери* или отъ

---

(30) M. 3, 60.
(31) M. 9, 3.
(32) M. 9, 194.
(33) M. 9, 72 и слѣд.
(34) *Gans*, Erbrecth, I. § 251 u. flg. справедливо предполагаетъ и называетъ наслѣдственное право Индійцевъ наслѣдственнымъ правомъ *жертвъ по усопшимъ*. Между двумя родами наслѣдственнаго права, говоритъ Гансъ (стр. 252), между наслѣдственнымъ правомъ главнѣйшихъ жертвъ и жертвъ побочныхъ, существуетъ тоже различіе какъ и въ послѣдовательномъ почитаніи, оказываемымъ умершимъ. Правами наслѣдства прежде всего пользуются поклонники и раздающіе главныя жертвы по усопшимъ, слѣдовательно, потомки до правнука. Здѣсь принимается въ соображеніе право представительства, ибо между поклонниками нѣтъ ближайшихъ, которые устранили-бъ собою дальнѣйшихъ. За тѣмъ слѣдуютъ тѣ *посредники*, помощію которыхъ умершій можетъ пріобрѣсти себѣ поклонниковъ, слѣдовательно, жены и дочери. Онѣ пользуются правомъ наслѣдства не потому, чтобы были его достойны сами по себѣ и не какъ члены семейства или близкіе родственники а только какъ страдательныя орудія, служащія для доставленія поклонниковъ умершему. Наконецъ слѣдуютъ наслѣдники третьяго разряда, т. е. такіе, которые относятся къ покойнику, какъ члены общественнаго почитанія. Тамъ-же, гдѣ нѣтъ жертвъ по усопшимъ не существуетъ и наслѣдственнаго права вообще. Тогда наслѣдуютъ только раздающіе жертву воды, брамины читающіе Веду, и наконецъ Король. (M. 9, 189).
(35) M. 9, 105.
(36) M. 9, 111.

матерей различныхъ кастъ (37). Неспособными наслѣдовать признаются: отверженные, евнухи, рожденные слѣпыми, глупыми, сумашедшіе и т. п. Они имѣютъ право только на содержаніе и одежду до самой своей смерти, но ихъ дѣти, неотверженные и неимѣющіе означенныхъ пороковъ, считаются совершенно законными наслѣдниками (38).

Что касается *вѣщнаго права*, то каждой кастѣ предоставлено было право пріобрѣтать движимое и недвижимое имущество, такъ какъ въ кодексѣ нѣтъ противоположныхъ тому узаконеній. Хотя браминъ считается господиномъ всего что есть (39), точно также, какъ король господиномъ земли, но это правило примѣняется только къ найденнымъ въ землѣ кладамъ. Способы пріобрѣтенія собственности частью общіе для всѣхъ кастъ, какъ то: наслѣдство, охота, дѣленіе и нахожденіе имущества, неимѣющаго господина; частью же особенное для каждой касты такъ: для браминовъ даренія и милостыни, для воиновъ добыча и завоеваніе для Ваисія и Судра барыши земледѣлія, ремеслъ и торговли. Право собственности теряется *давностію*. Если собственникъ позволяетъ явно пользоваться своимъ имуществомъ какому нибудь лицу, въ продолженіи 10-ти лѣтъ, то онъ лишается своего имущества (40).

Облигаціонное право (41) развито не совсѣмъ ясно; однако, въ немъ находятся, существенныя опредѣленія о заключеніи договоровъ, о займѣ, залогѣ, поручительствѣ, отдачѣ на сохраненіе, куплѣ, наймѣ, арендѣ и о вознагражденіи вреда и убытковъ.

Всякая сдѣлка, заключенная съ пьянымъ, сумасшедшимъ, подвластными, несовершеннолѣтними или совершенно старыми, равно какъ и заключеніе условія отъ имени другаго, безъ всякаго на то полномочія считаются ничтожнымъ. Вообще признаются недѣйствительными договоры, которые по своему содержанію противорѣчатъ законамъ и обычаямъ (42). Точно также не имѣетъ силы согласіе, вынужденное обманомъ или принужденіемъ.

Въ займѣ безъ залога дозволяется закономъ брать различные проценты 2 3, 4 и 5, смотря потому къ какой кастѣ принадлежитъ должникъ; такъ съ брамина 2%, съ Судра—же 5% ежемѣсячно. Сложные проценты запрещены, проценты не должны превосходить капитальной суммы. Если вѣритель получаетъ залогъ съ правомъ имъ пользоваться, то онъ не имѣетъ права брать никакихъ процентовъ (43).

Если кто продаетъ или покупаетъ вещи, не теряющія своей цѣнности (землю, металъ), то онъ можетъ въ продолженіи 10-ти дней отказаться отъ покупки или продажи; по прошествіи же этого срока, отказавшійся подвергается денежной пенѣ. (44) Продажа чужаго имущества наказывается какъ воровство. Если кто купилъ чужую собственность въ публичномъ мѣстѣ, въ присутствіи свидѣтелей, заплатилъ за нее и можетъ указать продавца ея, то купленное остается его собственностію; въ случаѣ же не указанія продавца, покупатель обя-

---

(37) М. 9, 112. Если сыновья рождены отъ одной матери, то дѣленіе имущества происходитъ слѣдующимъ образомъ: старшій получаетъ впередъ $^1/_{20}$, второй $^1/_{40}$, а младшій $^1/_{80}$; потомъ уже остальное имущество дѣлится между ними поровну. Если дѣти происходятъ отъ женъ различныхъ кастъ, то у браминовъ сынъ первой жены получаетъ $^4/_{10}$, второй $^3/_{10}$, третьей $^2/_{10}$ и четвертой $^1/_{10}$. (М. 9, 15). Варнкенигъ, въ своей Энциклопедіи стр. 139, ошибочно говоритъ о какихъ то: $^6/_{15}$, $^4/_{15}$, $^3/_{15}$ и $^1/_{15}$.

(38) М. 9, 201—203.

(39) М. 8. 37 и 38.

(40) М. 8. 147.

(41) См. особенно Ману. кн. 5.

(42) М. 8. 163. 164.

(43) М. 8. 140—145.

(44) М. 8. 222.

занъ возвратить купленное настоящему собственнику за половину купленной имъ цѣны (45).

Игра и пари запрещаются и считаются одинаковыми съ воровствомъ (46). Впрочемъ законодательство Мануʼвесьма мало касается этихъ предметовъ.

Поручительство бываетъ относительно *явки* должника и *уплаты* имъ долга; и за то и за другое поручитель отвѣчаетъ своимъ имуществомъ. Если поручитель получилъ вознагражденіе за свое поручительство и оставилъ послѣ своей смерти достаточное имущество, тогда и его наслѣдники должны отвѣчать за это поручительство (47).

Весьма подробно разсмотрѣны разные случаи оскорбленія чести, поврежденія собственности и покушеніе на жизнь другаго. Различныя наказанія, какъ то: тѣлесное наказаніе, лишеніе чести, свободы и денежныя пени распредѣляются, смотря по различію кастъ. Исключительныя уголовныя наказанія неизвѣстны законодательству Ману. Относительно однихъ наказаній признается начало возмездія, другихъ—вознагражденіе вреда, но главнымъ образомъ проникаетъ все уголовное право, принципъ народной мести посредствомъ уголовныхъ наказаній, которыя непосредственно должны слѣдовать за преступленіемъ и соотвѣтствовать послѣднему (48), защищая такимъ образомъ народъ отъ преступниковъ. Брамины избавляются отъ смертной казни и тѣлесныхъ наказаній; самое высшее для нихъ наказаніе—это изгнаніе изъ отечества (49).

Въ случаѣ необходимой обороны дозволяется убить нападающаго; позволяется убить даже самаго брамина, если защищающемуся убѣжать нельзя (50).

Относительно организаціи суда не было ни какаго особеннаго различія между судомъ для дѣлъ гражданскихъ и уголовныхъ. Въ обоихъ случаяхъ процессъ былъ одинъ и тотъ же. Процессъ рѣшался посредствомъ свидѣтелей, рѣдко посредствомъ присяги; если же нельзя было открыть истину ни тѣмъ ни другимъ способомъ, то допускались ордаліи, т. е. судъ Божій (51).

Ману въ своемъ кодексѣ говоритъ также о невольничествѣ, (впрочемъ кроткомъ въ Индіи), которое возникло главнымъ образомъ вслѣдствіи военнаго плѣна, добровольной отдачи себя въ кабалу и несостоятельности заплатить денежныя пени. Судры собственно не суть невольники, но они могутъ быть держимы для невольничьихъ работъ (52).

Система права Ману, какъ уже выше замѣчено, впослѣдствіи отчасти развилась отчасти же измѣнилась.—Подъ вліяніемъ Магометанскаго владычества, хотя индійское право и осталось дѣйствующимъ, ухудшилось судопроизводство, ибо въ тѣхъ провинціальныхъ судахъ, гдѣ засѣдали побѣдители дѣла рѣшались не по праву а подкупомъ. Напротивъ Англичане имѣютъ за собою неоспоримую заслугу относительно собранія положительнаго права, хорошо устроенныхъ судовъ и вообще относительно того, что они стремятся дать индійскому народу прочное

---

(45) M. 8. 201, 202.
(46) M. 9. 221.
(47) M. 8. 158—162.
(48) M. 9. 153—263. *Варнкенигъ*, въ своей Энциклопедіи стр. 142, справедливо замѣчаетъ, что между индійскимъ и древне-германскимъ уголовнымъ правомъ нѣтъ ничего общаго; оно незнаетъ ни родовой мести ни композицій, хотя въ немъ и есть точное опредѣленіе денежныхъ пеней.
(49) M. 9. 241.
(50) M. 349—351.
(51) Законодательство знаетъ ихъ только три: прикосновеніе руки къ *огню*, испытаніе *водою* и прикосновеніе къ головѣ жены и дѣтей. M. 8. 144, 115. Въ послѣдствіи явились и другія ордаліи посредствомъ *вѣсовъ*, *яда*, *священной воды*, *риса* кипящаго *масла*. раскаленнаго *желѣза*, и *изображеній*. см. Benfey. ib. S. 230.
(52) M. 8. 415.

правовое устройство. — Система кастъ мало по малу (уже даже и до Р. Х.) измѣнялась. Каста воиновъ почти вся вымерла; каста Вапсіевъ смѣшалась съ кастою Судра; только каста браминовъ сахранилась до нашихъ временъ. Остальная часть народа сомкнулась, *сообразно своимъ занятіямъ*, въ весьма сложную систему отдѣльныхъ корпорацій.

§ 2. *Древній зендскій народъ, или Бактрійцы, Мидяне и Персы.*

Древніе арійцы или Иранцы (53) въ особенности тѣ, которые говорили зендскимъ языкомъ, отдѣлившись отъ Индо-арійскаго племени, какъ свидѣтельствуютъ зендскія письмена, оставили свое отечество (Arjanem-Vaego-родина арійцевъ) по причинѣ жестокой зимы и подъ предводительствомъ *Джемшида*, (однаго миѳическаго короля), отправились на юго-востокъ и мало по малу заселяли Бактрію, Согдіану, Мидію и наконецъ Персію. Они, какъ видно, уже рано соединились въ одно весьма древнее *Иранское* или бактрійское царство. Религія ихъ была сходною съ древнею индійскою, какъ свидѣтельствуютъ дошедшія до насъ письмена *Зендъ — Авесты*; но право не получило у этихъ народовъ достаточнаго развитія, вѣроятно оттого, что они рано подпали подъ иго чужеземцевъ. Потому право этихъ народовъ намъ почти вовсе не извѣстно.

Древнѣйшая религія этого племени народовъ еще проще религіи позднѣйшей индійской Веды. Главная характеристическая черта этаго народа-та, что знаніе, воззрѣніе и умозрительная жизнь отступаютъ у нихъ на задній планъ, впередъ-же выдвигаются *воля*, *поступокъ* и *дѣло*. Богъ свѣта *Ормуздъ*, (въ Зендъ — Авестѣ-*Ahuramazda*, на древне-персидскомъ языкѣ—*Auramazda*, т. е. живущая великая мудрость), первоначально открывшійся черезъ *Нота*, есть источникъ всякаго блага, властитель неба и земли. Но борьба, представляемая древнѣйшею Ведою между свѣтомъ и тьмою, является въ ученіи Зендъ-Авесты перешедшею на землю, въ міръ человѣческій; тьма принимается какъ существо, *Ориманъ*, какъ начало зла, которое впрочемъ не должно существовать вѣчно и можетъ быть уничтожаемо постояннымъ противодѣйствіемъ добрыхъ людей. Но эта дуалистическая религія въ ученіи о борьбѣ между свѣтомъ и тьмою, имѣетъ, какъ замѣчаютъ, и этическое основаніе; Иранцы и (какъ Индійцы), при своемъ разселеніи вѣроятно столкнулись съ грубыми, монгольскими племенами (въ Туранѣ), на которыхъ потомъ весьма часто указываютъ какъ на *нечистыхъ* народовъ Аримана. Эта религія рано испортилась и *Зароастръ* (Zarathustra) выступилъ, не какъ основатель ея, а какъ реформаторъ, приблизительно около 1000 л. до Р. Х. (54)

---

(53) Главнѣйшія изслѣдованія объ этихъ племенахъ, кромѣ стараго перевода Зендъ-авесты на французскій языкъ, сдѣланнаго весьма ошибочно *Anquetil-Duperron*'омъ въ 1771, а съ него на нѣмецкій *Klenker*'омъ 2 ч. 1781—1786,—суть слѣдующія: старое сочиненіе *J. G. Rhode*, «die heilige Sage und das gesammte Religionssystem der alten Bactrer, Meder und Perser oder des Sendvolks». 1820; (впрочемъ зендскій языкъ, по новѣйшимъ изслѣдованіямъ, отличается отъ древне-Персидскаго, хотя тотъ и другой происходятъ отъ одной и той-же отрасли); *Lassen*, въ Энциклопедіи Эрша и Грубера, Стр. 3. ч. 17; въ особенности же *Burnouf* (рано умершій) въ различныхъ сочиненіяхъ, особенно въ Commentaire sur le Yaçna» (первая часть зендъ—авесты, заключающая въ себѣ похвалы Высшему существу.); *Lœbell* ib. 132. Подробно тоже *Dunker*, ib. ч. 2; *Klemm*, ib. ч. 7.

(54) Еще недавно ошибочно принимали (см. *Wachsmuth* ib стр. 87) *Вистаспа*, о которомъ упоминается въ Зендскихъ книгахъ и которому Зороастръ открываетъ свой законъ, за одно лицо съ Даріемъ Гистаспомъ. Это мнѣніе было опровергнуто совершенно. Подробно объ этомъ распространяется *Dunker*, Bd. II. S. 314, который предполагаетъ

Его ученіе сохранилось въ Зендъ-Авестѣ, которая имѣла впрочемъ нѣсколько редакцій.

Зендская религія испытала такую-же судьбу, какую испытали и народы, ее исповѣдовавшіе. Когда Мидяне, оставшіеся послѣ Бактрійцевъ господствующимъ народомъ, подпали въ XIII в. до Р. Х. подъ власть Ассиріянъ и были подъ ихъ игомъ 500 лѣтъ, то вмѣстѣ съ тѣмъ и зендская религія смѣшалась съ ученіями, свойственными господствующимъ народамъ семитическаго племени. Но послѣ того, когда Мидяне сбросили съ себя иго Ассиріянъ, когда затѣмъ, по прошествіи 150 л., Ново-Мидійское царство было разрушено Киромъ, который основалъ въ 588 г. до. Р. Х. Царство Персидское, древняя зендская религія достигла опять своей апогеи; но уже на духъ народа имѣли сильное вліяніе взглядъ на жизнь и религія ихъ прежнихъ поработителей. Но въ свою очередь зендская религія имѣла вліяніе на побѣдителей и произвела перемѣны въ ихъ религіозныхъ воззрѣніяхъ.

Общественный и государственный порядокъ, изложенный въ зендскихъ книгахъ, былъ гораздо проще, нежели у Индійцевъ. Онъ всего болѣе явствуетъ изъ *Вендидадъ*, которое не есть сочиненіе Зороастра, а только собраніе преданій, получившее свою настоящую форму, какъ и Зендъ-Авеста, гораздо позже, – уже при Сасанидахъ въ (250 г. по Р. Х.). Чтобы узнать этическій порядокъ жизни этихъ народовъ, нужно, однако, обратиться къ дошедшимъ до насъ отрывкамъ изъ Зендъ—Авесты (55).

Раздѣленіе на касты было чуждо зендскимъ народамъ; — у нихъ были только три или, (по *Фирдуси)*, четыре сословія: *жрецы*, къ которымъ причисляются король и судьи, *воины*, *земледѣльцы* и *ремесленники* и, принадлежащіе къ послѣднимъ, купцы. Точно также наслѣдственность занятій, процвѣтающихъ въ семействахъ, проявляется здѣсь, какъ фактъ неразрывный съ природою еще простыхъ отношеній; но наслѣдственность занятій не было принципомъ. Относительно брака существуетъ моногамія и Зенд-Авеста, какъ никакое другое восточное законодательство, рѣшительно запрещаетъ всякія связи внѣ брака (56). Только тогда Персъ могъ взять независимо отъ одной жены еще другую, когда его первая жена въ продолженіи девяти лѣтъ сожительства съ нимъ неродить ему сына, который доставляетъ отцу, послѣ его смерти, входъ на небо. *Бракъ* въ Зендъ-Авестѣ не есть самъ для себя цѣль, но и не заключается единственно для загробной жизни; онъ имѣетъ въ виду и *земную*, человѣческую цѣль;–онъ облегчаетъ трудъ людей и дѣлаетъ ихъ добрыми, нравственными посредствомъ обще-

---

существованіе Зороастра между 1300—1255 г. до Р. Х. Редакція — же и собраніе отрывковъ Зендъ - Авесты, которыя дошли до насъ, составлены были при Сасанидахъ, которые пытались основать свое владычество на реставраціи древней религіи.

(55) Зенда—авеста состояла первоначально изъ 21 книги, которыя, какъ свидѣтельствуетъ мало-вѣроятное преданіе, будто — бы были истреблены Александромъ и греческою династіею. Когда въ Персіи воцарилась опять національная династія (Сасанидовъ отъ 229—по 631. г. послѣ Р. Х.), то было созвано великое собраніе изъ жрецовъ ученія Зороастра которое признало истинными только пять уцѣлѣвшихъ книгъ заключающихъ въ себѣ преимущественно богослуженіе. Такъ какъ древній персидскій языкъ древнихъ священныхъ книгъ былъ не понятенъ для большинства, то книги эти были переведены и парафразированы на тогдашній ученый языкъ (Pehlwi). Когда персидскіе ученые бѣжали въ Индію отъ ислама, то они взяли съ собою эти пять книгъ и перевели ихъ тамъ на Санскритскій языкъ. Древній оригинальный переводъ (Pehlwi) изслѣдованъ многими новѣйшими учеными, изъ которыхъ замѣчательны *Olshausen*, *Burnouf*, *Herm. Brockhaus* и *Spiegel*; въ особенности же было обработано этими учеными «*Vendidad Sade*». Также весьма замѣчательно въ этомъ отношеніи, уже разъ цитированное нами сочиненіе, Burnouf'a: «Commentaire sur le Yaçna».

(56) *Gans*. Erbrecht. I. 261.

ственной жизни и воспитанія дѣтей. Но и здѣсь привходитъ слѣдующее заблужденіе. Такъ какъ чувственный и естественный элементъ совершенно не принимается въ соображеніе, то и бракъ между близкими родственниками (Kethuda) (57) не только не запрещается, но даже особенно поощряется. — Положеніе женщинъ представляется самостоятельнѣе и достойнѣе нежели у Индійцевъ. Отцовская власть ограничена. Наслѣдственное право, кажется, было только по закону. Другія отрасли права, какъ напр. право собственности и торговыхъ отношеній намъ мало извѣстны. Вездѣ господствуетъ главнымъ образомъ *нравственное* пониманіе жизни и жизненныхъ отношеній. И такъ какъ нравственная цѣль относится у зендскихъ народовъ не только къ загробной жизни, но и къ жизни земной, то въ этомъ и заключается ихъ превосходство надъ Индійцами. Но выполненіе нравственной цѣли сдѣлалось черезъ это еще труднѣе. Ибо на сколько важно поставить выше всего нравственную цѣль, въ ея чистотѣ, задачею жизни, на столько и опасно замѣнять, употребляемыя для этого нравственныя средства и силы, тѣми, которыя даетъ право и правовыя учрежденія. Поэтому деспотизмъ является здѣсь въ своемъ высшемъ развитіи. Притомъ этическое законодательство Зороастра стоитъ во многихъ отношеніяхъ ниже кодекса Ману. Какъ въ религіозномъ ученіе зендскаго народа выражается болѣе трезвая рефлексія нежели у Индійцевъ, такъ и въ менѣе развитомъ законодательствѣ перваго обнаруживается большая склонность-силою вынуждать выполненіе правилъ нравственныхъ. Вообще же зендскія народы являются народами дѣятельными и воинственными, оказавшими, посредствомъ смѣшенія съ другими народами, большое вліяніе на исторію всего человѣчества.

§ 3. *Китай.*

Китай, (58) земля заключенная сама въ себѣ, безъ сношенія съ развитіемъ культуры другихъ народовъ, былъ вѣроятно первоначально населенъ грубыми племенами народа, который былъ потомъ покоренъ племенемъ, пришедшемъ съ сѣверо-восточныхъ горъ; но это покореніе произошло такимъ образомъ, что скоро побѣдители смѣшались съ побѣжденными. Къ какому основному племени принадлежали завоеватели это неизвѣстно. Нѣкоторые полагаютъ, что это было арійское племя и объясняютъ соединеніемъ послѣдняго съ племенемъ монгольскимъ, весьма отличную отъ другихъ монгольскихъ племенъ культуру Китайцевъ и ихъ наклонность къ земледѣлію (59). Законодательство Ману указываетъ, что *Тшина* были выходцы арійскаго племени. Древнѣйшее ученіе о Богѣ, какъ Небѣ,

---

(57) *Gans.* I. 282.

(58) Объ Китаѣ и его образованности замѣчательны слѣдующія сочиненія: „Description générale de la Chine par Abbè *Grosier*, 3. édit. 1818, 7 Vol, первое изданіе его было переведено на Нѣмецкій языкъ въ Лейпцигѣ, 1789; „Geschichte des östlichen Asiens v. *J. H. Plath* 1831; „La Chine“ (traduit de l'anglais par Pichard et Bazin, Paris 1841) par J. F. *Davis*; „Geschichte des Chinesishen Reichs v. Gutzlaff, (изданное К. Ф. Нейманомъ 1847) сочиненіе, содержащее въ себѣ преимущественно внѣшнюю исторію Китая; „Livres sacrés de l'orient“ par Pauthier (съ подробнымъ введеніемъ къ Китайской литературѣ); *Klemm* ib. Bd. I.

(59) Этого мнѣнія придерживается авторъ *Этнологіи* (s. S. 148. Note 1), Abth 2, S. 889; но относительно Китайцевъ его система можетъ быть опровергнута. Если они Монголы, то не подходятъ подъ характеристику монгольскаго племени; если же арійское племя ввело образованіе, то понятно, что при смѣшеніи двухъ совершенно различныхъ племенъ, могъ возникнуть прочный государственный порядокъ.

являющееся потомъ и въ позднѣйшихъ религіозныхъ воззрѣніяхъ, сродственно съ древнѣйшими взглядами Веды. Впрочемъ не достаетъ еще многихъ существенныхъ доказательствъ, чтобы окончательно принять послѣднее положеніе.

Что сообщаютъ Китайцы о самой древнѣйшей династіи Императора *Гоанти*, жившаго за 2698 л. до Р. Х. и т. д. находитъ свое самое древнее подтвержденіе только въ книгахъ Конфуція (около 551 г. до Р. Х.). Болѣе достовѣрно существованіе владычествовавшей династіи *Хіа* (за 2207 л. до Р. Х.). Первая же исторически достовѣрная династія есть династія *Тшеу* (отъ 1122—248 г. до Р. Х.). Религіозныя системы въ Китаѣ, по времени ихъ распространенія суть слѣдующія:

1) Вѣроятно распространившаяся въ Китаѣ изъ Тибета, а можетъ быть и принесенное образованнымъ племенемъ древнѣйшее ученіе о Небѣ, (Варуна—*ουρανος* у Арійцевъ), или первоначальномъ разумѣ; хотя это ученіе и приписывается основателю государственнаго порядка въ Китаѣ, миѳическому лицу *Фохи* и содержится отдѣльно въ священныхъ книгахъ пяти *Кинговъ*, но тѣмъ не менѣе тотъ видъ этого ученія, въ которомъ оно существуетъ теперь, оно получило, по большей части, впервые, отъ Конфуція.

2) Ученіе *Лао-Тзе*, (появившееся вѣроятно за 40 или 50 лѣтъ до Конфуція), который можетъ быть подъ вліяніемъ древнихъ ученій, можетъ быть Индійскихъ, придалъ древнему ученію болѣе Метафизически-Пантеистическій характеръ. Это ученіе содержится въ сочиненіи *Тао-те*-Кинга.

3) Ученіе *Конфуція*, или Кхоунгъ-Тзеу (за 551 г. до Р. Х.), который предпринялъ очистить и упрочить древнія ученія и пытался на принципѣ *самопознанія* и цѣли *усовершенствованія*, представить раціональное нравоученіе и ученіе объ обязанностяхъ для всѣхъ жизненныхъ отношеній.

4) *Буддизмъ*, проникнувшій въ Китай вѣроятно за 200 л. до Р. Х., и, распространившійся здѣсь подъ именемъ ученія *Фоё*, еще и теперь составляетъ народную религію въ Тибетѣ, въ формѣ Далай-Ламаизма. Между тѣмъ какъ въ Китаѣ, хотя буддизмъ, подъ вліяніемъ Монгольскаго владычества, и имѣлъ большой успѣхъ ученіе Конфуція осталось преимущественно религіей высшихъ должностныхъ лицъ государства.

Монголы овладѣли государствомъ въ 1260 г. по Р. Х. и основали въ 1280 г. новую династію, за которой потомъ слѣдовала Китайская династія *Минга*, которую ниспровергли *Манджуры*, основавшіе въ 1644 г. другую еще и теперь царствующую, но много разъ потрясаемую внутренними революціями, династію *Тхаи-Тсинга*.

Общественный и государственный порядокъ (60) въ Китаѣ основываются на типѣ *семейства*, какъ на первоначальной формѣ нравственнаго соединенія. Но *духовная сила*, дѣйствующая въ Китайцахъ, есть по преимуществу—рѣзкій, разлагающій, все внѣшне-понимающій и опять только внѣшне-машинально соединяющій, — *разсудокъ*, который хотя и усвоиваетъ свѣтъ нѣкоторыхъ высшихъ идей разума, но преимущественно касается только особенныхъ жизненныхъ отношеній, которыя имъ хотя и разумно распредѣляются, но вездѣ и во всемъ этотъ разсудокъ прямо или косвенно руководится *эгоизмомъ*, какъ сокровеннѣйшимъ, внутреннимъ *мотивомъ*. Надъ Китаемъ сдѣланъ историческій опытъ, можетъ ли народъ оставаться безъ глубокаго религіознаго ученія и руководствоваться одной лишь моралью разсудка. Практическій разсудокъ есть причина мно-

---

(60) Полагаютъ что гражданскій Кодексъ Китайцевъ содержитъ 260 томовъ. Правовой и государственный порядокъ Китайцевъ преимущественно изложенъ въ слѣдующихъ сочиненіяхъ: *Grosier* (нѣмецкій переводъ 2 т.); *Davis* ib *Gans* u *Unger*; довольно подробное изложеніе этого предмета находимъ у *Warnkönig*, Encycl. S. 119.

гихъ хорошихъ учрежденій Китая, такъ какъ онъ посредствомъ земледѣлія и ремеслъ, хорошо воспользовался благами природы для удовлетворенія потребностямъ жизни. Кто видитъ благо и спасеніе человѣчества въ подобномъ внѣшнемъ порядкѣ и матеріальной культурѣ, тотъ пусть изумляется этому государству и моральной философіи Китайцевъ. Но, кто требуетъ отъ жизни болѣе, тотъ увидитъ, что недостатокъ высшаго стремленія и высшаго направленія въ Китайскомъ народѣ, составляютъ главное препятствіе необходимаго преобразованія и возрожденія этого народа.

Принципъ семейства, примѣненный въ искаженіи и на жизнь государства влечетъ за собою, въ видѣ патріархальной опеки, крайній деспотизмъ, который по видимому хотя имѣетъ руководящимъ началомъ *благо* народа, но на самомъ дѣлѣ онъ есть только господство силы, которое, начиная съ главы государства—сына Неба, — отца народа проникаетъ всѣ жизненныя отношенія до главы семейства, который съ своей стороны является деспотомъ своей жены и дѣтей. Весьма справедливо замѣчено, что Китайское государственное устройство представляетъ собою безчисленный рядъ обязанностей младшихъ къ старшимъ, нисшихъ къ высшимъ, но этихъ обязанностей вовсе не существуетъ въ обратномъ порядкѣ. Хотя этотъ деспотизмъ имѣетъ заслугу въ томъ, что охраняетъ и удерживаетъ внѣшній порядокъ въ огромномъ государствѣ, съ населеніемъ, превышающимъ 300 милліоновъ жителей, но и тутъ главнымъ помощникомъ является разсудочный, вездѣ преслѣдующій свои матеріальныя интересы, смыслъ народа. Духовная же и нравственная жизнь до такой степени парализована этимъ порядкомъ, что въ настоящее время, какъ можетъ быть нигдѣ, ложь и обманъ сдѣлались главнѣйшими средствами утонченнаго эгоизма Китайцевъ во всякаго рода сношеніяхъ и отношеніяхъ.

Весь же общественный порядокъ въ Китаѣ отличается отъ Индійскаго и Персидскаго существенно тѣмъ, что онъ имѣетъ въ виду только эту жизнь, а не жизнь загробную. Какъ много не говорится въ религіи и законодательствѣ о „Небѣ“, тѣмъ не менѣе земныя отношенія стоятъ всегда на первомъ планѣ. Но всѣ жизненныя отношенія отмѣчены внѣшнимъ, болѣе строгимъ и даже грубымъ характеромъ. Такъ относительно брака принята *преимущественно* форма *купли*, отвергаемая законодательствомъ Индіи. Хотя моногамія и есть общее правило и вслѣдствіе естественныхъ законовъ, управляющихъ половыми отношеніями, встрѣчается у большей части народонаселенія, почему путешественники и замѣчаютъ только эту форму брака, но по закону, каждый Китаецъ можетъ взять кромѣ одной законной жены еще трехъ побочныхъ, дѣти которыхъ пользуются одинаковыми правами съ дѣтьми жены законной. Въ брачныхъ отношеніяхъ нѣтъ никакой нѣжности. Жизнь женщины проходитъ почти всегда въ заключеніи. Власть отца семейства такъ велика, что онъ можетъ даже продавать своихъ дѣтей; и, въ нѣкоторыхъ городахъ, дѣвушками, предназначенными для конкубината, производится большая торговля. Отецъ можетъ даже, не отдавая никому никакого отчета, засѣчь своего сына до смерти. Главнѣйшая цѣль брака есть рожденіе сыновей, почему весьма употребительно усыновленіе, относящееся въ Китаѣ также и на умершихъ и принимаетъ въ противоположность Индійскимъ жертвоприношеніямъ по умершимъ, болѣе внѣшнія формы, формы земной, а не загробной жизни,—*трауръ и церемоніи*, для которыхъ существуетъ великое множество предписаній. *Наслѣдственное право* преимущественно направлено на поддержаніе и сохраненіе единства семейства. Оно есть, по существу своему, наслѣдственное право, установленное закономъ. Прежній, весьма часто высказываемый, взглядъ, что въ Китаѣ глава семейства имѣетъ право неограниченно, по своему завѣщанію, распоряжаться имуществомъ, основывался на не точномъ пониманіи того обстоятельства, что въ Китаѣ, равно какъ и въ Индіи домовладыка имѣетъ право раздѣлить имущество между своими наслѣдниками, но это дѣленіе

ни въ какомъ случаѣ не можетъ противорѣчить наслѣдію, установленному закономъ (61).

Частная собственность охраняется весьма многими установленіями. Имущественныя отношенія, въ различныя эпохи, были различны (62). Въ первой половинѣ третьяго столѣтія до Р. Х. Императоръ былъ единственымъ собственникомъ всей Китайской территоріи, которую онъ дѣлилъ на участки между своими подданными съ тѣмъ, чтобы послѣдніе десятую долю барыша, полученнаго отъ обработки участка, платили въ его пользу. Позднѣе провинціи были предоставлены намѣстникамъ на феодальномъ правѣ; и наконецъ большая часть земли была предоставлена Императоромъ частнымъ лицамъ, какъ наслѣдственная и отчуждаемая частная собственность, съ обязанностью платить десятину и исполнять извѣстныя службы въ пользу Императора.

Такъ какъ въ Китайскомъ законодательствѣ не сдѣлано разницы между наказаніемъ и вознагражденіемъ вреда, такъ какъ выкупъ деньгами, дозволяемый въ извѣстныхъ обстоятельствахъ, является, какъ милость и такъ какъ руководящій принципъ всего законодательства есть дисциплина и наказаніе (за которое наказанный долженъ благодарить), то все законодательство представляется уголовнымъ кодексомъ (63). Отъ Индійскаго это законодательство отличается существеннымъ образомъ тѣмъ, что тамъ за многія преступленія постигаютъ наказанія только въ будущей жизни и тѣмъ, что угрозой, точно опредѣленныхъ за каждое преступленіе, наказаній допускается исправленіе преступника. Напротивъ того, Китайское уголовное законодательство не обращаетъ ровно никакого вниманія на будущую жизнь; у Китайцевъ, какъ народа практически-разсудочнаго, понимающаго только настоящее, и наказаніе является только непосредственнымъ слѣдствіемъ преступленія. У Китайцевъ, точно также, какъ и у другихъ древнихъ восточныхъ народовъ, при опредѣленіи мѣры наказанія, весьма мало обращаютъ вниманія на субъективный составъ преступленія, злую волю и проч., но преимущественно только на количество содѣяннаго преступленіемъ вреда. Пытка (рѣдко теперь употребляемая) была весьма важнымъ средствомъ процесса.

Въ остальномъ Китайское законодательство, во многихъ отношеніяхъ,—вслѣдствіе преобладающаго практическаго разсудка, далеко отъ всякихъ крайностей, но и лишено всякаго высшаго созерцанія, а также вслѣдствіе проведеннаго точнаго

---

(61) См. о томъ у *Ганса* въ его „Erbrecht“ I. S. 112.

(62) Я придерживаюсь мнѣнія *Варнкенига* Encycl. S. 121, не будучи знакомъ съ другими сочиненіями, относящимися къ этому предмету. Объ способѣ раздѣла, повторялся ли онъ однажды, или нѣсколько разъ, желательно было бы имѣть болѣе подробныя изслѣдованія. *Клеммъ* (Culturgeschichte. Bd 6, S. 436), который, по замѣткамъ *Клапрота* въ „Gournal asiatique“, 2 serie, t. X, ссылаясь на Энциклопедію Китайца Ма-Туанъ-Линъ, говоритъ, впрочемъ не ясно: Древніе Императоры и Короли никогда не присвоивали себѣ имущество государства (?), но раздѣляли его на княжества и владѣнія. Императоръ оставлялъ за собою только владѣніе въ 1000 квадр. ли. Министры, совѣтники и чиновники получали участки земли, съ правомъ оставить своимъ семействамъ эту землю въ наслѣдство, такъ что она переходила изъ рода въ родъ. Слѣдовательно (?) государство было владѣльцемъ всѣхъ земель; народъ получалъ землю отъ государства, обработывалъ ее и платилъ ему и вѣстные подати. На такихъ положеніяхъ основывалось правленіе, трехъ первыхъ владѣтельныхъ династій въ Китаѣ. Первый Императоръ изъ рода Тсинъ (225 до Р. Х.) отмѣнилъ этотъ порядокъ и сдѣлался такимъ образомъ владѣтелемъ всѣхъ ленныхъ земель государства.

(63) *Ганса* въ своемъ Erbrecht I. S. 67. тоже говоритъ: весь кодексъ не смотря на то, что заключаетъ въ себѣ гражданское право, существенно есть кодексъ уголовный. Малая и большая бамбуковая палка неотступно слѣдуетъ за всякимъ постановленіемъ, играя роль какого-то regretum mobile. Должникъ не уплатившій свой долгъ въ означенное время, младшій сынъ, присвоивающій себѣ титулъ отца, всѣ эти лица подвергаются большему числу ударовъ бамбуковою палкой, чѣмъ воръ и фальшивый монетчикъ.

различія между религіознымъ и гражданскимъ,—соотвѣтствуетъ нашему времени, но тѣмъ конечно не заслуживаетъ той великой похвалы, ни по своимъ принципамъ, ни по своимъ дѣйствіямъ, которую ему часто воздаютъ.

§ 4) *Египтяне.*

Досихъ поръ еще народъ Египетскій—неразрѣшенная загадка. Культура этаго народа,—древность которой подтверждается и исторіей и, сохранившимися до селѣ, изумительными памятниками, — до сихъ поръ еще неразрѣшена относительно своего начала. Съ достовѣрностью еще неопредѣлено къ какому племени народовъ и отрасли языка принадлежали древніе Египтяне; но и здѣсь также произошло двойное народонаселеніе: племя Негровъ было рано покорено болѣе высшимъ, по своему развитію, племенемъ, которое и было источникомъ образованія (64). Но состояли ли древніе Египтяне въ сношеніяхъ съ древними Вавилонянами (Халдеями) и оттуда получили свое образованіе, или, какъ думали жрецы Египетскіе, самъ Вавилонъ была колонія Египта; пришло ли, какъ другимъ кажется вѣроятнымъ, духовное образованіе послѣдняго съ верховьевъ Нила, изъ Эфіопіи (верхняго Египта), или наоборотъ; получила ли наконецъ сама Эфіопія предполагаемую культуру изъ Индіи черезъ море или черезъ Аравію (на что могутъ указать только поверхностныя аналогіи); возникла ли наконецъ культура Египта сама собой подъ вліяніемъ условій жизни духа и природы (самое вѣроятнѣйшее), все это вопросы, которые не могутъ быть удовлетворительно разрѣшены современными данными науки. Но, если мы попытаемся изслѣдовать культуру, то ея трудно непризнать произведеніемъ племени, если не семитическаго, то во всякомъ случаѣ сходнаго съ нимъ.

Воззрѣніе Египтянъ на Бога, міръ, жизнь отъ воззрѣнія другихъ азіатскихъ арійскихъ народовъ, которыхъ мы уже описали, (65) отличается тѣмъ, что у по-

---

(64) Кромѣ сочененія о Востокѣ вообще, кромѣ сочиненій древнихъ писателей: Геродота, Т. II и Діодора Сицилійскаго, Т. I, преимущественно о Египтѣ замѣчательны слѣдующія: Aegyptens Stelle in der Weltgeschichte v. *Bunsen*, 3 Bd. 1845; Culturgechichte v. *Klemm*, Bd. 5; Erdkunde *v. Ritter*, Bd. I; Metrologische Untersuchungen *v. Bökh;* Errinnerungen aus Aesypten v. *von Prokesch-Osten.* 3 Bd; сочиненія: *Champollion*, *Salvolini*, *Bosellini*, *Wilkinson*, *Bezoni*, *Lepsius* (Chronologie); *Letronne* и другъ, и сочиненіе *Böth'a* Die Egiptische und Zaroasterische glaubenslehre. als die altesten Quellen unseren speculativen Ideen. 1846, отличающееся слишкомъ смѣлыми предположеніями и очень уже высоко ставящее вліяніе Египта, но тѣмъ не менѣе не лишенное многихъ важныхъ намековъ, указывающихъ на правильное пониманіе ученія и историческаго развитія этаго народа. Мы извлекаемъ изъ *Бунзена*, приписывающаго документальную достовѣрность Манетонскимъ династіямъ, но принимающаго истиннымъ канономъ того періода, царскіе листы Эратосфена, слѣдующія хронологическія данныя, по которымъ канонъ, составленный Бёкомъ, почисламъ Африкана, относитъ всѣ событія къ болѣе отдаленнымъ временамъ. Первый годъ Менеса 3643 (по Бёку 5702); начало четвертой династіи (Пирамидъ), 3229 (Б. 4933); конецъ древняго царства, начало владычества Гиксовъ, 2568 (Б. 2607); конецъ династіи Гиксовъ (начало восьмнадцатаго и новаго царства), 1639 (Б. 1655); начало девятнадцатой династіи 1409 (Б. 1326); конецъ ея 1298 (Б. 1183); конецъ двадцать первой династіи 983 (Б. 934); конецъ двадцать—пятой династіи 688 (Б. 679).

(65) О религіи и теогоніи Египтянъ ср. *Röth* ib. S. 133. Въ главѣ стояло первоначальное Божество *Амунъ* (скрытый), изъ котораго произошелъ міръ въ своихъ *четырехъ* составныхъ частяхъ: *духа* (Kneph), *Матеріи*, (Neith), *времени* (Sevek) и *пространства* (Pascht). Во второмъ періодѣ міросозданія образовались Ре, солнце, Joh, мѣсяцъ Sate, пространство свѣта и Hathor, пространство тьмы. На землѣ эти восемь высшихъ Божествъ, воплотились въ двѣнадцать земныхъ Боговъ, которые имѣютъ много сходства со многими Богами Грековъ.

слѣднихъ господствовало направленіе на *міръ духовный*; *идеалистическое* направленіе проходило черезъ всю жизнь и природа подчинялась духу; между тѣмъ, какъ у Египтянъ вся жизнь, въ философскомъ изслѣдованіи и внѣшнихъ дѣйствіяхъ, направляется на *природу*, реальна, а потому всѣ науки и искусства, относящіеся до жизни природы, представляются въ древнемъ Египтѣ стоящими на высокой ступени развитія. Культура Египта и культура народовъ Азіи племени арійскаго–суть двѣ противоположности, которыя хотя и могли бы образовать между собой весьма удачное соединеніе, но вмѣсто того — онѣ только безобразно и многоразлично смѣшались уже при своемъ паденіи.

О древне–эѳіопскомъ государствѣ Мероэ извѣстно весьма мало. Но кажется оно было дѣйствительно *жреческое государство* въ такомъ видѣ, въ какомъ мы его нигдѣ не находимъ. Жрецы выбирали изъ *своей* среды царя, который, если царствовалъ не въ духѣ избравшихъ его, то, по изрѣченію оракула, долженъ былъ самъ себя умертвить. Между Мероэ и Египтомъ, (была ли культура перваго древнѣе Египетской или наоборотъ), весьма рано существовали многоразличныя сношенія (66).

Древне–Египетское государство,—главнымъ городомъ котораго, во времена процвѣтанія и могущества этаго государства, были *Ѳивы*, еще и теперь руинами, свидѣтельствующіе о своемъ минувшемъ величіи (67),—было *жреческое*, *кастовое государство*. Жрецы и воины были первенствующими кастами чѣмъ, оно и похоже было на государство Индійское, но отличалось отъ послѣдняго тѣмъ, что касты его не были такъ рѣзко разграничены какъ въ Индіи и основывались на иныхъ религіозныхъ принципахъ. Остальныя касты Египетскаго государства были представляемы различными писателями различно. Такъ Страбонъ весь остальной народъ представляетъ одной кастой, Геродотъ дѣлитъ на пять кастъ, Діодоръ на три (пастуховъ, земледѣльцевъ и ремесленниковъ). Кажется весьма вѣроятнымъ, что нисшая раса Негровъ также составляла отдѣльную касту (68). Жрецы дѣлились на многія касты, на высшія и нисшія, смотря по божествамъ, которымъ они служили и по занятіямъ, которыя они отправляли. Въ послѣднемъ отношеніи изъ жрецовъ были касты государственныхъ чиновниковъ, судей, писателей, докторовъ, архитекторовъ и проч. и проч. Кастѣ жрецовъ было воспрещено многоженство.

Царскій престолъ былъ наслѣдственный. По пресѣченіи царственнаго рода, новый царь выбирался изъ касты жрецовъ или касты воиновъ; въ послѣднемъ случаѣ воинъ, черезъ освященіе, становился жрецомъ.

Что же касается до остальныхъ правовыхъ постановленій, то Египетъ, какъ правильно замѣчено, (69) представляетъ собой образецъ *полицейскаго государства*, гдѣ все до мельчайшихъ подробностей регулировалось формальностями. Каждому занятію, каждой отрасли промышленности, каждому искусству соотвѣтствовала извѣстная каста; каждый долженъ былъ объявить чѣмъ онъ питается. Въ каждой кастѣ различныя занятія и искусства многоразлично подраздѣлялись и оставались за различными родами, наслѣдственно занимающимся тѣмъ или другимъ занятіемъ; при чемъ впрочемъ наслѣдственность занятій установлялась скорѣе естественно, нежели внѣшнимъ закономъ. Это раздѣленіе занятій, относительно благородныхъ искусствъ, (такъ напр. говоритъ Геродотъ, что каждый врачь могъ лѣчить только

---

(66) См. Wachsmuth, Culturgeschichte I. стр. 122.

(67) См. *v. Prokesch*, ib. I. 310.

(68) Я придерживаюсь мнѣнія *Вакcмута*, ib. S. 127, который полагаетъ, что въ Египтѣ *служеніе животнымъ* было первоначальнымъ культомъ этой нисшей расы, которая въ послѣдствіи его удержала и распространила. См. объ этомъ разныя предположенія и догадки у *Лёбеля* ib. S. 316—319.

(69) Wachsmuth ib. S. 305.

извѣстную часть тѣла), сдѣлалось препятствіемъ для болѣе высшаго развитія, между тѣмъ какъ это же раздѣленіе занятій, относительно низшихъ ремеслъ, повело кажется Египетъ къ значительнымъ успѣхамъ.

Къ обработыванію земли было приложено много заботъ. Земля была собственностью жрецовъ (т. е. храмовъ) и воиновъ; земледѣльцы были только арендаторами; впрочемъ кажется городскіе обыватели имѣли какъ собственность мѣста ихъ жительства (70).

Законы, относящіеся жизненныхъ сношеній, кажутся достаточно-точно опредѣленными. Правосудіе соблюдалось строго. Замѣчательнымъ постановленіемъ было, что должники за долги свои неотвѣтствовали своею личностью, но должны были обезпечивать ихъ своимъ имуществомъ (71). Проценты не должны были превышать основнаго капитала. Воровство было терпимо; занимающіеся этимъ ремесломъ составляли особенное общество, откуда всегда можно было возвратить украденное, заплативъ только въ пользу этаго общества четвертую часть стоимости украденной вещи (72).

Въ бракѣ дозволялась полигамія, такъ что вмѣстѣ съ одной главной женой можно было имѣть и побочныхъ женъ, исключая только касты жрецовъ, гдѣ полигамія была воспрещена и дозволялось только одноженство. Бракъ могъ заключаться даже между братомъ и сестрою. Обязанность жениться на вдовѣ, оставшемуся въ живыхъ брату покойнаго, (Levirats-Ehe) кажется перешла къ Евреямъ отъ Египтянъ. Формой совершенія брака былъ религіозный актъ, а не купля; отецъ долженъ былъ давать за невѣстой приданое. Вмѣстѣ съ почитаніемъ производящей силы природы у Египтянъ развился и былъ весьма распространенъ развратъ (73).

Хотя и трудно указать прямо вліяніе Египетской культуры на Европейскую и въ особенности на Греческую, — указать это вліяніе въ частностяхъ, но что вообще Европейскіе народы испытали надъ собой вліяніе Египетской культуры, это неподлежитъ сомнѣнію.

§ 5) *Семетическіе народы вообще*, (74) *въ особенности Евреи.*

Семитическіе народы, преимущественно Вавилоняне и вѣроятно Ассиріяне, равно какъ Сирійцы, Хананеяне, Армяне, Финикіяне, Арабы, Лидяне, Карфагеняне, Египтяне и проч. исполнили въ исторіи задачу посредничества и смѣшенія народовъ и ихъ образованности. Мѣсто жительство этихъ народовъ-между рѣками Тиграмъ и Ефратомъ и по берегамъ этихъ рѣкъ, а также по берегамъ малой Азіи и Африки, — какъ условіе естественное, предоставляемое самой природой, весьма способствовало разрѣшенію этой задачи. Кромѣ Египта существовали весьма древніе государства, трудно опредѣляемыя хронологіей: Древне-Вавилонское, (разъединившееся и снова соединившееся), Вавилонско-Ассирійское, Ново-Ва-

---

(70) *Лебель* ib. S. 125.

(71) *Вакемутъ* ib. S. 125.

(72) *Лебель*, S. 308.

(73) Вакемутъ, S. 127.

(74) См. о томъ *Геродота*, Т. I, *Діодора*, Т. II, *Movers'a* «Die Phinicier» и Дункера ib. Bd. I.

вилонское, древнее государство Гимжаритовъ въ Аравіи съ главнымъ городомъ Саба, государства Іудейское, Финикійское и Карфагенское (75).

Весьма трудно опредѣлить съ точностью древнѣйшія религіозныя воззрѣнія этихъ народовъ, исключая только Евреевъ. По историческимъ преданіямъ, мы видимъ у большой части этихъ народовъ въ ихъ религіи обоготвореніе половой противоположности въ природѣ вообще, посредствомъ мужскаго божества природы Ваала, бога солнца, Озириса и женскихъ оплодотворяемыхъ *Баальтисъ*, Милиты, Изиды и проч., что и было причиною злоупотребленія половыхъ отправленій. Впрочемъ на этотъ результатъ должно смотрѣть, какъ на плодъ позднѣйшихъ умственныхъ заблужденій, потому что мы находимъ у сроднаго этимъ племенамъ народа Еврейскаго совершенно другой религіозный и этическій взглядъ на жизнь, къ изложенію котораго мы теперь и приступаемъ.

Евреи и ихъ право (76).

Изъ Семитическихъ народовъ выступаетъ впередъ народъ Еврейскій съ своей высшей задачей, которую ему въ исторіи предоставило божественное провидѣніе. Первоначальное религіозное воззрѣніе Семитическаго племени сохранилось въ этомъ народѣ во всей его чистотѣ. Ибо ни Авраамъ, ни Моисей небыли основателями Еврейской религіи, они только поставили свой народъ, какъ избранный и находящійся подъ особеннымъ покровительствомъ высшаго Бога.

Во всѣхъ другихъ восточныхъ религіяхъ въ высокой мѣрѣ недостаетъ идеи и ученія о *Единомъ* живомъ Богѣ, который какъ провидѣніе руководитъ жизнью всѣхъ людей, но ближе всего жизнью народа, имъ избраннаго. Идея провидѣнія, идея божественнаго управленія міромъ, идея личнаго,—понятаго какъ *договоръ*,— союза между Богомъ и избраннымъ народомъ, — всѣ эти идеи не взяты Евреями у другихъ народовъ, (хотя нѣкоторыя представленія и обычаи заимствованы изъ Египта или позднѣе во время плѣненія Вавилонскаго), и болѣе указываютъ на первоначальное воззрѣніе, которое только было укрѣплено и возобновлено Моисеемъ. Ни одинъ народъ небылъ болѣе способенъ къ сохраненію и распространенію религіознаго преданія. Народъ Еврейскій, — держась крѣпко и упорно преданій, менѣе нежели другіе восточные народы управляемый фантазіей; народъ болѣе простой и разсудочный; — былъ болѣе всѣхъ способенъ принять простое ученіе о Богѣ и сохранять это ученіе. Конечно, духовные руководители народа

---

(75) Новый опытъ хронологическихъ вычисленій, отчасти различныхъ съ прежде принятыми дѣлаетъ J. v. *Gumpach*, въ своемъ сочиненіи: Abris der Babilonisch-Assyrischen Geschichte, unter Zugrundelegung der Scizze der Geschichte Assyriens von *Rawlinson*, nach den von *Layard* zu Nenive entdeckten Inschriften; Mancheim 1854. Авторъ предполагаетъ (древне) Вавилонское царство, (исторія котораго отдѣлилась отъ Іудейской со времени выхода изъ него Авраама), существовавшимъ отъ 2500—1274; царство Вавилонско-Ассирійское, основанное Нимвродомъ отъ 1274 — 748; Вавилонское отдѣлившійся и Ассирійское отъ 747—680; соединенное ихъ существованіе отъ 680—607; (Ново) Вавилонское отъ 604—538, когда это царство пало подъ ударами могущественной Персіи.

(76) См. *Leo*, Geschichte des jüdeschen Staates; *Jost*, Allgemeine Geschichte des israel. Volkes in gedrängter Uebersicht, 1832; *Ewald*, Geschichte des Volkes *Israels*, 2 изд. 1851; его же Alterlhumer des Volkes Israel; *Lepsius*, Chronologie; *Duuker*, Loeblell u Wachsmuth ib. О правѣ Евреевъ см. въ особенности *Michaelis*, «Mosaisches Recht», 6 Bd. изд. 2. 1793; *Salvador* Histoire des instatutions de Moïse 1829; *Saalschütz*, das mosaische Recht 2 Aufl. 1853; *Fassel* das mosai sche rabbinische Civilrecht», Wien 1853.

много разъ должны были бороться съ идолопоклонствомъ, взятымъ изъ Египта, но религіозное воззрѣніе Еврейскаго народа никогда недоходило до окончательнаго упадка.

При краткомъ обзорѣ исторіи этаго народа, передъ нами выступаетъ прежде всего жизнь патріарховъ, изображающая истинную и пріятную картину простоты нравовъ, картину, которой мы можемъ найдти нѣчто подобное въ первобытномъ образѣ жизнѣ племенъ Арійскихъ. *Авраамъ* глава миролюбивыхъ Номадовъ переселяется около 2136 г. изъ Месопотаміи въ Палестину. Его сынъ *Іаковъ* переселяется около 1921 г. въ Египеть, гдѣ народъ Израильскій остается до 1491 до Р. Х. Моисей, какъ говоритъ преданіе, посвѣщенный во всѣ тайны Египетскаго ученія, — но все небылъ проводникомъ и Апостоломъ этаго ученія, онъ только очистилъ и укрѣпилъ первоначальное ученіе своего народа.

Моисей былъ законодатель народа, но съ болѣе глубокимъ и высшимъ пониманіемъ жизни и жизненныхъ отношеній, нежели Ману и Зароастръ.

Основаніе этаго законодательства есть *монотеизмъ*, конечно ограничивающійся только Еврейскимъ народомъ, съ цѣлью охранить его отъ другихъ политическихъ народовъ. Религіозный и политически-правовой элементъ въ этомъ законодательствѣ тѣсно связаны; руководящимъ принципомъ государства *была теократія*, но не господство жрецовъ, (съ чѣмъ многіе очень часто ее смѣшиваютъ), ибо *самъ Богъ*, Егова долженствуетъ быть невидимой руководящей силой. Между 12-ю колѣнами Израеля, хотя колѣно Левитовъ, какъ наслѣдственная каста священно-служителей Еговы, и было поставлено нѣсколько выше другихъ, но оно вовсе неимѣло особенныхъ тайнъ ученія, а также и неимѣло вліянія на управленіе государствомъ. Вѣрованіе въ высшее руководство черезъ Бога выражается болѣе всего въ убѣжденіи, что во всякой крайности Богъ ниспошлетъ путеводителя и пророка, такъ что пророчество, (для котораго позднѣе Самуилъ основалъ школы), остался руководящимъ принципомъ въ системѣ Еврейской теократіи. Народъ, преданный до тѣхъ поръ преимущественно жизни пастушеской, долженъ былъ сдѣлаться народомъ земледѣльческимъ, но религіозное отношеніе къ Еговѣ выступаетъ и здѣсь. Ибо самъ Богъ разсматривался какъ господинъ завоеванной земли, которая, по его приказанію, была раздѣлена между семействами колѣнъ (исключая только 10-го колѣна-Левитова). Эти участки, какъ свидѣтельство воли *Вѣчнаго*, должны пребывать въ семействѣ такимъ образомъ, продажа или залогъ этихъ участковъ могли быть только временные; — по прошествіи пятидесяти лѣтъ, въ юбилейный годъ, проданный или заложенный участокъ безвозмездно возвращался законнымъ наслѣдникамъ того семейства, которое имъ владѣло. Точно также, по прошествіи каждыхъ семи лѣтъ всѣ должники дѣлались свободными отъ долговъ своихъ и Израельтянинъ, сдѣлавшійся рабомъ, становился свободнымъ. Но, исполнялись ли постановленія юбилейнаго года, — которыми Моисей хотѣлъ упрочить экономическій и земледѣльческій бытъ Іудейскаго народа, — это сомнительно, потому что онѣ, равно какъ и другія подобныя постановленія, оставались дѣйствующими не долго.

Этическое законодательство Моисея извѣстно. Если большею частью предписаній этаго законодательства предназначается высшее направленіе народу, то вмѣстѣ съ тѣмъ другими постановленіями, особенно относительно брака и права уголовнаго, выражается грубый характеръ народа, подмѣченный законодателемъ.

Въ *бракѣ* была дозволена полигамія; кромѣ того рабыни и служанки женъ могли быть взяты, какъ наложницы, — однако всѣ дѣти считались законными и имѣли равное право на наслѣдство. Но великому Первосвященнику дозволялось имѣть только одну жену (77), точно также, впослѣдствіи, запрещалось царямъ

---

(77) Это можно видѣть у *Ганса* въ его „Erbrecht“ Bd. I S. 130, выведеннымъ изъ argumentum a contrario Lev. XXI, 13.

израильскимъ чрезмѣрное увеличеніе числа своихъ женъ (78). Форма вступленія въ бракъ была купля. Бракосочетаніе заключалось не съ общаго согласія жениха и нѣвесты, но по приказанію родителей. Одинъ только родъ брака, предписуется закономъ, именно такъ называемый Leviratsehe, когда кто нибудь умираетъ безъ наслѣдниковъ мужескаго пола, то братъ умершаго долженъ былъ жениться на оставшейся вдовѣ, и перворожденный отъ этаго втораго брака сынъ принималъ имя покойнаго и дѣлался наслѣдникомъ его имущества; всякій же другой бракъ между свойственниками и родственниками въ первой степени былъ запрещенъ. Разводъ вполнѣ зависимъ отъ воли одпаго мужа. Невѣрной могла быть только жена, которая, какъ нарушительница брака, наказывалась смертью,—невѣрная жена побивалась каменьями. *Родительская власть* была велика на столько, что отецъ имѣлъ право прогнать и лишить наслѣдства своего сына, дочерей же могъ продавать, какъ рабынь. *Право наслѣдства* есть наслѣдство по закону. Хотя у Евреевъ, какъ и у другихъ восточныхъ народовъ, встрѣчается, что отецъ семейства распоряжается раздѣленіемъ имущества, но онъ можетъ дѣлить послѣднее только между членами своего семейства, а слѣдовательно такое наслѣдственное право не должно отождествлять съ наслѣдствомъ по завѣщанію (79). Перворожденный получаетъ двойную часть противъ остальныхъ членовъ семейства; дочери исключаютъ изъ наслѣдства другихъ отдаленныхъ родственниковъ даже мужескаго пола. Для *договоровъ* не предписывалось никакой особенной формы. Взиманіе процентовъ между Евреями было запрещено, но по отношенію къ иностранцамъ даже предписывалось. Древнее *уголовное право* Евреевъ проникнуто суровымъ принципомъ возмездія, но было смягчено Моисеемъ, который запретилъ также кровавую месть. Особенно съ пониманіемъ Бога, какъ источника любви и милосердія, тѣсно связывалось благородное направленіе благотворительности и вспомоществованія въ несчастіи, чѣмъ Евреи и Индійцы отличаются отъ другихъ народовъ, въ особенности отъ Грековъ и Римлянъ. Вслѣдствіе этаго образовавшееся у Евреевъ рабство было гораздо мягче, нежели у другихъ народовъ.

По возвращеніи изъ плѣненія Вавилонскаго, жизнь Евреевъ получаетъ во многихъ отношеніяхъ строго-нравственный характеръ. Такъ напр. относительно брака принимается преимущественно форма моногаміи, продажа и купля женъ и Leviratsehe почти совершенно изчезаютъ.

Съ возникновеніемъ христіанства историческая задача этаго народа была исполнена.

По разрушеніи Іерусалима Римлянами, оставшіеся въ Палестинѣ Евреи (до уничтоженія ихъ патріархата. 429 г.), были признаны завоевателями, какъ религіозная и гражданская народная община, которая могла жить по своему праву. Теперь возникло, отличное отъ Моисеева права, право, основывающееся частью на основныхъ положеніяхъ Римскаго права, и было научно развиваемо *Раввинами*—учителями религіи и права. Такъ возникли школы Раввиновъ въ Палестинѣ и на Евфратѣ, главнымъ занятіемъ которыхъ было излагать, приписываемыя Моисею и его послѣдователямъ, *изустныя* преданія, собраніе которыхъ было названо *Мишною*, или вторымъ закономъ. Правильное собраніе (въ 220 году) было сдѣлано *Іехудой Гакодошемъ*, замѣчательнымъ ученымъ школы въ Тиберіи. Уваженіе къ этому собранію было такъ велико, что оно преимущественнымъ образомъ было названо Мишною и въ практикѣ получило силу закона. Мишна Іехуды, получила посредствомъ ряда толкователей объясненія и дополненія, которыя уже

---

(78) Это постановленіе находится, впрочемъ, только въ Deut. XVII, которое по мнѣнію, нѣкоторыхъ, есть позднѣйшее право Іудеевъ, установленное царемъ Іосіей (625 г.).

(79) См. объ этомъ у *Ганса* въ его „Erbrecht„ Bd. I. S. 149. противъ воззрѣнія *Михаелиса*, который признаетъ также и наслѣдство по завѣщанію.

Іерусалимѣ (350), а также въ Сурѣ и Вавилонѣ (521), были собраны подъ названіемъ *Гемара*, (что значетъ *ученіе*). Мишна въ соединеніи съ Гемарой образуютъ *Талмудъ* (т. е. книгу ученія), котораго нужно различать двѣ редакціи: — Талмудъ Іерусалимскій и Талмудъ Вавилонскій. Талмудъ до сихъ поръ остался у Іудеевъ книгою религіи и права. Новое собраніе, относящееся преимущественно до юридическихъ вопросовъ и замѣчательное по философіи, было сдѣлано *Моисеемъ Маймонидомъ* въ Испаніи (1205), который впрочемъ былъ страшно ненавидимъ за его философскій образъ мыслей. Весьма удобное для изученія руководство, написанное въ XVI ст. подъ заглавіемъ «*Шулханъ аруҳъ*», (накрытый столъ) пользуется также большимъ уваженіемъ. Извлеченія изъ этой книги были сдѣланы *Моисеемъ Мендельсономъ* въ 1778. Самое новѣйшее изложеніе Моисейско-раввинскаго права сдѣлано учеными *Саальшютцемъ* и *Фасселемъ* (80)

§ 6. *Исламъ и Мослемитское право* (81).

Іудейская религія сдѣлалась исходнымъ пунктомъ для двухъ религій: — главнымъ образомъ для христіанства и косвеннымъ образомъ для магометанства, принадлежащаго, по своему внутреннему характеру, востоку.

Магометъ (род. 571 г.), примкнувши преимущественно къ мозаизму, но взявши также нѣкоторыя благія, нравственныя предписанія христіанства, возвѣстилъ *Исламъ*, — спасеніе, на основаніи простаго, но строго-проведеннаго *монотеизма*, который онъ освободилъ отъ Іудейской національной ограниченности, и возвѣстилъ это спасеніе всѣмъ народамъ, между которыми оно должно было распространяться даже силою. Это ученіе, которое не допускало глубокаго философско-религіознаго изслѣдованія (82), конечно не нашло никакого отголоска въ народахъ образованныхъ. У народовъ, не погруженныхъ въ политеизмъ, но одаренныхъ умственно, какъ Индійцевъ, Персовъ и нѣкоторыхъ народовъ славянскихъ, до которыхъ едва коснулось христіанство, исламизмъ былъ распространенъ, какъ внѣшнее, нисколько немогущее укорениться въ душѣ, ученіе, привитое только путемъ насилія. У народовъ же племени монгольскаго и у нѣкоторыхъ племенъ семитическихъ и негритянскихъ, которыхъ прирожденныя страсти, война и чувственность поддерживали религіозное невѣжество, исламизмъ получилъ быстрое распространеніе, но и на этихъ народовъ оказалъ весьма мало прогрессивнаго вліянія. Вообще эта религія, какъ никакая другая, легко поддѣлывалась подъ характеръ

---

(80) О примѣненіи Индійскаго права въ новыхъ государствахъ см. у *Миттермайера* въ его „deutsches Privatrecht“ §. 118 и у *Филлипса* въ его deutsches Privatrecht“ I, S. 316.

(81) Объ Исламѣ вообще см. *Horbelot*, bibl. orientale, 1777 3 и 4; *Klaproth*, Tableaux historiques de l'Asie. Observations hist et crit. sur Mahomedisme, traduites de l'anglais de G. *Sale*, какъ предисловіе къ французскому переводу Корана *Казимирскаго* въ Livres sacrès de l'orient, 1840; *Weil*, Mahomed, 1843; *J. v. Hamer*, Encyclopädische uebersicht der Wissenschaften des Oriens, 1809; его же Geschichte der Assassinen, 1818. Новѣйшія и важнѣйшія сочиненія объ Исламѣ исчислены и оцѣнены въ Wiener Jahrübcher 1834, 68.—*О правѣ* Ислама въ особенности: Коранъ, переведенный *Wohl'емъ*, 1828, и въ 1840 *Ullmannомъ*. Объ относящейся сюда литературѣ важны сочиненія: *Zenker*, Biblioteca orientalis, Leipzig; *v. Hammer*, Staatsverfassung und Staatsverwaltung des osmanischen Reichs, Wien, 1812; *Gans*, Erbrecht, Bd. I. *Worms*; Recherches sur la construction de la proprietè dez Muselmans, 1846.

(82) *Ritter*, Gesch. d. Philos. Bd. 7. говоритъ, что изъ двухъ философскихъ системъ матакалимъ и муацатилле, первая, ортодоксальная система, выводитъ положительный деспотизмъ изъ понятія о божественной *волѣ*, какъ единственнаго принципа.

народовъ, которые ея приняли; — и культура, которую мы видимъ возникающей у многихъ народовъ, напр. у Персовъ, Арабовъ, Мавровъ, можетъ быть приписана не столько Исламу, сколько духовнымъ способностямъ этихъ народовъ. Но какова бы нибыла дальнѣйшая судьба ислама, который повсюду стремится къ упадку, какъ религія, въ Европѣ онъ принужденъ изъ самосохраненія поставить себя въ большее согласіе съ общимъ нравственнымъ и правовымъ воззрѣніемъ и для этой цѣли долженъ разграничить между собой религіозный и политически правовой порядокъ, въ особенности преобразовать законы о бракѣ, законы, въ высокой мѣрѣ потворствующіе страстямъ и составляющіе источникъ деспотизма.

Источники мослемитскаго права должно различать, смотря потому истекаютъ ли они изъ *первоначальныхъ* законовъ религіи и права, *корана*, *преданія*, *научной* обработки, *обычнаго права*, *практики* или собственно изъ *законодательства* (83).

Коранъ, начертанный самимъ Магометомъ, но приведенный въ порядокъ позднѣйшими Калифами, содержитъ въ себѣ и основанія ученія о вѣрѣ и основанія ученія о правѣ. Положенія права представлены въ немъ, какъ религіозныя обязанности.

Но скоро возлѣ Корана образовалось *преданіе*, приписываемое самому Магомету, всего же вѣрнѣе, составленное позднѣйшими представителями вѣры—*имамами* во второмъ вѣкѣ геджры; эти преданія были названы *сунной* (преданіе) или *хадисомъ*. Отдѣльныя положенія сунны и корана называются *аякамами*.

Такимъ образомъ образовалась извѣстная секта *Шіитовъ*, послѣдователей Али, уважающая только коранъ и секта *Сунитовъ*, признающая также и *Сунну* т. е. преданіе. Шіитскому Мослемитскому праву слѣдуютъ въ Персіи; Сунитскому—въ Турціи и прилежащихъ къ ней странахъ, въ Татаріи, Индостанѣ и проч.

Сунна породила богатѣйшую литературу права и вызвала четыре школы по именамъ четырехъ Имамовъ: *Ганифа* (699—769), *Шафея* (767—819), *Малека* (701—795) и Ганбала (855), изъ которыхъ преимущественно распространены только сунны Ганифа и Малека — первая въ Турціи, Татаріи, Индіи, послѣдняя во всей сѣверной Африкѣ (84).

Наука права, какъ отрасль практической теологіи, обработываемая учеными, называемыми *Улемами*, изъ которыхъ берутся *Муфтіи* (высшіе законоучители), *Моллахи* (судьи для провинцій и большихъ городовъ) и *Кади*, представляетъ много руководствъ и учебниковъ права, между которыми преимущественно распространены «*Мультека*» *Ибрагима Халеби* (1549) и «*Мукхтакаръ*» *Кхалила* (1422), оба составленные по суннѣ Малека.

Еще и до сихъ поръ составляютъ весьма значительный источникъ права—законы и постановленія владыки государства, въ формѣ *Фирмановъ* или *Хаттишерифовъ*. Обычное право — *аадетъ* и практика опираются преимущественно на рѣшенія (*фетвасъ*) Муфтій, составляющихъ въ Константинополѣ коллегію, глава которой, называемый *Шейкъ-Уль-Исламъ*, есть высшій истолкователь закона.

Мослемитское право, въ области права публичнаго и частнаго, предоставляетъ не равную правоспособность мусульманамъ и немусульманамъ. Послѣдніе въ доказательство своего подданства должны платить личную подать, они не могутъ имѣть никакой дѣйствительной собственности на землѣ и почвѣ, которая принадлежитъ господину, но только могутъ владѣть ею, впрочемъ съ правомъ на-

---

(83) См. объ этомъ и вообще нѣсколько подробнѣе обо всемъ мослемитскомъ правѣ у *Варнкенига* въ его „Encyclopädie". S. 162 u. flg.

(84) Сочиненія *Малека*, какъ и его комментаторовъ, въ особенности *Кхалила* (1422), по порученію французскаго военнаго министра, переведены и объяснены *Перрономъ* подъ заглавіемъ Precis de jurisprudence musulmane, selon le rite Malekite». Paris. 1849., для того, чтобы служить кодексомъ французскому начальству въ Алжирѣ.

слѣдованія и отчужденія, но также и съ обязанностью платить извѣстную подать. Немусульмане, сравнительно съ мусульманами, поставлены также въ неравное положеніе въ правѣ уголовномъ, относительно наказаній и въ процессѣ, — относительно свидѣтельствованія. Все это пункты, которые ожидаютъ существенной реформы.

Относительно брака (85) Кораномъ установлена полигамія, не ограничивающая число наложницъ, но ограничивающая число законныхъ женъ — четырьмя, которымъ предоставляется закономъ извѣстныя права и честь. Собственно говоря не только наложницы, но даже жены предоставлены въ семейной жизни произволу мужа; впрочемъ требовать развода въ извѣстныхъ случаяхъ могутъ и жены, но это достигается весьма трудно. Въ случаѣ развода съ женою по суду и праву обезпечивается за нею притязаніе на собственность.

Мослемитское наслѣдственное право представляетъ собой самую запутанную и хитросплетенную отрасль права, такъ что оно разсматривалось арабскими юристами, какъ половина цѣлой науки права (86). Особенно оно замѣчательно тѣмъ, что ближайшія родственники не всегда исключаютъ права на наслѣдство родственниковъ отдаленнѣйшихъ. Но относительно наслѣдственнаго права нельзя видѣть въ коранѣ черту благотворительности, а скорѣе только недостатокъ конкретности семейной любви.

Ученіе объ обязательствахъ вовсе не развито въ коранѣ, но за то весьма подробно обработано учеными, занимающимися наукой права. Коранъ вообще только рекомендуетъ христіанское составленіе договоровъ, также считаетъ необходимыми двухъ свидѣтелей, при чемъ двѣ женщины принимаются за одного мужчину (87). Брать проценты строго запрещено кораномъ (88), который проповѣдуетъ вообще снисхожденіе противъ несостоятельныхъ должниковъ.

Уголовное право, основывающееся на крававой мести, составляющей обычай племенъ арабскихъ, представляетъ собой преимущественно систему денежныхъ пеней, величина которыхъ различно опредѣляется, смотря по состоянію, къ которому принадлежитъ лице, потерпѣвшее отъ преступленія и наконецъ смотря по роду и важности самаго преступленія. Такъ напр. за убійство женщины полагается половинная пеня, за убійство же мужчины величина пени опредѣляется политическимъ состояніемъ убитаго.

Исламизмъ представляетъ собой еще въ Европѣ деспотизмъ, соединяющій въ себѣ власть религіозную и свѣтскую и проникающій всѣ сферы жизни; — деспотизмъ, который уже давно былъ сломленъ въ Европѣ Греками и Римлянами, къ которымъ теперь мы и переходимъ.

---

(85) См. объ этомъ подробнѣе *Unger* ib. S. 44 u. flg.

(86) *Гансъ* „Erbrecht“ Bd. I. S. 205.

(87) *Коранъ*. Гл. II., ст. 282.

(88) Коранъ. Гл. II., ст. 276 и послѣд. Но какимъ образомъ это постановленіе соблюдается знатными мусульманами и совершенно обходится посредствомъ продажныхъ документовъ въ сношеніяхъ съ христіанами и Евреями и какъ при этомъ берутся 30 и 40 процентовъ см. статью la Syrie etc. Revue des deux Mondes, 1855, mars.

ПОДРАЗДѢЛЕНІЕ ВТОРОЕ.

ПРАВО У ГРЕКОВЪ И ВЪ ОСОБЕННОСТИ У РИМЛЯНЪ.

Предувѣдомленіе.

О различіи между пониманіемъ жизни и права у Грековъ и Римлянъ. (1.)

Греки и Римляне, оба арійскія (индо-европейскія) племена, поселившіяся въ Европѣ во времена доисторическія, представляютъ между собою такое близкое сродство, что даже до новѣйшаго времени знаменитые историки считали древнихъ Пелазговъ ихъ общимъ кореннымъ племенемъ, въ послѣдствіи раздѣлившимся. Предположеніе это излишне. (2) Оба племени выполнили въ исторіи общую задачу: открыли человѣческому духу путь къ свободному развитію, снявъ съ него восточныя оковы. Какъ вообще переселяющіяся племена большею частью покидаютъ многія воззрѣнія и учрежденія своей первобытной родины, такъ и въ продолженіи вѣроятно долгаго странствованія, способствующаго свободѣ, весьма многое у этихъ племенъ должно было утратиться и преобразоваться. Точно также Греки и Римляне, насколько возможно прослѣдить ихъ въ исторіи, выступаютъ съ совершенно инымъ пониманіемъ міра и жизни. Между пониманіемъ жизни на востокѣ и тѣмъ, какъ ее понимали Греки и Римляне существуетъ рѣзкая противоположность. На востокѣ земная, конечная жизнь понималась только по отношенію ея къ божественному и къ жизни загробной; у Грековъ же и у Римлянъ жизнь понимается земной, въ смыслѣ жизни самостоятельной, находящей удовлетвореніе въ самой себѣ, прекрасной, лучезарной, предъ которой жизнь загробная отступаетъ, какъ темный, мрачный міръ тѣней, совершенно на задній планъ. Съ юными и свѣжими силами, съ борьбой и настойчивостью предпринимается постройка этой новой жизни; причемъ принципъ личности, свободы и личнаго права все болѣе и болѣе сознается и находитъ себѣ примѣненіе. Хотя арійскія племена и удержали въ религіи нѣкоторыя общія основныя воззрѣнія; но такъ какъ во время странствованія вѣроятно раздробились и самыя племена, то и политеизмъ по преимуществу тѣсно связывается съ государственною жизнью. Единое и вѣчное, которое возвышается надъ многоразличіемъ и управляетъ имъ, принимается уже какъ судьба, фатумъ, тяготѣющій и надъ богами. Различіе между пониманіемъ жизни и права у Грековъ и Римлянъ прямо выходитъ изъ различія характера ихъ духовныхъ способностей;—у нихъ проявляются совершенно различныя, прирожденныя духовныя силы. Греческій духъ, съ какой то особенной силой разума, гармонически охватываетъ все живое, въ тѣсномъ единеніи цѣлаго и его

---

(1) См. *Hegel* Philosophie der Geschichte; «*Gans* Erbrecht», *Stahl*, Philosophie des Rechts Bd. 1. S. 33. и B. 2. S. 393. *Unger. ib.* S. 92.

(2) Объ этомъ будетъ сказано при изложеніи исторіи Римскаго права.

частей. Цѣлому, какъ высшему, онъ подчиняетъ части, имѣющія однако свои права и относительную самостоятельность. Созерцая природу, въ которой свободно дышется, онъ видитъ въ ней только самостоятельную красоту, а не указаніе на что — то высшее. Взглядъ этотъ, отличающійся характеромъ свободы, онъ стремится осуществить въ мірѣ духовномъ и нравственномъ.

Космосъ (3) становится руководящимъ принципомъ при духовномъ и нравственномъ образованіи жизни. Отсюда понятно художественное, пластическое и изящное чувство Грековъ, съ которымъ, какъ со всякимъ художественнымъ чувствомъ тѣсно связывается живой и веселый характеръ; понятно также почему Аристотель могъ опредѣлить поэзію свободнымъ подраженіемъ природѣ. Ясно, что при такомъ характерѣ ума, въ Греціи преимущественно должна была развиться государственная жизнь и *государство*, а не частное право, какъ то было въ Римѣ. Хотя греческій духъ и признаетъ субъективное право отдѣльнаго гражданина, но при этомъ онъ прежде всего обращаетъ вниманіе на цѣлое, ибо каждый отдѣльный членъ и его право заключаются въ цѣломъ и только отъ цѣлаго получаютъ свою прочность. Но это цѣлое есть государство, есть тотъ прекрасный, съ природы списанный порядокъ, въ которомъ части, отдѣльные члены тѣсно связаны между собою; этотъ порядокъ въ свою очередь опредѣляется отдѣльными членами, по этому и государство, какъ художественное произведеніе, представляетъ собою свободную, вполнѣ законченную, совершенно полную общественность (4). Гражданское право не могло выработаться и развиться у Грековъ, потому что оно имѣетъ своей цѣлью только самоопредѣленіе членовъ, отдѣльныхъ отъ цѣлаго, а не взаимодѣйствіе цѣлаго и частей (5).

Совершенно иначе проявляется характеръ римскій, въ которомъ разумъ и воля составляютъ преобладающіе элементы. Римскій духъ отнюдь не разрываетъ связи между цѣлымъ и частями, но вмѣстѣ съ тѣмъ дѣлаетъ, съ свойственнымъ ему аналитическимъ разсудкомъ, и болѣе рѣзкое различіе между цѣлымъ и отдѣльными членами. Въ цѣломъ онъ видитъ только общую цѣпь, которая придаетъ отдѣльнымъ членамъ взаимную связь, упрочивая въ тоже время и силу ихъ. По понятіямъ Грековъ, высказаннымъ въ ученіяхъ Платона и Аристотеля, государство развивается *органически* изъ семейства и изъ семейнаго союза; у Римлянъ напротивъ, государство искони вѣковъ является чѣмъ то внѣшнимъ, чѣмъ то силой составленнымъ и *сдѣланнымъ*, при чемъ воля и власть всегда играютъ главную роль. Точно также и судьба римскаго государства всегда зависѣла или опредѣлялась перемѣняющимися отношеніями власти между главными партіями. Римскій духъ не смотритъ на государство, какъ на дѣло само по себѣ имѣющее достоинство, но оцѣниваетъ его только по разсудочному понятію пользы, utilitas, такъ что частный интересъ имѣетъ всегда значительное преимущество предъ интересомъ общимъ. Съ такой же точки зрѣнія слѣдуетъ смотрѣть на борьбу обоихъ римскихъ сословій: патриціи, ради собственнаго интереса, старались поддерживать государственный порядокъ и права.

---

(3) О Κοσμος дорійскихъ государствъ см. *Мюллера* «Dorier» 2, 5, 6,—*Унгера* ib. S. 55. приводитъ слѣдующее мѣсто изъ Фукидида (9, 11.), гдѣ царь Архидамъ восклицаетъ: „Прекрасное и постоянное заключается въ томъ, что многоразличіе подчиняется космосу“ и замѣчаетъ при этомъ, “что Спартанцы славили Ликурга преимущественно за то, что онъ все устроилъ въ гармоніи съ космосомъ (Геродотъ 1, 65) и почтили его, назвавъ сына его Эвкосмосомъ (Павзаній 3, 16)“.

(4) См. *Аристотеля* Пол. III. 4, 7, ἡ δε πολις κοινωνια των ἐλευθερων; и VII, 4, 7 ἡ δε πολις αυταρκες

(5) *Wachsmuth* „Helenische Alterthumskunde“ (Bd. II. S. 201) отыскиваетъ различныя причины для подтвержденія того факта, что Греки относительно развитія права далеко отстали отъ Римлянъ; но главная причина, заключающаяся, какъ признаетъ это и самъ авторъ, въ различіи народности, не вполнѣ имъ разъясняется.

Плебеи напротивъ всѣми силами старались превратить государство въ полезное для себя учрежденіе. Въ Греціи и въ Римѣ возникаетъ борьба о господствѣ, объ общественныхъ властяхъ, но въ Греціи ради самаго господства, въ Римѣ же для удовлевтворенія другихъ цѣлей (уничтоженія налоговъ, раздѣла полей и. т. п.). Государственная жизнь Греціи въ основаніи потрясается демагогіей, въ Римѣ она рушится вслѣдствіе полнѣйшаго торжества плебейскаго элемента и поддерживается впослѣдствіи, лишь внѣшнимъ образомъ, деспотизмомъ императорства. Въ Греціи право и законъ иногда совершенно не отдѣлялись отъ начала этическаго. Такъ какъ жизнь развивается не по одной только формальной сторонѣ права, но получаетъ глубокое содержаніе въ философіи и искусствѣ, то и религія съ одной стороны должна была получить значеніе въ государствѣ, какъ то и показываетъ главный обвинительный пунктъ въ несправедливомъ процессѣ противъ Сократа; съ другой же—въ жизни и въ ученіяхъ, особенно Платона и Аристотеля, право и политика считаются только вѣтвями этическаго и этики. Уже древніе законодатели подкрѣпляли свои законы этическими доводами. Римскій духъ напротивъ видитъ въ государствѣ только общую форму, рамку, и если она есть, то онъ мало заботится о ея содержаніи, — и предоставляетъ выработаться этому содержанію изъ свободнаго движенія воли и произвола гражданъ. Нисколько не затрудняясь принять въ своемъ государствѣ чужихъ боговъ, дѣлая изъ государства какое то Pandämonium, онъ готовъ точно также признать и чужое право, передѣлывая по немъ свое собственное и измѣнивъ его въ jus gentium, причемъ само государство дѣлается государствомъ народовъ.

Такое пониманіе жизни и права должно было въ Римѣ преимущественно способствовать развитію *частнаго права*. Отдѣльные члены, сознавая рядомъ съ государственною общностью свою самостоятельность и свое частное право, должны были конечно стремиться къ образованію соотвѣтствующихъ тому и обезпечивающихъ правовыхъ формъ; но эти правовыя формы были только рамкою, въ которую вставлялась самостоятельная воля, измѣняющаяся смотря по ея индивидуальному, опредѣляемому ея интересами понятію объ отношеніяхъ;—такъ что въ римскомъ правѣ даже моментъ правоспособности является не берущимъ въ расчетъ ни общихъ отношеній, ни частныхъ, которымъ присущъ такой же моментъ правоспоспособности. (6) Эти правовыя формы понимались сами по себѣ, оставляя безъ вниманія этическое ихъ содержаніе, и право, будучи всегда только чѣмъ то относительнымъ, почиталось уже за нѣчто самостоятельное, абсолютное, потому что римскій духъ не зналъ истинно абсолютнаго въ этическомъ, частью вслѣдствіе развившихся жизненныхъ отношеній, частью же вслѣдствіе распространенныхъ во время императорства эгоистическихъ стремленій. Такимъ образомъ право явилось у нихъ средствомъ къ удовлетворенію эгоистическихъ интересовъ. Такое направленіе, касающееся только внѣшности, формальности и формальнаго права, должно было лишить до такой степени римскую жизнь всякаго нравственнаго содержанія, что она гораздо скорѣе, нежели греческая, подвергнулась всеобщему разложенію.

Греція и Римъ, вслѣдствіе самостоятельнаго пониманія человѣческой жизни, придали достойное значеніе государству и праву; но оба народа даютъ историческое доказательство, что человѣческая жизнь, если не хочетъ рушиться, вслѣдствіе конечнаго, не должна брать изъ самой себя свои мотивы и побужденія, но что она также нуждается въ трансцендентальномъ, вѣчномъ и божественномъ принципѣ, который только въ томъ видѣ, въ какомъ его принесло христіанство, въ состояніи обезпечить внутреннюю прочность и постоянное развитіе.

---

(6) Воззрѣніе Римлянъ на право хорошо изложено у *Шталя* (Bd. II. S. 393).

ОТДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Греки и ихъ воззрѣніе на государство и право (7)

Народы, населявшіе Грецію, (если мы не обратимъ вниманія на представленіе, составленное Греками объ Аутохтонахъ), пришли вѣроятно отчасти съ сѣвера, сухимъ путемъ, отчасти же съ востока, моремъ (8); сперва они были раздѣлены на многія племена, подраздѣленіе которыхъ, на роды, фратріи и филы указываетъ на постепенное образованіе общиннаго быта (9).

Для древнихъ временъ, по крайней мѣрѣ до Троянской войны, не существуетъ хронологической вѣрности. Вѣроятно долго продолжалось переселеніе съ сѣвера, сопровождаемое продолжительными натисками и битвами между племенами. Самое успѣшное переселеніе было переселеніе Дорійцевъ, которые, соединившись съ Этолійцами, около 1100 г., основали государство Аргосъ, Спарту, Мессенію; Ахеяне же, вытѣсненные изъ Лаконіи, населили сѣверный берегъ Пелопонеза, откуда Іонійцы удалились въ Аттику. За этимъ слѣдуетъ удачно предпринятое основаніе колоній на островахъ и берегахъ варваровъ отъ Чернаго моря(Синопе, Трапезунтъ, Византія) до южной Галліи (Массилія); и на восточномъ берегу Испаніи; основаніе это продолжалось отъ 1100—500 г.

До установившагося въ Греціи порядка было время дикихъ междуусобій, которыя влекли за собой страшный грабежъ и многія другія бѣдствія, за спасеніе отъ которыхъ Греки прославляютъ обыкновенно Миноса, Геркулеса и Тезея.

---

(7) Кромѣ исключительно посвященныхъ исторіи Греціи сочиненій van *Limbourg Brouwer*, His. de la civilis. mor. et relig. des Grecs, *Gron* 1833; *Wachsmuth*, Culturgeschichte Bd. I.; для исторіи государства и права въ особенности: *Maier* und *Schömann*, der Attische Process, eine Preischrift, 1824.; *Gans*, Erbrecht, 1824.; *Platner*, Attisches Recht 1820.; *Böekh*, Staatshaushalt der Athener 2 Aufl. 1851.; *Wachsmuth*, Hellenische Alterthumskunde aus dem Gesichtspunkte des Staates, 1829, 2 Aufl. 1846.; *Hermann* zehrbuch des Griechischen Staatsalterthümer 3; Aufl. 1841; *Laurent*, histoire du droit des gens. Gand 1850. Vol. 3; *Lerminier*, histoire de la legislation de la Grèce antique, Paris 1853.

(8) Относительно связи Греціи съ востокомъ, какъ Германъ (ib. I. S. 13) правильно замѣтилъ, слѣдуетъ обратить вниманіе на два существенные вопроса: 1) объ восточномъ происхожденіи пришедшаго греческаго народонаселенія, происхожденія, несомнѣнно доказаннаго сравнительной филологіей и 2) о вліяніи позднѣйшихъ переселенцевъ, (которое тоже не совсѣмъ можетъ быть отрицаемо) изъ Египта (*Данай* 1600?), изъ Саиса (Кекропсъ 1582?), изъ Финикіи (Пелопсъ 1300?)

(9) Это хорошо разработано у *Германа* ib. Bd. I. S. 14.

Первымъ поводомъ къ мирнымъ и дружественнымъ отношеніямъ сосѣднихъ городовъ были религіозныя празднества, способствовавшія также развитію и безопасности торговли (10). Олимпійскія, Пиѳійскія, Немейскія и Истмійскія игры сдѣлались національными празднествами всей Греціи. Отсюда ведутъ также свое начало *амфиктіоны*, на которые не должно смотрѣть, какъ на союзныя общества, охраняющія внутреннюю и внѣшнюю безопасность, но какъ на замкнутые союзы сосѣднихъ народовъ какого нибудь общаго святилища (11). Между этими амфиктіонами важнѣйшимъ былъ амфиктіонъ Аполлона истмійскаго, начало котораго относится еще ко временамъ до-историческимъ, и въ которомъ участвовали двѣнадцать народовъ, позднѣе весьма неравныхъ по своему могуществу. Послѣ переселенія Дорійцевъ возрасло значеніе союза амфиктіоновъ вмѣстѣ съ значеніемъ Дельфійскаго оракула, который позднѣе во многихъ отношеніяхъ имѣлъ весьма важное вліяніе. Но на этотъ союзъ все таки нельзя смотрѣть, какъ на высшее общественно-политическое учрежденіе Греціи (12).

Греція, вслѣдствіе наклонности къ индивидуализаціи, никогда не могла достигнуть политическаго единства, а потому для Греціи не можетъ существовать политической и правовой исторіи (13).

Хотя изъ племеннаго единства и выдаются общія характеристическія основныя черты, но и они, послѣ раздѣленія на племена, принимаютъ совершенно различные оттѣнки; даже характеръ особенныхъ племенъ, Дорійцевъ, Эолійцевъ, Іонійцевъ и проч. не проявляется одинаковымъ образомъ въ населяемыхъ ими государствахъ. Дорійское постоянство, привязанность къ правамъ и обычаямъ, строгость, разсудительность и дисциплину нельзя примѣнить къ дорійскимъ государствамъ, Коринѳу, Коскирѣ, Таренту и Сиракузамъ. Точно также нельзя примѣнить къ древнимъ Аѳинамъ и Массиліи іоническую подвижность, игривость, любовь къ новизнѣ, многосторонность и безнравственность.

Греческая государственная жизнь, въ своемъ развитіи и въ своихъ видоизмѣненіяхъ, имѣетъ точно такое же значеніе и важность, какъ и развитіе гражданскаго права въ Римѣ. Подобно тому, какъ греческая философія представляетъ всѣ главныя формы философской спекуляціи, такъ и греческая государственная жизнь (исключая, въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ, Спарту) прошла сквозь всѣ главнѣйшія формы управленія и государственнаго устройства за исключеніемъ, вообще неизвѣстной древнимъ, системы представительства. Предъ нами являются монархія, аристократія и демократія съ ихъ достоинствами и недостатками; — и, являясь уже у Аристотеля предметомъ глубокихъ политическихъ разсужденій, они постоянно останутся поучительными для этики и политики.

Разсмотримъ сперва древнѣйшее время, какъ оно, въ нѣкоторыхъ основныхъ чертахъ, рисуется намъ въ поэтическихъ образахъ и преданіяхъ.

Въ древнѣйшее время существовала, такъ называемая, *героическая монархія* (14). Потомственные верховные владыки, переименованные въ послѣдствіи въ цари, часто соединяли въ своемъ лицѣ и жреческое достоинство, не зависимо оттого, что въ нѣкоторыхъ мѣстахъ существовало и духовенство (которое впрочемъ не было отдѣльной кастой). Царь былъ во время міра судьею, а во время войны полководцемъ. Но рядомъ съ царемъ существуетъ совѣтъ благородныхъ

---

(10) *Hermann*, ib. S. 31.

(11) *Hermann*, ib. S. 37.

(12) См. отчасти противоположные взгляды *Hermann*, ib. S. 38.

(13) Общее названіе „Эллины“ образовалось позднѣе, и вѣроятно перешло отъ одного замѣчательнаго племени на все народонаселеніе, которое обыкновенно, но впрочемъ недостаточно основательно, называютъ Пеласгами, когда говорятъ о древнихъ временахъ.

(14) См. *Wachsmuth*, Culturgeschichte Bd. I. S. 178.

(βουλη), такъ что царь былъ весьма часто только первый между равными. Вмѣстѣ съ тѣмъ существовали публичныя народныя собранія (αγοραι), на которыхъ впрочемъ народъ только выслушивалъ рѣшенія, не имѣя права рѣшать (15). Наслѣдственность царей, основанная на храбрости, богатствѣ и поземельныхъ владѣніяхъ, была примѣнена и къ духовенству, тамъ гдѣ составляло оно отдѣльное сословіе, также и къ другимъ властямъ и занятіямъ (16). Нужно однако замѣтить, что во всемъ этомъ вовсе не слѣдуетъ видѣть кастъ. Эта наслѣдственность не была даже принципомъ, но лежала въ преданіи, обычаяхъ и отношеніяхъ.

Хотя цари еще почти вездѣ удержались и послѣ переселеній, сильно потрясшихъ старые обычаи, тѣмъ не менѣе царская власть вездѣ клонилась къ упадку. Начали развиваться другія отношенія. Уже въ началѣ существовавшее сословіе рабовъ значительно увеличилось покореніемъ обитателей завоеванныхъ оружіемъ странъ. Этимъ рабамъ было предоставлено занятіе ремеслами, которыя были необходимы для удовлетворенія жизненныхъ потребностей, между тѣмъ какъ гражданинъ жилъ только для государства и занятій, достойныхъ свободнаго человѣка. Въ основѣ такихъ отношеній лежалъ уже аристократическій характеръ; но у этихъ свободныхъ гражданъ,—(которые у Дорійцевъ раздѣлялись на три, а у Іонійцевъ на четыре Филы, т. е. подраздѣленія по родовому сродству) вѣроятно уже издавна существовало во всѣхъ филахъ родовое дворянство (17), (Эвпатриды, Эвгенеисъ), основанное на храбрости и большой поземельной собственности, которое, утвердивъ свое могущество и въ новыхъ мѣстахъ жительства, воспользывалось обстоятельствами для того, чтобы сдѣлаться аристократіей. Благопріятныя тому обстоятельства были, со стороны царей: злоупотребленіе власти въ отношеніи къ существующимъ обычаямъ, злодѣянія въ семействахъ царей, спорныя притязанія на престолъ, съ призваніемъ защиты отъ благородныхъ и посягательство на уменьшеніе правъ ихъ. Престолонаслѣдіе лишилось прочнаго основанія; царь сдѣлался отвѣтственнымъ; многіе изъ нихъ должны были довольствоваться званіемъ перваго чиновника аристократіи; даже царское имя нерѣдко замѣнялось именемъ архонта или пританиса (18). Такимъ образомъ древняя *аристократія*, или собственно олигархія нѣкоторыхъ, знатная по происхожденію, опиралась еще на свое прежнее высокое положеніе въ государствѣ, на свое политическое образованіе и богатство. Въ совѣтъ и магистраты стали избираться аристократы, по очереди или по выбору; они находились подъ постояннымъ надзоромъ и обязаны были отдавать отчетъ ευθυνη въ своихъ дѣйствіяхъ. Назначеніе народнаго собранія было или соглашаться, или несоглашаться съ заранѣе обсужденными предложеніями;—суды были во власти аристократіи.

Эта аристократія, послѣ долгихъ колебаній, пріобрѣла наконецъ нѣкоторую прочность. Но и тамъ, гдѣ народъ не терпѣлъ отъ нея притѣсненій, обнаружилось безпокойство и броженіе народа, стремящагося къ измѣненіямъ; кромѣ того другія побужденія и причины привели наконецъ къ старой демократіи. Возрастающее сознаніе правъ свободныхъ Грековъ, хотя и основанное на повсемѣстно существующемъ рабствѣ; возрастающее благосостояніе, въ особенности въ приморскихъ городахъ; войны, истреблявшія благородное сословіе и принуждавшія его часто прибѣгать къ помощи народа; несогласія въ олигархіи; притѣсненіе народа; всѣ эти обстоятельства привели къ старой демократіи. Эта демократія, не имѣвшая еще прочныхъ основъ, довольствовалась только отмѣненіемъ самыхъ ближайшихъ тя-

---

(15) *Hermann*, ib. I. §. 55.
(16) *Hermann* §. 6.
(17) *Hermann* I. §. 98.
(18) *Hermann* I. §. 56.

гостей: сложеніемъ долговъ, раздѣломъ полей, введеніемъ свободы браковъ между высшимъ и низшимъ сословіями и равноправностью вообще. Эта демократія при ея неопытности въ государственныхъ дѣлахъ, должна была ввѣриться народнымъ вождямъ. Но такъ какъ вся исторія древнихъ временъ доказываетъ, что отъ народнаго вождя до тирана только одинъ шагъ, то и эти народные вожди, почти вездѣ сдѣлались тиранами, такъ что, по причинѣ этого повсемѣстнаго и одновременнаго явленія, седьмое и шестое столѣтія могутъ быть названы періодомъ древней тиранніи. Послѣдняя сначала благопріятствовала народу, такъ какъ тяжесть ея пала прежде всего преимущественно на дворянство и богатыхъ; несмотря на это, могущество ея было не продолжительно. Свергнутые олигархи старались теперь, съ своей стороны, пріобрѣсти расположеніе народа, соединялись также съ честолюбивыми сосѣдними государствами и чужими аристократіями, народное образованіе значительно увеличилось, и такимъ образомъ паденіе тиранніи было приготовлено аристократіей. Послѣ паденія тиранніи, смотря по обстоятельствамъ, по внутреннимъ и внѣшнимъ отношеніямъ, попеременно слѣдовали то олигархія, то демократія; послѣдняя одержала однако верхъ.

Новѣйшая демократія была построена на болѣе прочныхъ основаніяхъ. Равное право всѣхъ членовъ государства принимать активное участіе во всѣхъ существенныхъ функціяхъ государственной власти, которая выражалась народомъ или въ его имени, свобода рѣчи и равенство всѣхъ предъ закономъ; неразрывная связь между личнымъ и политическимъ существованіемъ; вотъ основныя мысли этой новой демократіи. Но всеобщее равенство можетъ быть понимаемо двояко: или въ смыслѣ качественной соразмѣрности всѣхъ правъ и обязанностей, причемъ аристократическій элементъ не исключается изъ демократіи (19) и начемъ основывалась первая, болѣе умѣренная, демократія (πολιτεια, истинная общественность Аристотеля); или въ смыслѣ количественнаго и численнаго равенства, которое старалось подавить и даже устранить остракизмомъ, всякое возвышеніе посредствомъ таланта, ума, заслугъ. Въ этой позднѣйшей демократіи не существовало дѣйствительнаго равенства, но власть большинства надъ меньшинствомъ, перевѣсъ болѣе многочисленной, бѣдной части надъ богатыми. При такихъ отношеніяхъ не замедлили обнаружиться всѣ низкіе пороки и страсти. Ревность и зависть ко всему высшему, прихотливость и своеволіе, возрастающее, безстыдное самолюбіе при легкихъ средствахъ его удовлетворенія, дѣйствительная неспособность народа къ самоуправленію, всѣ эти факты непремѣнно должны были вызвать демагоговъ и сикофантовъ, противъ которыхъ даже выродившаяся аристократія организовалась въ клубы и вслѣдствіе сословныхъ интересовъ, питая глубокую ненависть къ черни, съ слѣпой яростью неистоствовала, гдѣ только могла. Послѣдовавшіе за этимъ внутренніе безпорядки, столкновенія между партіями, постепенное исчезновеніе любви и привязанности къ отечеству, уваженія къ обычаямъ и правамъ; стремленіе примѣнить право къ своимъ прихотямъ и страстямъ и средства къ удовлетворенію этихъ страстей должны были содѣйствовать деморализаціи. Этотъ упадокъ нравственности,—вслѣдствіе того, что вездѣ гдѣ исчезаетъ внутренняя чистота нравовъ, должна появиться внѣшняя, сдерживающая и обуздывающая власть,—привелъ въ 400 г. до Р. Х., почти во всѣхъ государствахъ Греціи къ новой тиранніи, которая продолжалась до тѣхъ поръ, пока Греція не была лишена Филипомъ Македонскимъ своей независимости. Даже послѣ распаденія монархіи Александра Великаго Греція не возвратила себѣ своей независимости, но была объявлена въ 146 г. до Р. Х. Римской провинціей, подъ именемъ Ахаіи.

---

(19) Исокр. Ропаѳ. §. 153. δημοκρατιαν ἀριστοκρατια μεμιγμενιν

Разсматривая законодательства Греціи, —не будемъ распространяться объ сказочномъ законодательствѣ Миноса, даннымъ имъ дорійскому государству на Критѣ, (имѣвшее однако вліяніе на Спарту); не будемъ также говорить объ позднѣйшихъ, но мало извѣстныхъ законахъ Залевка и Харондаса (оба въ половинѣ VII ст. до Р. Х.): законы перваго были написаны для Локръ, законы же втораго для Катаны и другихъ городовъ Сициліи и Великой Греціи (20), — прямо начнемъ съ важнѣйшихъ законодательствъ Ликурга и Солона.

Ликургъ (21) (между 1000—850), заимствовавшій многое отъ Критянъ, родственныхъ по племени Грекамъ, имѣлъ цѣлью лишь возстановить первобытные нравы, утраченные вслѣдствіе внутреннихъ и внѣшнихъ войнъ, и обезпечить за ними продолжительное господство, почему онъ строго запретилъ письменные законы.

Основнымъ принципомъ законодательства Ликурга была тѣснѣйшая связь отдѣльнаго гражданина съ цѣлымъ государствомъ, которое, обладая силой механизма, должно было служить опредѣленіемъ всѣхъ конечныхъ цѣлей. Этимъ принципомъ регулировались всѣ отношенія, на что ясно указываютъ: раздѣленіе всей поземельной собственности на извѣстное число нераздѣльныхъ и не отчуждаемыхъ участковъ (послѣ завоеванія Мессеніи на 9000, между тѣмъ какъ Періоки владѣли 30,000, но меньшими по пространству); нѣкотораго рода коммунистическое устройство, даже относительно движимаго имущества, такъ какъ всякому было дозволено, въ случаѣ нужды, пользоваться орудіями, утварью, домашними животными, плодами другихъ, какъ своими собственными; общественное воспитаніе, руководимое самимъ государствомъ, которому поручался мальчикъ съ семилѣтняго возраста; общій столъ и вообще устроиство жизни на манеръ лагеря, причемъ все государство являлось хорошо организованнымъ войскомъ. Внутри государства высшая государственная власть была поручена совѣту старѣйшинъ (γερουσια) самостоятельному учрежденію, которое было посредникомъ между царями, предсѣдательствующими въ немъ, и общиной. Во внѣшнихъ отношеніяхъ этаго, такъ оригинально организованнаго государства, помянутый принципъ сыражался въ строгой замкнутости посредствомъ запрещенія торговли и сношеній съ иностранцами. — Въ матеріальномъ отношеніи все государство опиралось на угнетенныхъ Илотовъ, которымъ исключительно была предоставлена обработка Спартанскихъ земель; въ отношеніи нравственномъ и умственномъ — государство опиралось на пренебреженіе ко всѣмъ благороднымъ занятіямъ науками, искусствомъ и на истинной нравственности. Это зданіе однако существовало въ продолженіи четырехъ столѣтій, до тѣхъ поръ, пока наконецъ оно не распалось, вслѣдствіе неправильныхъ отношеній между внутреннимъ состояніемъ и возрастающимъ внѣшнимъ могуществомъ и вслѣдствіе возрастающей корысти и эгоизма.

Въ Аѳинахъ, — гдѣ *Драконъ* (624) своимъ строгимъ законодательствомъ думалъ упрочить господство эвпатридовъ и гдѣ народъ былъ крайне удрученъ и угнетенъ, существующимъ здѣсь закономъ о правѣ заимодавца сдѣлать своимъ рабомъ своего несостоятельнаго должника; — *Солонъ* (22) положилъ себѣ задачею установить порядокъ въ интересахъ аристократіи и умѣренной демократіи. Право свободнаго гражданина и честь (τιμη), основанная на этомъ правѣ, сдѣлались основнымъ принципомъ. Необходимымъ условіемъ для достиженія такой цѣли было съ одной стороны обнародованіе весьма важнаго закона, по которому впредь за долги отвѣчала не личность, а имущество должника; съ другой настоящее положеніе народа вызвало σεισαχθεια, которое не было, однако, уничтоженіемъ долговыхъ обязательствъ, а лишь прощеніемъ процентовъ и умень-

---

(20) *Hermann* I § 88.
(21) *Hermann* § 23—30.
(22) *Hermann* I § 106—112.

шеніемъ цѣнности монеты, предписывая, какъ кажется, вмѣстѣ съ тѣмъ, возвращеніе заложенныхъ земель въ свободное владѣніе земледѣльца и, кромѣ того, возстановленіе правъ и состоянія должниковъ, сдѣлавшихся, вслѣдствіе несостоятельности, рабами. Ремесленникамъ, метэкамъ ради промышленности, а рабамъ, по человѣческому чувству, была оказана защита противъ своеволія и насилія. Чтобы побудить къ исполненію гражданскихъ обязанностей Солонъ постановилъ, что слѣдствіемъ неисполненія ихъ будетъ потеря гражданскаго права, *атимія*. Въ формальномъ устройствѣ государства Солонъ является посредникомъ между аристократіей и демократіей. Онъ удержалъ прежнее дѣленіе народа на четыре филы и 170 демъ и кромѣ того, раздѣлилъ народъ, сообразно новому политическому устройству, по имуществу на черыре класса. Къ первому классу принадлежали пентакосіомедимны, земля которыхъ давала въ годъ не менѣе 500 медимнъ, или 500 Аѳинскихъ мѣръ хлѣба; ко второму — всадники (ἱππεις), земля которыхъ давала 300 медимнъ; къ третьему—ζευγιται, которые получали только 200 медимнъ; — и наконецъ къ четвертому классу θητες принадлежали всѣ тѣ, которые съ своей земли получали менѣе, нежели 3-й классъ. Послѣдній классъ былъ освобожденъ отъ военной службы. Архонты могли только выбираться изъ перваго класса. Старѣйшіе Архонты поступали въ Ареопагъ. Всѣ другія государственныя должности, выключая Архонта, были доступны 2-му и 3-му классамъ; — послѣдній же классъ могъ только принимать участіе въ народномъ собраніи. Народному собранію (εκκλησια) были предоставлены значительныя права, какъ то выборъ государственныхъ властей, подача голосовъ при предложеніи новыхъ законовъ, при обсужденіи вопросовъ о войнѣ, союзахъ и, даже, дѣлъ религіозныхъ. Изъ трехъ первыхъ классовъ, по 100 изъ каждой четырехъ филъ, выбирались ежегодно 400 человѣкъ старше 30 лѣтъ, которые и составляли Совѣтъ 400-тъ (βουλη), занимавшійся подготовленіемъ предложеній и извѣщеній для народнаго собранія. Архонство осталось; Архонту было поручено веденіе процесса и предсѣдательство въ народномъ судѣ. Кругъ дѣйствія Ареопага, ведущаго свое начало еще издедвле, значитильно расширился; кромѣ прежней уголовной юстиціи, ему было поручено: надзоръ за государственнымъ управленіемъ и дѣйствіями Архонтовъ, наблюденіе за точнымъ исполненіемъ законовъ, за поведеніемъ и нравами гражданъ; въ нѣкоторыхъ случаяхъ, онъ даже имѣлъ право несоглашаться съ рѣшеніями народныхъ собраній. Учрежденіе народныхъ судовъ (Heliäa) было весьма важнымъ нововведеніемъ; въ этомъ судѣ избирались по жребію присяжные судьи изъ всѣхъ непорочныхъ гражданъ. Этимъ учрежденіемъ Солонъ хотѣлъ развить мнѣнія и сужденія всѣхъ гражданъ о правѣ и о законѣ. Однако конституція Солона, вѣроятно вслѣдствіе преобладающаго характера посредничества, а можеть быть, и вслѣдствіе постояннаго распаденія государства на партіи, не могла пустить глубокіе корни. Послѣ того, какъ Пизистратъ въ 560 г., съ помощью демоса достигъ на нѣкоторое время единодержавія и послѣ того, какъ сынъ его долженъ былъ спастись бѣгствомъ, Клисѳенъ въ 510 г. учредилъ опять демократію, отмѣнивъ четыре филы и увеличивъ число гражданъ метеками. Эта демократія, достигшая своей высшей славы подъ управленіемъ Перикла, вскорѣ была приведена къ своему паденію демагогіей.

Разсматривая гражданское право Греціи, съ одной стороны, при такомъ различіи государствъ между собою, конечно, нельзя найдти такого единства, какъ въ Римѣ; съ другой стороны, кромѣ того, что нельзя найдти точнаго разграниченія между такъ называемымъ героическимъ и послѣ-героическимъ временемъ, вообще нельзя указать на эпохи развитія. Но, не смотря на это, можно найдти общія основныя черты, на которыя слѣдуетъ указать, оставляя въ сторонѣ Спарту и обращая вниманіе преимущественно на Аѳинское право и его замѣчательныя разновидности въ другихъ государствахъ. Греческое право, вслѣдствіе выше изложенныхъ внутреннихъ причинъ и вслѣдствіе незначительно распространенныхъ

внутреннихъ и внѣшнихъ сношеній, не могло получить такого развитія, какъ Римское право. Но, не смотря на это, Греческое право обладаетъ весьма важнымъ внутреннимъ достоинствомъ и имѣетъ даже преимущество предъ Римскимъ правомъ относительно цѣлесообразнаго своего направленія, относительно многихъ постановленій, имѣющихъ въ виду преимущественно нравственныя отношенія.

Прежде всего нужно уяснить какое положеніе, вообще во всей Греціи, занимаетъ гражданинъ въ государствѣ, т. е. чѣмъ рознится Греческое и Римское пониманіе объ отношеніи гражданскаго права къ праву общественному.—Подобно тому какъ гражданинъ считается постоянно членомъ государства и его свобода прежде всего находится въ существенномъ отношеніи къ цѣлому, относительно же закона обусловливается равноправностью участія въ составленіи его и одинаковою для всѣхъ отвѣтственностью передъ нимъ; точно также и государство съ своей стороны, посредствомъ гражданскаго закона, предписываетъ обязанности отдѣльныхъ лицъ относительно цѣлаго и противится всякому расширенію (ὕβρις) личной правовой сферы посредствомъ нарушенія личныхъ правъ другаго, противясь, вмѣстѣ съ тѣмъ, и злоупотребленію собственной силы и эгоизма. Въ послѣднемъ отношеніи, по законамъ Солона, такое злоупотребленіе, если бы даже имъ не нарушалось никакого чужаго права, считается само по себѣ безнравственнымъ и достойнымъ наказанія (23). Такимъ образомъ въ законодательствѣ Солона является бо́льшая зависимость члена отъ цѣлаго, чѣмъ въ Римѣ. Такъ какъ по Греческому воззрѣнію, государство въ своемъ существѣ подвергается опасности вслѣдствіе не соотвѣтственнаго положенія отдѣльнаго члена, то понятно почему Солонъ налогалъ пеню на гражданина, неимѣющаго занятія, и предписывалъ каждому принадлежать къ какой либо партіи, въ случаѣ общественныхъ раздоровъ. Это тѣсное отношеніе выражается также въ Греческомъ понятіи о чести (τιμή), которая не существуетъ для человѣка сама по себѣ, но какъ слѣдствіе правоваго поведенія, выражаясь также въ наказаніи за многократное нарушеніе обязанностей противъ общественнаго цѣлаго,—аттиміи, что значило исключеніе изъ правовой общины (24).

Увеличеніе правъ, ὕβρις, ведуще́е за собою оскорбленіе личности, къ которому относились и словесныя обиды, по Аѳинскому праву тоже подлежало наказанію, такъ что при явныхъ оскорбленіяхъ и обидахъ требовать публичнаго наказанія могъ не только самъ оскорбленный, но и *всякій посторонній*. *Обиды дѣйствіемъ* были запрещены даже относительно рабовъ, такъ какъ послѣдніе не были собственностью гражданъ, и при томъ не были собственностью съ тою цѣлью, чтобы граждане могли привыкнуть къ такимъ превышеніямъ своихъ правъ (25). Самоубійство, какъ злоупотребленіе власти въ отношеніи къ самому себѣ и какъ оскверненіе государства, подвергалось (26) также наказанію, (которое состояло въ лишеніи обычныхъ погребальныхъ почестей), и только нѣкоторыя государства составляли въ этомъ случаѣ исключеніе.

Теперь перейдемъ къ частностямъ.

I. Раздѣленіе всѣхъ лицъ государства на гражданъ, Періэковъ и Метэковъ, на иностранцевъ и рабовъ.

1. Только гражданинъ имѣлъ полную правоспособность, потому что послѣдняя была возможна только для члена гражданской общины. Но и въ прежнія времена

---

(23) *Hermann* III. §. 58—60.

(24) *Wachsmuth*, III S. 183.

(25) *Hermann* III. § 60. Хоръ въ Софокловомъ царѣ *Эдипѣ* говоритъ слѣдующую истину, подтвержденную исторіей: ὕβρις φυτευει τυραννοι.

(26) *Hermann* III. § 61. *Wachsmuth*, S. 181.

между гражданами существовало неравенство въ политическомъ и частно-правовомъ отношеніи; это неравенство, вызванное сословнымъ различіемъ дворянства (эвпатридовъ и демоса), различіе, встрѣчающееся во всѣхъ филахъ, исчезло только въ позднѣйшей чистой демократіи.

2. Періэки и Метэки составляли средній классъ; они не были ни гражданами, ни собственно иностранцами или рабами; Періэки (27) были тою частью древнихъ побѣжденныхъ туземцевъ, за которыми осталась личная свобода и права поземельной собственности съ условіемъ ежегодной опредѣленной платы побѣдителю какъ это и было, въ особенности въ Спартѣ (въ противоположность тамошнимъ Илотамъ). Напротивъ того Метэки, (28) число которыхъ все болѣе и болѣе увеличивалось въ Аѳинахъ, по причинѣ мѣстоположенія этого города, были, навсегда или на долгое время поселившіеся въ государствѣ, переселенцы, принятые подъ покровительство законовъ. Во многихъ отношеніяхъ они считались иностранцами, напримѣръ, не имѣли права пріобрѣтать поземельной собственности и должны были избирать себѣ патроновъ (προστατης) изъ гражданъ. Государство-же за умѣренную подать дозволяло имъ заниматься всякаго рода гражданскими промыслами.

3. Хотя *иностранцы* и не пользовались никакими правами, однако они находились подъ защитою права божественнаго и гостепріимства (29), позднѣе появились законы и договоры, (особенно въ торгово-политическомъ отношеніи), дающіе извѣстныя права подданнымъ одного государства предъ учрежденіями другаго.

4. *Рабство*, первоначально образовавшееся изъ нѣкоторой части покоренныхъ жителей, а позднѣе развившееся и вслѣдствіе другихъ причинъ, отличалось отъ рабства другихъ земель тѣмъ, что владѣтель рабовъ не имѣлъ права убивать ихъ, а также не имѣлъ права вести ими внѣшнюю торговлю. Только рабы государства могли имѣть какую нибудь собственность. Освобожденный рабъ дѣлался не гражданиномъ, а метэкомъ.

II. Во всѣ времена бракъ существовалъ въ формѣ монагаміи (30), конкубинатъ былъ дозволенъ закономъ. Небрежное воспитаніе женщинъ и греческій духъ были причиною того, что снисходительно смотрѣли и даже признавали связь съ гетерами, иногда весьма высоко развитными умственно (31). Вступленіе въ бракъ во времена гомерическія было нѣкотораго рода купля, позднѣе—брачный договоръ, совершеніе котораго сопровождалось религіозными обрядами. Въ Лакедемоніи существовалъ обычай похищать себѣ невѣсту (32). Позднѣе приданое, προιξ, сдѣлалось признакомъ законнаго брака и затрудненіемъ для развода; супругъ пользовался этимъ приданымъ, обезпечивая его закладомъ имущества (33). Дѣти отъ брака съ иностранцами пользовались въ различныя времена различными правами; въ позднѣйшее время въ Аѳинахъ, для гражданскихъ правъ дѣтей требовалось гражданство отца и матери. Чтобы родъ отца продолжался во внукахъ и чтобы сберегалось имущество семейства законъ имѣлъ особенное попеченіе о дочери наслѣдницѣ (ἐπικληρος Erbtochter), обязывая ближайшаго родственника мужчину боковой линіи вступить съ нею въ бракъ. Въ случаѣ бѣдности она имѣла право принудить его къ вступ-

---

(27) *Hermann* I. §. 15.
(28) *Hermann* I. §. 115.
(29) *Hermann* III § 151.
(30) Двоеженство Сократа и Эврипида есть басня; см. *Wachsmuth* III S. 204.
(31) *Hermann* III § 29.
(32) *Hermann* § 31.
(33) *Wachsmuth* III. S. 221.

ленію съ нею въ бракъ, или къ выдачѣ ей извѣстнаго приданаго (34). При выборѣ супруга преобладало всегда древнее предпочтеніе родственниковъ. Въ героическомъ періодѣ, исключая бракъ между родителями и ихъ дѣтьми, всѣ другіе браки между ближайшими членами одного и того-же семейства не считались предосудительными. (35). Позднѣе въ Аѳинахъ запрещались браки между дѣтьми одной и той-же матери. Аѳинское право дозволяло усыновленіе даже и тогда, когда въ семействѣ были дочери. Въ случаѣ бездѣтности усыновленіе считалось обязанностью, чтобы родъ и связанные съ нимъ sacra не прекратились (36): Разводъ уже совершался тогда, когда мужъ отсылалъ или оставлялъ свою жену. Безъ причины оставленная жена могла начать искъ относительно возвращенія приданаго или платежа процентовъ и пожизненнаго содержанія. Но и жена имѣла право жаловаться на разводъ Архонту. Нарушители брака подлежали наказанію (въ Тенедосѣ наказывались топоромъ). Нарушитель брака, пойманный на мѣстѣ преступленія, по Аѳинскому праву, могъ быть убиваемъ супругомъ (37). Женщины, впродолженіе всей ихъ жизни, считались несовершеннолѣтними: отецъ или супругъ были—первый ихъ властителемъ, послѣдній защитникомъ (κυριος). Вдова, кажется, могла возвратиться въ домъ своего властителя или продолжать съ своими дѣтьми особое хозяйство. Дѣти, получая имущество матери, становились въ то же самое время и защитою ея (38).

III. Родительская власть, которая возникала посредствомъ брака, усыновленія и узаконенія, была гораздо мягче, нежели въ Римѣ (39). Хотя случались факты подкидыванія дѣтей и нигдѣ, за исключеніемъ Ѳивъ, не было противъ этого прямаго закона, тѣмъ не менѣе такой поступокъ порицался общественнымъ мнѣніемъ. Право продажи дѣтей было дозволено Солономъ лишь относительно дочери, совершившей прелюбодѣйство (40). Опекунство было обязанностью ближайшихъ родственниковъ и находилось вездѣ подъ надзоромъ высшихъ магистратовъ (41).

IV. Наслѣдственное право существовало въ Греціи двоякое—по закону и по завѣщанію (42). Право наслѣдованія по закону, о чемъ мы можемъ судить лишь по Аѳинскому праву, основывалось на кровномъ родствѣ, которое признавало прямое нисходящее родство—γενος и боковое родство—συγγενεια. Между прямыми нисходящими родственниками—законные сыновья имѣли право на полученіе равныхъ частей наслѣдства; дочери-же, какъ вообще женскіе члены семейства, имѣли право лишь на содержаніе и на приданое. За пресѣченіемъ прямой нисходящей мужеской линіи родства наслѣдницей имущества являлась женщина, которая, впрочемъ, наслѣдовала собственно не для себя: ближайшій родственникъ мужчина боковой линіи родства былъ обязанъ жениться на ней и дѣти отъ этого брака наслѣдовали такое имущество (43). Въ прямой линіи право представительства было неограниченно. Въ прямой линіи также не было необходимымъ признаніе правъ на наслѣдство закономъ. Что-же касается до боковыхъ родственниковъ, то тѣ родоначальникъ которыхъ былъ ближе къ оставившему наслѣдство,

---

(34) *Hermann* I 121.
(35) *Wachsmuth* III § 157—170.
(36) Ib. S. 170 и *Harmann*, I. §. 120.
(37) *Wachsmuth*, S. 180.
(38) *Hermann* III. §. 56.
(39) Id. B. I. § 122 и Gans, Erbrecht. S. 312.
(40) *Hermann* III. B. § 11.
(41) *Wachsmuth* B. III. S. 173.
(42) См. объ этомъ особенно *Gans*, Erbrecht B. I. S. 281 u. flg. и *Wachsmuth* Bd. III. S. 215.
(43) *Hermann*, Bd. III § 63.

считались ближайшими, при чемъ также, при одинаковой степени родства, мужескій полъ имѣлъ всегда преимущество передъ женскимъ. Гораздо труднѣе опредѣлить право наслѣдованія по линіи восходящей. Право по завѣщанію было введено въ Аѳинахъ Солономъ (44) и связывалось съ предположеніемъ несуществованія родныхъ сыновей. Съ наслѣдованіемъ по завѣщанію связывалось вмѣстѣ и усыновленіе; кромѣ того, были дозволены легаты, которые, впрочемъ, не имѣли права получать недвижимое имущество и не имѣли права оспоривать законнаго наслѣдства (45). Римское правило—«nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest»—было совершенно неизвѣстно Греческому праву (46). О наблюденіи за правильнымъ распоряженіемъ и полученіемъ наслѣдства заботились особенныя учрежденія въ Аѳинахъ (47).

V. Въ непосредственномъ *вещномъ правѣ* недвижимое имущество по преимуществу было предметомъ общественнаго вниманія и неотчуждаемость наслѣдственной поземельной собственности—была—ли она, какъ первоначально въ Спартѣ, раздѣлена поровну, или не поровну, какъ въ другихъ мѣстахъ,—служила основаніемъ общиннаго устройства, которое допускало исключенія лишь въ крайнихъ, необходимыхъ случаяхъ; въ нѣкоторыхъ государствахъ существовало запрещеніе увеличенія имущества отдѣльныхъ лицъ сверхъ количества, назначеннаго закономъ; но то и другое было забыто при дальнѣйшемъ развитіи (48). Владѣніе вещью, до судейскаго приговора, охранялось Залевкомъ (49). Границы поземельной собственности освящались религіей. Измѣненія собственности утверждались въ нѣкоторыхъ мѣстахъ межевыми книгами, въ большей-же части другихъ—показаніями сосѣдей и заявленіемъ о томъ у извѣстныхъ властей (50). Въ числѣ повинностей (servitutes) самой важной была та, что гражданинъ, не нашедшій на своей землѣ, на десяти саженяхъ глубины воды, могъ ежедневно два раза брать ее въ опредѣленномъ количествѣ изъ колодца сосѣда (51). Право отыскивать утраченную собственность существовала въ Аѳинскомъ правѣ, въ особенности въ примѣненіи къ рабамъ. (52). Право собственности терялось обмѣномъ, что было установлено закономъ, и конфискаціей (53).

Облигаціонное право, особенно въ отношеніи договоровъ, было развито въ Греціи не настолько, какъ въ Римѣ, потому что у Грековъ не доставало, необходимаго для того, римскаго формализма. Отсюда эта отрасль права является въ Греціи лишь въ общихъ основныхъ положеніяхъ, при чемъ, при отысканіи права въ этихъ случаяхъ, не обращается почти никакаго вниманія на формальную сторону обязательства. Но Греческое право знаетъ общія основныя положенія для всякаго рода договоровъ, какіе только могутъ быть въ развившихся оборотныхъ имущественныхъ отношеніяхъ. Греческое право знаетъ: поручительство, заемъ, отдачу на сохраненіе, залогъ, гипотеку, куплю, аренду, наемъ, договоры относительно работъ, компаніи, и т. д., точно также какъ обязательства вознагражденія вреда.

Вообще для *договоровъ* не было предписано никакихъ особыхъ формъ. Римскія стипуляціи не были извѣстны Грекамъ. Всякая сдѣлка,—не содержащая въ себѣ

(44) Id. § 64.
(45) *Wachsmuth* III. §. 219.
(46) *Hermann* III. §. 64.
(47) *Wachsmuth* III. §. 220.
(48) *Hermann* III § 64.
(49) *Ib.* III. §. 71.
(50) Ib. § 65.
(51) Ib. III. §. 62.
(52) *Wachsmuth*, III. S. 238.
(53) Ib. S. 238.

ничего противнаго порядку, интересамъ общества и нравственности, — была признаваема правомъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ всѣ общества и корпораціи признавались, кажется, юридическими лицами (54). Главнымъ средствомъ охраненія договоровъ были (весьма употребительные въ Аѳинахъ) документы и свидѣтельства. Въ письменныхъ договорахъ встрѣчается весьма часто и условное наказаніе. *Поручительство* также было употребительно, при чемъ непосредственно можно было заставить отвѣчать поручителя.

Когда употреблялись при займѣ высокіе проценты, — личной отвѣтственности въ Аѳинахъ подлежали лишь купцы и лица по искамъ государственнымъ. Рядомъ съ займомъ существовала особенная форма личнаго или общественнаго займа — Краносъ (Cranos) (55) т. е. поддержка, которая являлась, какъ безпроцентный заемъ и, въ извѣстныхъ случаяхъ, обязывала занимающаго, по крайней мѣрѣ, посильно заплатить занятое, но допускала также и жалобы, которыя, впрочемъ, ограничивались лишь тѣмъ, что неблагодарный выставлялся на судъ общественнаго мнѣнія. Заемъ существовалъ также въ формѣ купли (56), подобной нѣмецкой рентной куплѣ (Rentenkauf) и вѣчному платежу (Ewiggeld), потому что здѣсь одолжаемая сумма давалась за какое-нибудь имущество, принадлежащее занимающему, въ видѣ задатка, при чѣмъ занимающій за проценты удерживалъ за собой право пользованія этимъ имуществомъ и право обратнаго выкупа за полученную сумму (57). Бодмерейные договоры въ особенности весьма часто встрѣчаются въ Аѳинахъ. Морское право острова Родоса, изъ котораго Римляне заимствовали свой lex. Rhodia de jactu, сдѣлалось весьма важнымъ относительно развитія всего морскаго права вообще.

Аренда, существовавшая какъ временная и какъ наслѣдственная аренда, (послѣдняя перешла изъ Греціи къ Римлянамъ въ видѣ *Эмфитевзиса*), установлялась посредствомъ многоразличныхъ опредѣленій. При куплѣ встрѣчается въ Аѳинскомъ правѣ задатокъ (ἀρραβων), процентомъ съ котораго увеличивается платежная сумма, и постановленіе, что по истеченіи договора покупатель получаетъ права собственности только тогда, когда онъ дѣйствительно заплатилъ условленную сумму, (58).

Обязательства, *возникающія изъ личныхъ обидъ и ущерба собственности*, были опредѣлены точно. (59).

Въ *уголовномъ правѣ* частная кровавая месть замѣняется мало по малу наказаніемъ чрезъ государственную власть. Всѣ виды злонамѣреннаго убійства и убійства въ запальчивости, а также и преднамѣренное увѣчье и нанесеніе ранъ, съ религіозной точки зрѣнія Аѳинянъ и вообще Грековъ, считались осквернеіемъ, отъ которагорелигіозная обязанность повелѣвала избавлять страну. Даже не злонамѣренные преступники, по малой мѣрѣ, должны были на нѣкоторое время оставлять страну; даже животныя и неодушевленные предметы, которые причинили смерть человѣку, были вывозимы изъ государства (60). Виды наказаній были весь-

---

(54) *Hermann*, III. § 68.

(55) *Hermann* III. §. 67.

(56) ib. III 645, *Wachsmuth*, S 232.

(57) *Hermann*, III. §. 66, Хотя и не указываетъ на форму нѣмецкаго права, однако греческая форма была родственна съ нею по принципу, а можетъ — быть, также и по болѣе благопріятнымъ слѣдствіямъ для занимающаго (напр: при недостаткѣ доказательствъ со стороны кредитора). См: особенно цитированныя мѣста изъ Hermann.

(58) Лишь Харондасъ, съ опредѣленіемъ котораго соглашается Платонъ, соединяетъ переходъ имущества съ заключеніемъ договора и предоставляетъ на благоусмотрѣніе продавца повѣрить въ долгъ продажную сумму. См. *Hermann* III. §. 65.

(59) *Wachsmuth*, III S. 237; *Hermann* ib §. 69.

(60) ib. § 61.

ма различны. Самыми легкими видами смертной казни были — ядъ и висѣлица въ стѣнахъ тюрьмы; самыми жестокими — публичное обезглавленіе мечемъ или палицей; рѣдко употреблялись, — какъ смертная казнь, — утопленіе, сожженіе и сажаніе на колъ (60).

Процессъ былъ развитъ въ Аѳинахъ весьма значительно (61).

---

(60) ib. § 72.

(61) См. объ этомъ замѣчательнѣйшее, въ этомъ отношеніи, сочиненіе Attisches Process v. *Maier* u. v. *Schömann*. 1824.

ОТДѢЛЪ ВТОРОЙ.

ОЧЕРКЪ ИСТОРІИ РИМСКАГО ПРАВА (1).

ГЛАВА I.

О РИМЛЯНАХЪ ВООБЩЕ.

§ 1) *Народные элементы Рима.*

Римъ представилъ для древняго міра доказательство, что также и изъ смѣшенія различныхъ національностей можетъ образоваться весьма сильное государство.

Обращаясь къ сравнительной филологіи, которая только одна можетъ быть помощницей въ этомъ дѣлѣ, мы различаемъ въ древней Италіи три главныхъ племени: *Япигійское* (iapygische, называемое также мессапійскимъ—messapische), населяющее древнюю Калабрію, Апулію, Луканію, Брупію и Сицилію, — о прибытіи и языкѣ этого племени почти ничего неизвѣстно; впрочемъ относительно культуры оно неимѣло никакого значенія; *Этрусское*, культура и языкъ котораго еще и теперь состовляютъ неразрѣшимую загадку (2), потому что развитіе этаго племени вѣроятно совершилось весьма рано, — оно клонилось уже къ упадку во времена основанія Рима, который воспользовался плодами этруской цивилизаціи; —

---

(1) Главнымъ сочиненіемъ по Римской исторіи остается, составившее эпоху, соч. *Нибура*: die römische Geschihte, neu. Aufl. 1853. Въ послѣднее время положено основаніе разработкѣ Римской исторіи многими почтенными трудами *Герлаха* и *Бахофена*, Die Geschichte der Römer I. Bd. 1851, (которое можетъ отчасти считаться реакціей противъ Нибура, придавая преданію относительно древней Римской исторіи большее значеніе, но часто лишенное критическаго взгляда); трудъ *Швеглера* Bd. I. 1853, богатый подробными изслѣдованіями, вообще же держащійся точки зрѣнія Нибура; *Петера*, Gesh. Roms I. II Bd. 1853—1854 (безпристрастное изложеніе котораго сообразно съ новѣйшими изслѣдованіями; держится направленія Нибура); *Theod. Mommsen* römish. Geschite I. Bd. 1854 (сочиненіе предлагающее бѣглый очеркъ Римской исторіи: оно основательно связываетъ исторію Рима съ исторіей Итальянскаго народа и сообщаетъ много новыхъ воззрѣній, но вмѣстѣ съ тѣмъ дѣлаетъ иногда слишкомъ смѣлые выводы). Спеціальныя сочиненія относительно исторіи Римскаго государства и права слѣдующія: *Zimmern*, Gesch. des römisch. Rechts bis auf Iustinian Bd. I. 1826: *Hugo* Gesch. des römisch. Rechts 1832; *Walter* Gesch. des römisch. Rechts, 2. Ausg. 1845; *Puchta* I. Bd. Coursus der Institutionen 4. Aufl; 1853; *Erxleben*, Lehrbuch des römisch. Rechts Bd. I. (содержащій исторію) 1854; *Ihering*, Geist des römisch. Rechts Bd. I. 1852.

(2) По *Вакемуту* (Allg. Culturgesch. Bd. I. S. 290) это племя есть смѣшеніе двухъ племенъ, одного, которое спустилось съ Ретійскихъ горъ въ долину По и распространилось въ нынѣшней Тосканѣ, и другаго, пришедшаго, какъ говоритъ одна древняя несостоятельная сага, изъ малой Азіи (Лидіи),—племени, которое сдѣлалось потомъ господствующимъ. Вакемутъ доказываетъ этимологіей (S. 148), что Этруски и Эфіопы находятся въ близкомъ родствѣ между собою. Весьма невѣроятно также предполагать, что Этрускій языкъ принадлежитъ къ Индо-Европейской семьѣ языковъ (см. объ этомъ Shwegler I. S. 171).

наконецъ является въ Италію (3), съ своимъ собственнымъ языкомъ, племя *Умбро-сабино-оско-латинское* (безъ сомнѣнія одинъ изъ членовъ великой семьи Индо-Европейскихъ народовъ) и занимаетъ, выключая Калабрію и Греческія колоніи, всю южную половину полуострова. Латинское племя въ своихъ основныхъ чертахъ міросозерцанія и своимъ направленіемъ до такой степени кажется сродственнымъ другимъ Индо-Европейскимъ народамъ, что для объясненія такого тождества приняли гипотезу (принятую также и Нибуромъ) (41) о Пелазгахъ, которые будто бы были главнымъ корнемъ, общимъ для Эллиновъ и этихъ Итальянскихъ народностей. Но такая гипотеза недостаточно подтверждена и не необходима (5). Сами языки итальянскихъ народностей должны разсматриваться только какъ діалекты однаго и того же главнаго языка, которые столько-же отличаются другъ отъ друга, какъ и діалекты Германскаго и Греческаго языковъ; Латинскій-же діалектъ не есть языкъ смѣшанный, но только особенное нарѣчіе, преобладающее и вытѣснившее мало по малу всѣ другія нарѣчія изъ смѣшанной Римской національности.

Эти Итальянскія народности, точно также какъ и Этруски, задолго передъ основаніемъ Рима, жили отдѣльными федеративными союзами, изъ которыхъ союзъ Этрускій былъ обширнѣйшимъ, могущественнѣйшимъ и самымъ цвѣтущимъ.

Римская національность образовалась изъ трехъ народныхъ элементовъ: *Латинскаго* и *Сабинскаго*, родственныхъ между собою относительно происхожденія, и еще изъ присоединившагося потомъ (а можетъ быть и прежде) (6) элемента

---

(3) Послѣдовательный порядокъ, въ которомъ народы этаго племени переселялись въ Европу, уклоняясь немного отъ принятаго нами, по Pott'y (indogermanisch. Sprach-stamm) слѣдующій: 1) Иберійцы (недостовѣрно), 2) Иллирійцы и Фракійцы, 3) Греки и Италійцы, 4) Кельты, 5) Германцы и Славяне.

(4) Niebuhr röm. eschichte I. въ особенности S. 32 и flg. 63.

(5) Гипотеза о Пелазгахъ, если подразумѣвать подъ ними общее коренное племя, отъ котораго позднѣе отдѣлились Эллины и Италійцы, имѣла (съ чѣмъ согласны Нибуръ и О. Мюллеръ) прочнаго историческаго основанія; новѣйшія же, болѣе глубокія, сравнительныя филологическія изысканія, въ области индо-европейскихъ языковъ, сдѣлали ее совершенно излишней, показавъ, что италійскіе языки, слѣдовательно и латинскій, едвали болѣе близки къ греческому, нежели къ германскому и что поэтому здѣсь настолько же лишне подобное связующее звѣно въ родѣ Пелазговъ на сколько оно лишне и для другихъ членовъ этой великой семьи народовъ. Что за племя были древніе Пелазги, трудно опредѣлить.

(6) Большею частью новѣйшихъ писателей принимается позднѣйшее присоединеніе Этрусковъ, обозначаемое Римлянами царствованіемъ перваго Тарквинія, Этрусками-поселеніемъ на холмѣ Целіумъ), такъ что вліяніе ихъ культуры на Римъ считается пришедшимъ извнѣ. Однако, несмотря на авторитетъ Нибура (I. S. 427), высказавшаго такой взглядъ, и будучи далекимъ отъ мысли, чтобъ я самъ „могъ что нибудь открыть во мракѣ", тѣмъ не менѣе, ради исторической истины и чтобы помочь объясненію важныхъ фактовъ, я не могу не высказать слѣдующаго замѣчанія. Въ патриціяхъ, участвовавшихъ въ Рямской исторіи, первоначально или весьма рано, (самъ Нибуръ, I. S. 441—443), соглашается съ тѣмъ, что вслѣдствіе строгой сословной замкнутости, вымершій классъ патриціевъ былъ пополненъ Тарквиніемъ Прискомъ, которымъ обозначаютъ Этруское вліяніе) Этрускій элементъ былъ весьма значительнымъ и даже преобладающимъ. Строгую религіозно жреческую, мрачную, жесткую черту, даже жестокость въ бытѣ патриціевъ я немогу объяснить себѣ вліяніемъ, столь сродныхъ Латинянамъ, Сабинянъ. Потому все, что я говорю въ текстѣ, гдѣ я не хотѣлъ отступать отъ общепринятаго мнѣнія о патриціяхъ, согласно моему взгляду, должно также приписываться вліянію Этрускаго элемента. Подтвержденіе этаго взгляда, уже прежде высказаннаго (Pastoret Histoire de la legislation XI, P. 307), высказано недавно Moréau de Jonès въ Institut. Nr. 177, 178. Затронутый здѣсь вопросъ нисколько не зависитъ отъ вопроса о происхожденіи Этрусковъ; мнѣніемъ Момсена (I. S. 82), „что этотъ вопросъ рѣшался по тому основному принципу археологовъ, вслѣдствіе котораго изслѣдованія направлялись или на то, что нельзя узнать, или на то, что недостойно знанія", конечно никто неудовлетворится, кто чувствуетъ потребность глубокаго изслѣдованія какого либо предмета. Возможное для знанія есть вопросъ, достойное знанія стоитъ внѣ всякаго вопроса.—См. объ этомъ также статью въ Revue des deux Mondes 1855, 15. Fevr. De J. Ampère, авторитетъ котораго относительно сужденія о памятникахъ древняго искусства весьма уважителенъ и который находитъ много родственнаго между Этрусками и Египтянами, съ которыми первые находились въ торговыхъ сношеніяхъ. См. объ Этрускахъ ниже.

Этрускаго. Основаніе древняго Рима положили частью Латиняне, занявшіе гору Палатинскую; частью Сабиняне, утвердившіеся на холмѣ Копитолійскомъ, частью же Этруски, которые позднѣе заселили холмъ Целіумъ. Латиняне и Сабиняне соединились въ федеративное государство; потомъ Латиняне были покорены Сабинянами, или наоборотъ, но тѣмъ не менѣе оба народа сливаются впослѣдствіи въ *Populus Romanus (et) Quirites.* Хотя оба эти народа и имѣютъ много противоположныхъ качествъ въ ихъ характерѣ, но образовавъ собою общій характеръ Римскаго народа, такое смѣшеніе оказалось во многихъ отношеніяхъ счастливымъ.

Сабиняне, народъ горный, обладали качествами, свойственными такому народу, именно: благочестіемъ, строгостью нравовъ, святостью, брака и клятвы, крѣпкой привязанностью къ старымъ обычаямъ вмѣстѣ съ извѣстной жесткостью и строгостью, которая отражалась въ ихъ семейномъ быту, особенно во власти домовладыки надъ женою и дѣтьми. Такой характеръ отразился также и въ другихъ семейно-патріархальныхъ установленіяхъ, по которымъ домовладыка былъ и жрецъ, и царь и судья своего дома, — и которыя домовладыкѣ предоставляли огромную власть надъ всѣми принадлежавшими къ дому, такъ что духъ подчиненности авторитету безъусловно господствовалъ внутри семейныхъ отношеній. Напротивъ во внѣшнихъ отношеніяхъ семейства къ семейству господствовало совершенное равенство; относительно же устройства государственнаго Сабиняне предпочитали федеративныя формы. Напротивъ того *Латиняне* жители побережья и равнинъ, отличались болѣе живымъ складомъ ума, преимущественно же направленіемъ разсудка къ непосредственно практическимъ цѣлямъ; быстрымъ соображеніемъ данныхъ отношеній и умѣніемъ сопоставить ихъ; — умомъ и хитростью, но также и холодностью духа и разсудочнымъ, безсердечнымъ эгоизмомъ, отрѣшеннымъ отъ внутреннихъ нравственныхъ отношеній и направленнымъ лишь на внѣшнее. Какъ народы болѣе безпокойные должны желать изъ потребности порядка болѣе строгаго господства, такъ и Латиняне, въ противоположность Сабинянамъ, — любившимъ федеративный образъ правленія, — были болѣе склонны къ одноличному господству и централизаціи власти. Изъ характеровъ этихъ двухъ національностей образовался характеръ Римскаго народа, и при томъ такъ, что характеръ Сабинянъ болѣе отпечатлѣлся на Патриціяхъ, характеръ-же Латинянъ на плебеяхъ. Происхожденіе патриціевъ и плебеевъ въ Римѣ можетъ быть объяснено или тѣмъ, что плебеи потомство побѣжденнаго покореннаго народа, или тѣмъ, что нѣкогда у Сабинянъ, Латинянъ, а также и Этрусковъ существовали отношенія подобныя патриціату и плебсу и, по естественному вліянію, Сабинскіе патриціи соединились съ патриціями Латинскими (7), а плебсъ Сабинскій съ (болѣе многочисленнымъ) плебсомъ Латинскимъ. Такъ или иначе произошло это, но плебсъ вскорѣ увеличился вслѣдствіе эмансипаціи рабовъ, присоединенія побѣжденныхъ и эмиграціи. Преобладаніе Сабинскаго племеннаго характера у патриціевъ вытекаетъ изъ того, что послѣднимъ вообще болѣе свойственъ аристократическій образъ мыслей. — Къ этимъ двумъ поселившимся племенамъ присоединились Этруски съ своей болѣе развитой культурой, вліяніе которой на Римскій характеръ и на Римскую государственную жизнь хотя и трудно опредѣлить съ точностью, но тѣмъ не менѣе оно было значительно во многихъ отношеніяхъ и отразилось напр. въ наукѣ гаданія, въ ученіи о храмахъ, особенно въ архитектурѣ послѣднихъ, основаніи городовъ, размежеваніи земель,

---

(7) Wachsmuth Culturgesch. I. S. 308 рѣшительно говоритъ: „Изъ мрака древней исторіи Рима представляется неотразимо вѣрно то, что сословный духъ всѣхъ трехъ племенъ привелъ къ образованію патриційскаго высшаго сословія и что въ послѣдствіи вмѣсто первоначальнаго естественнаго раздѣленія сословнаго права на три, образовалось дѣленіе на два.

во всѣхъ техническихъ ремеслахъ, въ постройкахъ и произведенія искусствъ древняго Рима, — и вѣроятно также въ болѣе развитомъ государственномъ устройствѣ и государственномъ образѣ правленія Эти три поселенія образовали три трибы; Ramnes, Tities и Luceres, т. е., Латиняне, Сабиняне и Этрусски, но это тройное раздѣленіе, вслѣдствіе развившихся болѣе сильныхъ сословныхъ противоположностей, весьма скоро потеряло свое значеніе.

Къ этимъ тремъ элементамъ Латинскому, Сабинскому и Этрускому присоединился элементъ Греческій, тоже оказавшій на Римскій народъ не однократное вліяніе. Одно (впрочемъ неосновательное) сказаніе дѣлаетъ Нуму (родомъ Сабинца) ученикомъ Пифагора; но Нибуръ (8) справедливо видитъ въ этомъ сказаніи только миѳъ, объясняющій собой существованіе въ древнее время дружественныхъ отношеній между Сабеллами (Сабинянами или Самнитянами) и Греками. Впрочемъ указать прямо на извѣстныя стороны Римской жизни, гдѣ было бы видно вліяніе Греческой цивилизаціи, невозможно;—оно можетъ быть указано только въ древнихъ воззрѣніяхъ и учрежденіяхъ, общихъ для всѣхъ Индо-Европейскихъ народовъ. Позднѣе Греческое вліяніе отразилось на составленіи законодательства XII-ти таблицъ, что впрочемъ еще вѣрно недоказано. Наконецъ, сама въ себѣ разлагающаяся Римская жизнь искала себѣ опоры въ философіи стоиковъ; но какъ прежде, относительно образованія Римскаго права, придовали этому обстоятельству слишкомъ много значенія, такъ теперь ему придаютъ его слишкомъ мало.

§. 2. *О развитіи Римской жизни и государства вообще.*

Въ общемъ характерѣ Римскаго народа заключалась предназначенная ему всемірноисторическая задача. Народъ, который искони, въ простотѣ правовъ отдѣльныхъ личностей и уваженіи семейнаго союза, вмѣстѣ съ точнымъ разсудкомъ и наклонностью къ порядку и подчиненности обладалъ крѣпкой основой жизни, но при недостаткѣ воспріимчивости къ высшимъ благамъ жизни, къ религіозному направленію, наукѣ и искусству, долженъ былъ направлять свою силу воли, сознавая свою внутреннюю мощь, лишь на одни внѣшнія практическія цѣли, — точно также и внутри государства долженъ былъ стремиться къ разсудочному регулированію внѣшнихъ жизненныхъ отношеній, внѣ же къ господству, распространившемуся мало по малу надъ всѣми народами. Но что больше всего характеризуетъ римскую жизнь и отличаетъ ее нетолько отъ восточной, но и греческой, такъ это съ одной стороны несравненно большее отдѣленіе жизни отъ ея высшаго этическаго содержанія и вытекающее отсюда направленіе къ внѣшнему и формальному, особенно къ внѣшней и формальной государственной и правовой жизни;—съ другой же-выступленіе впередъ *Я* (selbst), самосознанія и личной воли въ внѣшней дѣятельности *личности.* Но если въ первомъ отношеніи римская жизнь сдѣлала шагъ впередъ, даже въ дохристіанской древности послѣдній шагъ, на пути отрѣшенія жизни отъ высшаго объективнаго, этическаго содержанія, на пути приданія большаго значенія личности и началу субъективному, то съ другой стороны въ выработкѣ субъективнаго Я въ внѣшней сферѣ, въ признаніи гражданской личности и свободы заключаются относительный успѣхъ и положительной моментъ, вслѣдствіе которыхъ Римскій народъ пріобрѣлъ значеніе во всемірной исторіи и имѣлъ сдерживающее вліяніе до новѣйшаго времени. Но этотъ моментъ вслѣдствіе своего отрѣшенія отъ этическаго содержанія, долженъ былъ готовить также и внутренное паденіе Риму, послѣ того какъ внѣшняя цѣль формальнаго регулированія и распространенія и господства была достигнута.

---

(8) См. «Vorträge über alte Geschichte» III. S. 221.

ГЛАВА II.

ОБЗОРЪ ИСТОРІИ РИМСКАГО ГОСУДАРСТВА И ПРАВА ДО ЮСТИНІАНА.

Главныя эпохи вообще.

Главныя эпохи развитія не точно совпадаютъ для публичнаго и частнаго права; потому въ этомъ обзорѣ мы опредѣлимъ эти эпохи преимущественно относительно *частнаго права*. Исторія римскаго государственнаго права весьма поучительна; если въ ней мы и не встрѣчаемъ такого разнообразія, какъ въ греческой, тѣмъ не менѣе, заключая въ себѣ всѣ существенныя государственныя формы отъ царизма, аристократической и демократической республики до деспотизма императорства, она представляетъ естественное развитіе однаго и того же основнаго принципа, ясно показывая вмѣстѣ съ тѣмъ какимъ образомъ субъективное, формальное и внѣшнее, все болѣе и болѣе отклоняющееся отъ нравственныхъ и объективныхъ правовыхъ принциповъ, умственное и жизненное направленіе большинства демократической массы мало по малу влечетъ засобой разложеніе государственнаго порядка; послѣдній, если еще и поддерживается на нѣкоторое время императорствомъ, то лишь для того, чтобы послужить потомъ внѣшней формой для христіанскаго принципа, принесшаго съ собою новое высшее содержаніе жизни.

Если мы обратимъ преимущественное вниманіе на частное право, то исторію римскаго права можно раздѣлить на слѣдующія 4 эпохи, которыя не будутъ имѣть рѣзкихъ границъ между собою, а будутъ опредѣлены по *преобладающему* въ каждой изъ нихъ духу.

Первая эпоха преимущественно *религіозная* (не теократическая или жреческая), въ которой единство всей жизни и всѣхъ институтовъ опирается на *религію*; она продолжается отъ основанія Рима до законодательства 12 таблицъ.

Вторая эпоха починается законодательствомъ 12 таблицъ, которымъ впервые законно отдѣлились право отъ религіи, частное право отъ общественнаго; она продолжается до конца республики. Это, какъ уже и раньше было замѣчено, эпоха *противоположностей*, разрѣшающаяся преобладаніемъ и наконецъ господствомъ демократіи. ***Третья*** эпоха съ Августа до Константина (по Гиббону и Гуго—до Александра Севера, 235) представляетъ упадокъ *общественной* жизни и вмѣстѣ съ тѣмъ обращеніе, еще сохранившихся здоровыми, умственныхъ силъ юристовъ на *научную разработку частнаго права*. ***Четвертая*** эпоха съ Константина, перенесшаго государственный театръ тяжести въ Константинополь, до Юстиніана, показываетъ, что вмѣстѣ съ упадкомъ государства, послѣдовавшемъ непосредственно за напоромъ германскихъ племенъ, существовало стремленіе утвердить и закончить, посредствомъ компиляцій и кодификацій законовъ, пріобрѣтенное правовое образованіе.

Исторія права должна и здѣсь явиться предъ нами не съ одной своей *внѣшней* стороны, по *источникамъ*, но и съ *внутренней*, теоретически, въ постоянной связи съ этическою совокупностью жизненныхъ отношеній.

ПЕРВАЯ ЭПОХА.

Отъ основанія города до законодательства 12 таблицъ; 1—304 а. и. с. д. Р. Х. 733—450.

1. Начало римской исторіи теряется во мракѣ, который никогда вѣроятно не разрѣшится достаточно историческими изысканіями. При вступленіи въ исторію мы застаемъ Римскій народъ, Populus Romanus Quiritium, раздѣленнымъ на три трибы *ramnes*, *tities* и *luceres* что ясно указуетъ на троякое происхожденіе его отъ Латинянъ, Сабинянъ и Этрусковъ. Каждая изъ трехъ трибъ подраздѣлялась на десять курій и каждая курія на десять декурій, которыя, по Нибуру, суть ни что иное какъ gentes. Вслѣдствіе этаго было 30 курій и 300 декурій или gentes. Каждая курія имѣла особенное названіе, своего представителя—куріона, особенный домъ для собраній, curia, и голосъ въ народномъ собраніи, которое раздѣляясь по куріямъ и gentes, какъ comitia curiata, представляло все государство. Точно также, какъ комиціи составлялись изъ главъ семействъ, patres familiarum, такъ и особенное собраніе, сенатъ составляли patres gentium. Сенатъ и комиціи избирали верховнаго пожизненнаго царя, rex, такимъ образомъ, что если сенатъ предлагалъ, то комиціи его принимали. Этотъ выборный царь по власти данной ему былъ верховнымъ руководителемъ общихъ интересовъ, верховный повелитель и высшій судія; власть его однако существенно ограничивалась посредствомъ установленнаго закономъ, существовавшаго вмѣстѣ съ нимъ учрежденія, *Сената*, который, безъ сомнѣнія одно изъ самыхъ важныхъ учрежденій конституціи, собирался предсѣдательствовавшимъ въ немъ царемъ, или заступавшимъ его мѣсто. Сенатъ пользовался весьма важными правами и долженъ былъ подвергать предварительному обсужденію все, о чемъ потомъ отбирались голоса у народа. Когда дѣло шло объ изданіи новаго закона и замѣщеніи высшихъ должностей, равно какъ и въ вопросахъ о войнѣ и мирѣ, царь былъ связанъ мнѣніемъ созваннаго имъ народнаго собранія.

Рядомъ съ этимъ древнѣйшимъ Populus Romanus, состоявшимъ въ тѣсномъ смыслѣ изъ однихъ лишь патриціевъ, былъ еще plebs, принятіе котораго изъ пограничныхъ земель приписывается впрочемъ Анкъ Марцію или Нумѣ: plebs этотъ пользовался общими правами римскаго гражданства, слѣдовательно communio juris civilis, проявлявшимся въ jus commercii, правѣ торговли, въ jus testamenti factionis, jus agendi въ правѣ искать на основаніи законовъ, указанныхъ Римскимъ гражданскимъ правомъ, и въ правѣ вступленія въ законный бракъ; но существенное различіе между плебеями и патриціями выражалось въ томъ, что по древнему обычаю между ними не могли быть заключаемы законные браки и что патриціи пользовались нѣкоторыми преимуществами напр. занимать государственныя должности, пользоваться жреческимъ достоинствомъ и избираться въ сенаторы; они же образовали до предпослѣдняго царя единое народное собраніе съ правомъ голоса, а также присвоили себѣ исключительное право выгона и пастьбы на ager publicus, что вслѣдствіе злоупотребленій повело отчасти къ его занятію.

Совершенно отличными отъ плебса были кліэнты, Schutzhörigen, clientes отъ cluere какъ κλυειν слышать (9), которые по Нибуру первоначально и еще ранѣе плебса находились въ необъяснимомъ по происхожденію покровительственномъ отношеніи къ патриціямъ; такъ что сначала были лишь патриціи и кліэнты; послѣдніе впрочемъ всегда отличались отъ свободнаго плебса.

Чрезмѣрное увеличеніе числа плебеевъ, происшедшее вслѣдъ за покореніемъ сосѣднихъ латинскихъ странъ, указало на необходимость признать за плебеями въ политическомъ отношеніи право Римскаго гражданства. Этой потребности какъ нельзя лучше удовлетворила политическая, разумно придуманная какъ для войны, такъ и для тогдашней системы сбора податей, сходная съ конституціей Солона (10) организація Сервія Туллія (11), которая существенно измѣнила прежнее родовое государственное устройство, и установила подраздѣленіе всего римскаго народа по имуществу и по мѣстнымъ областямъ государства и, не уничтоживъ сословнаго различія между патриціями и плебеями, все таки тѣснѣе связала плебейское сословіе съ государствомъ. Съ этою цѣлью весь народъ въ Римѣ и въ окрестныхъ селеніяхъ былъ раздѣленъ на нѣсколько мѣстныхъ трибъ, 4 въ Римѣ и 26 въ окрестныхъ селеніяхъ и на столько же общинъ, изъ которыхъ каждая имѣла своего трибуна.

Это вновь устроенное гражданство, на основаніи каждые 5 лѣтъ повторяющагося ценза, при чемъ брались въ расчетъ благородное происхожденіе, имущество и лѣта и по нимъ опредѣляемыя военныя и податныя повинности, раздѣлено было Сервіемъ на 5 классовъ и 193 центуріи (12) включая сюда и центурію для proletarii и capiti censi, которые имѣли имущества менѣе, нежели 5 классъ или совсѣмъ ничего не имѣли. Вмѣстѣ съ тѣмъ основано было и новое народное собраніе, сзывавшееся и отбиравшее голоса по центуріямъ, comitia centuriata, которымъ предоставлены права comitia curiata, послѣднимъ же оставлено было лишь право подтверждать рѣшенія и состоявшіеся выборы comitium centuriatorum; при этомъ за патриціями остались всѣ общественныя и жреческія должности.

Но такому (не осуществившемуся при королях) государственному устройству воспротивились патриціи, лишенные имъ прежняго своего вліянія; перенеся свое недовольство и на самую царскую власть, они воспользовались чрезмѣрнымъ развитіемъ деспотизма при Тарквиніи Гордомъ для того, чтобы уничтожить ее въ 243 и. с. (510 до Р. Х.)

Верховная власть была тогда передана 2-мъ, избиравшимся въ comitia centuriata, консуламъ (первоначально называвшимся praetores), изъ которыхъ одинъ принадлежалъ къ сословію патриціевъ, а другой къ сословію плебеевъ (13); они облечены были прежними королевскими правами; однако съ ограниченіями, Многіе плебеи были приняты въ сенатъ (patres et con scripti). Кабала была уничтожена. Патриціи при началѣ новаго по-

---

(9) Взгляды на отношеніе между плебсомъ и кліэнтами, равно какъ и на образованіе послѣднихъ различны. Слѣдуетъ видѣть великую услугу *Нибура* и *Пухты* (Cursus I, S. 148) въ томъ, что они уяснили, прежде часто упускаемое изъ виду, различіе между кліэнтами и плебсомъ. вслѣдствіе котораго плебсъ тотчасъ же явился отдѣльнымъ свободнымъ классомъ. См. *Niebuhr* I, S. 359 ff. гдѣ кліенты сравниваются съ греческими метеками; сравненіе это однако не совсѣмъ будетъ вѣрно, если кліэнты существовали первоначально. Впрочемъ за болѣе раннее или болѣе позднее ихъ существованіе въ Римѣ мы не имѣемъ никакихъ вѣрныхъ данныхъ. Не слѣдуетъ только терять изъ виду разницу между плебсомъ и кліэнтами.

(10) *Mommsen* I, S. 73, указывая на это сходство, при чемъ допускаетъ Греческое вліяніе, обращаетъ вниманіе на то, что самое важное слово въ этой преобразованной конституціи, classis, заимствовано изъ Греческаго языка.

(11) См. лучшее по этому предмету соч. *Huschke*, die Verfassung des Servius Tullius u. s. w.

(12) Посредствомъ этаго учрежденія Сервія (по преданію выходца изъ Этруріи, гдѣ онъ носилъ имя Мастарны) первый классъ, содержавшій въ себѣ, со включеніемъ 18 центурій всадниковъ, 98 центурій, получилъ положительный перевѣсъ надъ всѣми другими.

(13) Niebuhr I, 476. Право это для плебеевъ впрочемъ сдѣлалось постояннымъ позднѣе, въ 387 а. и. утвержденное первымъ закономъ Лицинія.

литическаго порядка оказали пріязненное расположеніе къ народу нѣкоторыми мѣрами и привели въ исполненіе конституцію Сервія Туллія. Однако скоро уже плебсъ, потерявшій своего естественнаго защитника въ царѣ былъ поставленъ въ болѣе стѣснительное положеніе; съ одной стороны на немъ лежала вся тяжесть податей, такъ какъ патриціи, не имѣвшіе собственно имущества, подлежащаго податямъ, исключительно присвоили себѣ право владѣнія и пользованіе ager publicus; съ другой же стороны плебеи, обязанные нести военную службу, вслѣдствіе частыхъ войнъ, лишены были возможности обработывать свои поля и страшно задолжали патриціямъ, платя имъ лихвенные проценты. Такое положеніе повело за собою народное волненіе и удаленіе плебеевъ на mons sacer, въ 259 г. и. с. (494 до Р. Х.), что принудило испуганныхъ патриціевъ къ значительнымъ уступкамъ, изъ которыхъ важнѣйшая состояла въ томъ, что плебеи получили право избранія изъ своей среды 2–хъ (позднѣе 5–ти, и наконецъ 10–ти) неприкосновенныхъ Tribuni plebis, которые, вмѣстѣ съ 2–мя полицейскими функціями, aediles plebis должны были охранять посредствомъ своего вмѣшательства (intercessio) права плебса, въ особенности противъ притязаній высшихъ властей.

Вскорѣ однако эти трибуны, воспользовались своимъ положеніемъ для расширеній правъ плебса, начали собирать его въ особенныя комиціи comitia tributa, чтобы тамъ составлять самостоятельныя рѣшенія, plebiscita, касательно общественныхъ дѣлъ и распространили свое право вмѣшательства до абсолютнаго veto противъ всякаго, невыгоднаго для плебеевъ, постановленія государственной власти. Съ этихъ поръ начинается безпрерывная борьба между патриціями и плебеями, при чемъ спорными пунктами были преимущественно слѣдующіе три: *раздѣленіе* одной части ager publicus между плебеями, способствовавшими посредствомъ завоеваній къ увеличенію его, *избраніе* плебейскихъ властей въ comitia tributa, гдѣ рѣшенія постановлялись большинствомъ голосовъ и не нужно было ни ауспицій, ни подтвержденія курій и наконецъ утвержденіе права *писанными законами*.

Упорнѣе всего патриціи противились первому желанію плебеевъ, которое и не исполнилось. Счастливѣе были плебеи относительно двухъ другихъ своихъ требованій: первое удовлетворилось, по предложенію трибуна Публилія Волеро (Publilius Volero) въ 252 и. с. (471 д. Р. Х.) а второе исполнилось послѣ болѣе долгаго сопротивленія со стороны патриціевъ, избраніемъ изъ патриціевъ 10 мужей съ цѣлію составленія законовъ.

Задача, возложенная въ 302 и. с. (451 д. Р. Х.) на decemviri legibus scribundi, казалось, должна была преобразовать все, существовавшее до того времени, государственное устройство, которое потому сдѣлалось недѣйствительнымъ и вся верховная власть была отдана въ руки децемвировъ, которые слѣдовательно должны были и управлять государствомъ и составлять законы. Къ концу своего должностнаго года, они издали 10 таблицъ законовъ (450 д. Р. Х.), одобренныхъ сенатомъ и подтвержденныхъ народомъ въ комиціяхъ. Годъ спустя новыми выбранными децемвирами, между которыми, какъ кажется, было 5 плебеевъ, изданы были еще 2 таблицы въ видѣ дополненія. Этимъ и должно было кончиться дѣло децемвировъ; но такъ какъ они не смотря на это хотѣли продолжать управленіе, то народное движеніе, которое повела за собою тираннія децемвира Аппія Клавдія, низвергнуло ихъ и старое государственное устройство съ измѣненіями, произведенными 12–ю таблицами, снова сдѣлалось дѣйствующимъ.

Въ исторіи 12 таблицъ многое темно относительно составленія и содержанія. Что касается до предварительнаго отправленія нѣсколькихъ мужей въ Грецію для изученія Греческаго права, именно Солонова законодательства, то это весьма невѣроятно; хотя вліяніе Греческаго права при составленіи 12 таблицъ несомнѣнно. Вліяніе это имѣло, какъ полагаютъ, своимъ представителемъ *Гермодора*, бѣглаго Грека изъ Эфеса. Безспорно однако древнее Римское право было основаніемъ новаго законодательства и многія основныя положенія древнѣйшаго права не по-

теряли при немъ своей силы, такъ какъ и долго спустя еще ссылались на царскіе законы.

II. Что касается до *самаго* права и его *источниковъ* въ эту эпоху, то въ продолженіе ея все еще существовало обычное право, различное въ различныхъ племенахъ; но точно также какъ послѣднія слились въ одну римскую національность, такъ и право вскорѣ сдѣлалось единымъ римскимъ и стало развиваться согласно съ общимъ народнымъ характеромъ. Впрочемъ еще долгое время можно было въ правѣ видѣть сословное различіе между патриціями и плебеями: несмотря на то, что оба сословія связывались нѣкоторыми общими правовыми постановленіями, право тѣмъ не менѣе раздѣлилось на патриціанское и плебейское, каждое сословіе жило по своей особенной правовой нормѣ (14).

Хотя вообще право прежде всего и было обычнымъ правомъ, тѣмъ не менѣе уже при царяхъ были истинныя законы, leges, которые, будучи предложены царемъ, съ согласія сената утверждались въ куріатскихъ комиціяхъ. При Тарквиніи Гордомъ понтифексъ *Папирій* собралъ и издалъ такіе законы (jus Papirianum).

III. Если мы обратимся теперь къ внутреннему *содержанію* римской *правовой* и *государственной жизни*, то ее слѣдуетъ разсматривать въ тѣсной связи съ общимъ римскимъ воззрѣніемъ на жизнь, въ которой отражается уже вышеозначенный общій основной характеръ, т. е., вообще разсудочная абстракція и вмѣстѣ съ тѣмъ въ правовой жизни сильная, вездѣ стремящаяся къ господству, воля.

1) Римское воззрѣніе на жизнь въ отличіе отъ Греческаго, рѣзче всего высказывается въ *религіи* абстрактно разсудочнымъ воззрѣніемъ на божество (15). Абстрактныя понятія нетолько всѣхъ существенныхъ жизненныхъ отношеній, государства, рода, семейства, но и всѣхъ другихъ отправленій, въ особенности, земледѣлія, олицетворяются въ божествахъ, для которыхъ однако не создаются, какъ въ Греціи, исторіи; имъ не придается художественнаго образа. Римскій духъ и здѣсь выказалъ свое отвращеніе отъ индивидуализаціи, желалъ (точно также какъ и въ правѣ) видѣть не всеобщее въ индивидуальномъ, а послѣднее въ абстрактныхъ понятіяхъ. Вотъ почему до того времени, пока Греческое вліяніе не сдѣлалось значительнымъ, Римляне не любили изображеній боговъ, самые храмы начали строиться лишь позднѣе; вотъ почему мрачный, разрѣшающійся мистицизмомъ чиселъ, возбуждающій страхъ и ужасъ Этрускій культъ никогда немогъ достигнуть преобладанія. Просто, ясно и трезво, безбоязненно и довѣрчиво было древнѣйшее религіозное созерцаніе и какъ не сильно оно впало въ политеизмъ, въ немъ можно подмѣтить основной характеръ индо-европейскихъ племенъ. Кромѣ того общая основная черта высказывается и въ томъ, что жреческое достоинство прежде всего принадлежало главѣ семейства, въ цѣломъ-же племени, главѣ государства. Точно такъ же какъ въ семьѣ глава дома былъ непосредственно обращающимся къ божеству жрецомъ, заботился вмѣстѣ съ семьей о Sacra privata и на домашнемъ очагѣ поддерживалъ огонь

---

(14) О политическомъ значеніи законодательства 12-ти таблицъ см. *Niebuhr*, Röm. Geschichte II. S. 312. ff., *Puchta* Instit: I S 54, 55.—Оригиналъ, какъ извѣстно погибъ при разрушеніи Рима Галлами въ 365 д. Р. Х. Правда, что они послѣ этаго были возобновлены, такъ какъ многіе ихъ знали наизусть и кромѣ того безъ всякаго сомнѣнія Римляне во всѣ времена имѣли съ нихъ списки (потому что иначе позднѣйшіе юристы не могли бы написать къ 12-ти таблицамъ коментарій); тѣмъ не менѣе ни одна изъ нихъ не сохранилась. Намъ извѣстны лишь нѣкоторыя отдѣльныя положенія 12-ти таблицъ, которыя сдѣлались извѣстны посредствомъ различныхъ писателей или въ первобытной ихъ формѣ, или лишь по содержанію. По этимъ отрывкамъ часто пытались ихъ возобновить. Самой значительной и древней попыткой была реставрація *Якоба Готофреда*, сначала въ 1616 г. потомъ повторившаяся въ его quatuor fontes juris civilis Genevae 1653, 4. Всѣ прежніе труды становятся ничтожными въ сравненіи съ трудомъ *Dirksen*. Uebersicht der bisherigen Versuche zur kritik und Herstellung der Zwölftafel-Fragmente, Leipzig 1824.

(15) Wachsmuth I, 326; Момсенъ I, 121.

Весты, такъ для куріи тѣмъ же самымъ былъ куріонъ, такъ и царь былъ верховнымъ жрецомъ, и для общаго домашнаго очага государства служеніе Вестѣ было самымъ священнымъ (и послѣднимъ уничтоженнымъ христіанствомъ). Хотя для сословныхъ богослуженій и для извѣстныхъ боговъ назначены были извѣстные жрецы, имѣвшіе вліяніе на важныя жизненныя отношенія, но они никогда не могли достичь высшаго государственнаго положенія (16). Рядомъ съ этими жреческими должностями находились такъ сказать религіозныя корпораціи, образовавшіяся съ цѣлію сохраненія преданія въ богослужебныхъ обрядахъ вслѣдствіе чего и сдѣлались хранителями наукъ и искусствъ. Сюда относятся прежде всего три самыя важныя корпораціи хранителей оракуловъ, гадателей по полету птицъ и строителей мостовъ. Послѣдніе, pontifices, назначаемые сначала для службы у Тибрскаго моста, владѣя тайной чиселъ и мѣры, вели также государственный календарь и должны были заботиться о томъ, чтобы всѣ богослужебныя, правовыя и судебныя дѣйствія совершались въ извѣстные, опредѣленные дни, чрезъ что и достигли верховнаго надзора надъ всѣмъ богослуженіемъ, съ которымъ связывались всѣ важныя дѣйствія. Поэтому въ нѣдрахъ этой корпораціи появились впервые начертанія, какъ исторіи такъ и права; по устройству римскихъ судовъ, въ нихъ самихъ не могли возникнуть ни преданіе права, ни новыя формы процесса, и вслѣдствіе этаго они сохранились въ этой коллегіи. Такимъ образомъ образовалось жреческое право, которое впрочемъ, какъ главнымъ образомъ формальное право, слѣдуетъ отличать отъ болѣе древняго, по всѣмъ вѣроятіямъ, *сакральнаго права*.

2) Въ самомъ *правѣ* къ этому ясному, абстрактно-разсудочному пониманію присоединяется понятіе о *владычествѣ*, достигаемомъ посредствомъ дѣятельной *воли*. Понятіе это стремится выразиться въ строго опредѣленныхъ формахъ. Воля же, какъ самоопредѣленіе того, кто самъ себѣ господинъ, sui juris, неограниченна. Это господство въ гражданскомъ правѣ въ различныхъ формахъ, какъ potestas, manus, mancipium точно также какъ и въ данной каждому сановнику, imperium, является неограниченнымъ; такъ, что даже тамъ, гдѣ вмѣстѣ дѣйствуютъ нѣсколько сановниковъ, какъ напр. консулы, каждый изъ нихъ облеченъ полною властію (17). Господство; руководимое волей, какъ и сама воля вообще, есть форма сама по себѣ индиферентная, которая, смотря по нравственности своего обладателя, можетъ получить нравственное или безнравственное направленіе, доброе или злое содержаніе. Поэтому, въ этой формѣ, принятой римскимъ правомъ, ни заключается ни добра ни зла и, несмотря на то, что она сама по себѣ есть нѣчто оцѣпенѣлое, ведущее къ строгости и жесткости, несмотря на то, что не можетъ служить защитой противъ злоупотребленій, безнравственности и матеріальнаго нарушенія права; — тѣмъ не менѣе не замѣтно, чтобы весьма важныя жизненныя отношенія, касающіяся внутренняго міра, какъ напр. супружескія, родительскія и дѣтскія были грубыми или лишенными любви, хотя въ нихъ и преобладаетъ нѣкоторая холодность. Племенной характеръ этаго народа, равно какъ и нѣкоторыя историческія черты (Каріоланъ) доказываютъ, что эти отношенія далеко не были лишены любви; — такъ что въ цѣломъ подъ грубой скорлупой, можно увидѣть доброе зерно. Но въ имущественныхъ отношені-

---

(16) Объ этомъ сословіи никогда не имѣвшемъ *самостоятельнаго* положенія въ государствѣ, См. Momsen I., 116.

(17) Momsen I. 159. замѣчаетъ, что это „замѣчательное постановленіе, которымъ не всѣ сановники вмѣстѣ, а каждый изъ нихъ, облекались полною властію, которое сохранялось и въ практикѣ во всемъ своемъ цѣломъ, позднѣе было удержано Римлянами относительно почти всѣхъ безъ исключенія должностей". Это учрежденіе было также слѣдствіемъ единства и нераздѣльности воли, которая ограничивалась не посредствомъ самой себя, а лишь объективными принципами, не допускаемыми въ этомъ случаѣ Римлянами.

ахъ, какъ напр. долговыхъ, уже съ самаго начала мы видимъ всюду страшную жесткость и эгоизмъ, которые принимали различныя формы. Когда потомъ, вслѣдствіе многихъ причинъ, все болѣе и болѣе исчезало лучшее нравственное содержаніе жизни, причемъ одностороннее, пустое, формальное понятіе права немогло служить препятствіемъ разложенію, а напротивъ ускоряло послѣднее и понятіе о владычествѣ, прошедшее всѣ формы разсудочнаго эгоизма и корысти, развиваясь послѣдовательно, должно было закончиться произволомъ императорства.

3) Если мы обратимъ теперь вниманіе на древнѣйшую *правовую жизнь*, то мы увидимъ съ одной стороны тѣсную связь между частнымъ и публичнымъ правомъ, а съ другой всего права съ религіей и культомъ. На такую связь указуетъ выраженіе fas (изрѣченіе боговъ) (18) въ противоположность jus (что значитъ связь, заключенная человѣческой волей).

Древнѣйшее право было различно вслѣдствіе *сословнаго различія* между патриціями и плебеями; право патриціевъ выражалось въ родовомъ началѣ, въ церемоніяхъ брака посредствомъ confarreatio, въ разводѣ, наслѣдованіи и запрещеніи connubium съ плебеями; — jus comercium же существовало для обоихъ сословій. *Рабы*, состоявшіе первоначально изъ военноплѣнныхъ и ихъ потомства, могли пріобретать собственность, peculium, и дѣлались, послѣ опущенія на волю, свободными гражданами, поступая тотчасъ же въ кліенство къ своему прежнему господину. Potestas господина надъ рабами была неограниченна и они терпѣли болѣе тягостную участь, нежели рабы въ Греціи.

Бракъ существовалъ лишь въ формѣ моногаміи и запрещался между близкими кровными родственниками. У патриціевъ онъ совершался посредствомъ confarreatio, (жертва изъ хлѣба и соли, приносимая при заключеніи брака), съ содѣйствіемъ жреца. Къ этому религіозному браку, вѣроятно въ послѣдствіи (19), присоединилось чисто юридическое отношеніе *manus*,—право мужа надъ женою, по которому жена совершенно принималась въ семейство мужа, какъ quasi sua filiae loco; и ея имущество со всѣми правами на него переходило къ мужу. Бракъ, совершенный посредствомъ confarreatio, былъ и расторгаемъ также трудно, только посредствомъ diffarreatio; преданіе указываетъ, что расторженіе такого брака случилось въ первый разъ только въ 232 г. до Р. Х. Древней законъ Ромула, jus divortendi ne esto дозволялъ расторженіе брака только въ случаяхъ нарушенія супружеской вѣрности, если жена совершитъ вытравленіе плода и если сдѣлаетъ упущенія въ хозяйствѣ дома. Всякое другое расторженіе брака влекло за собою потерю имущества для мужа. Слабый бракъ плебеевъ представляетъ совершенную противоположность; — здѣсь жена не получаетъ ни семейнаго, ни наслѣдственнаго права своего мужа и имущество супруговъ остается раздѣльнымъ. Этотъ бракъ совершался безъ формальностей, но нѣсколько позднѣе, какъ кажется, при совершеніи его производились ауспиціи и стали слѣдовать принципу, consensus facit nuptias, такъ что такой бракъ могъ быть расторгаемъ только посредствомъ dissensus. Позднѣе, законодательствомъ XII-ти таблицъ плебеи получили столь же строгую форму брака, совершаемаго посредствомъ usus. Послѣдняя форма брака предполагаетъ, какъ справедливо замѣчено (20), существующій свободный бракъ и заключается тогда, когда жена остается при мужѣ въ продолженіи цѣлаго года и не провела, въ продолженіи всего этаго времени, трехъ ночей внѣ дома своего супруга (trinoctium). Позднѣе, когда былъ введенъ бракъ между патриціями и плебеями образовалась третья форма брака — coemptio. Въ этой послѣдней формѣ произошло сліяніе патриційскаго и плебейскаго брака (21).

---

(18) См. Jhering ib. S. 258.

(19) Это предположеніе *Лешца* ib. S. 144. мнѣ кажется весьма согласнымъ съ естественнымъ развитіемъ.

(20) Unger ib. S. 73.

(21) Ib. S. 77.

Женщины уважались и почитались. Надписи «Univirae et castissimae», «Domum servavit, lanam fecit» показываютъ, въ чемъ состояли женскія добродѣтели.

Patria potestas была строга и обширна. Еще законодательствомъ XII таблицъ отцу дозволялось умерщвлять дѣтей уродовъ, а также отцу дозволялось продавать своихъ дѣтей въ кабалу (не въ рабство).

Въ *вещномъ правѣ* прежде всего замѣчается, что понятіе древняго римскаго права о вещи было чрезвычайно широко и подъ вещью понималось все., что было объектомъ въ отношеніи различныхъ видовъ владычества, potestas, manus, mancipium. Такъ уже законодательство XII таблицъ гласитъ: uti legassit super pecunia tutelave rei suae, ita jus esto, изъ чего слѣдуетъ, что и дѣти причисляются къ вещамъ. Понятіе о вещи, въ собственномъ смыслѣ, возникло нѣсколько позднѣе посредствомъ противоположенія этаго понятія понятію лица. Относительно вещей, въ собственномъ смыслѣ, въ древнемъ римскомъ правѣ несуществуетъ существеннаго правоваго различія между вещами движимыми и недвижимыми (различія столь рано, получившаго значеніе въ германскомъ правѣ). Поземельная собственность произошла отъ государства, посредствомъ надѣла (assignatio) изъ ager publicus и посредствомъ продажи послѣднихъ. (22) Прежде ager publicus принадлежала народу, (populus), первоначально состоявшаго только изъ патриціевъ, которые владѣли и пользовались этой землей, платя за то государству не большія подати. Но какъ извѣстно, уже Ромулъ отдалъ въ видѣ наслѣдственной собственности каждому гражданину по два югера этой земли (23), количество едва достаточное для дому и сада. Вмѣстѣ съ тѣмъ каждый патрицій пользовался также общинными землями, чрезвычайно увеличившимися вслѣдствіе завоеваній. Когда образовался плебсъ, который сталъ служить въ войскахъ государства, Сервій справедливо опредѣлилъ величину плебейскихъ участковъ въ семь югеровъ, (24) которые получили плебеи съ правомъ наслѣдованія и отчужденія. Эти участки были свободны отъ налоговъ, но они принимались въ расчетъ при цензѣ и обусловливали подчиненность предписаннымъ налогамъ, которые никогда не касались владѣнія на земляхъ общественныхъ (ager publicus).

Чистое юридическое отношеніе господина къ каждому объекту права, въ самомъ всеобщемъ смыслѣ, можетъ быть выражено въ понятіи *manus* (Handrecht) (25),

---

(22) *Niebuhr*. ib. II. S. 182.

(23) *Niebuhr*, II. S. 177.

(24) Его же II. S. 189.

(25) *Manus*, Handrecht, какъ удачно переводитъ это выраженіе вмѣстѣ съ *Гетлингомъ* (Gesch. der röm. Staatsverfassung 1840 S. 51) *Ленцъ* (ib. S. 154 ff.), который въ *Manus* видитъ сумму частно-правовыхъ отношеній, а въ *caput* сумму публично-правовыхъ отношеній.—Здѣсь относительно Этрусковъ я приведу предположеніе *Ленца*, которое совершенно согласно съ моимъ. *Ленцъ* (ст. 260) говоритъ: "По замѣчаніямъ *Гетлинга* (сочиненіе, котораго имѣетъ значеніе и относительно чисто юридическихъ отношеній) предположеніе о томъ, что Этруски принадлежатъ къ семитическимъ народамъ нелишено основанія". — „Подобно тому, какъ у Евреевъ болѣе ясно, нежели у другихъ народовъ, такъ у Этрусковъ высказывается опредѣленное право первородства, по которому старшіе сыновья присоединялись къ сословію лукумоновъ (этрускихъ аристократовъ), между тѣмъ какъ младшіе назывались эгерійцами (Göttling S. 32); земля какъ и у Евреевъ была посвѣщена Богу и считалась его собственностью! (ib Göttling), писмена ихъ или отъ правой руки къ лѣвой (S. 36); они находились въ союзныхъ отношеніяхъ съ Карѳагенянами гораздо ранѣе Римлянъ; еще Ганнибалъ обратился съ вопросомъ къ Этрускому Некіймантейонъ на авернскомъ озерѣ (S. 39)."—Я предполагаю, что здѣсь идетъ рѣчь не объ однихъ Евреяхъ, а вообще о семетическомъ племени, какимъ были Финикійцы и Карѳагеняне. Множество Еврейскихъ этимологій собственныхъ именъ въ странѣ древняго филистинскаго канала (Fossa Philistina) на По, которыя приведены въ диссертаціи *Mazocchi*, по О. *Мюллеру* (Etrusker I. S. 28), указываютъ также на семетическій языкъ. Мнѣніе Röth's' а могло бы надйти значительное подтвержденіе въ фактахъ, собранныхъ около fossa Philistina (по мнѣнію Мюллера Тусское, а не Латинское названіе). По его мнѣнію Этруская культура есть собственно видо-

потому что завладѣніе рукою (manu capere, mancipare, mancipium) есть осязательное доказательство воли, составляющей источникъ права. Завоеваніе было самымъ важнымъ способомъ пріобрѣтенія собственности; maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent. Существенное различіе между res mancipi et nec mancipi состояло теперь въ томъ, что первые (т. е. res mancipi),—къ которымъ вѣроятно принадлежали всѣ вещи, относящіеся къ земледѣлію, какъ итальянское недвижимое имущество, поля и домы, рабы, волы, лошади, ослы (26) могли быть пріобрѣтаемы только посредствомъ публичнаго mancipatio, напротивъ того res nec mancipi пріобрѣтались посредствомъ простой передачи владѣнія. Однако тѣ и другія вещи могли составлять строгую собственность ex jure quiritium, которая находилась подъ гарантіей государства и была ограждаема отъ постороннихъ лицъ посредствомъ rei vindicatio. Эта строгая собственность относительно res mancipi пріобрѣталась—посредствомъ *публичности*, выраженіемъ которой было или просто торгъ или, большею частью, какой нибудь аллегорическій знакъ покупки, совершаемые предъ народомъ или свидѣтелями, представителями пяти класовъ (mancipium, mancipatio nexu alienatio, т. е. per aes et libram), — или посредствомъ давности (usus, usucapio) (27). Сервитутовъ было еще весьма мало.

Облигаціонное право было развито весьма слабо. Договоры, бывшіе только выраженіемъ добровольнаго соглашенія между собою двухъ сторонъ, не давали никакого права на искъ. Словесныхъ обязательствъ совершаемыхъ посредствомъ стипуляцій и письменныхъ договоровъ, еще нѣтъ. Связующимъ элементомъ въ договорѣ была не абстрактная воля, какъ такая, но заключалась или въ клятвѣ, sacramentum, которой обязывающійся, въ случаѣ неисполненія условія, хотѣлъ быть sacer,—или въ *непосредственномъ выполненіи дѣйствія*, когда давалась сама требуемая вещь или другая какая, гдѣ слѣдовательно obligatio re contrahitur. При куплѣ и мѣнѣ расплата совершалась тотчасъ же; купля въ кредитъ не давала права на искъ, но и не была также передачею собственности. Съ тѣхъ поръ, какъ вмѣсто овецъ и рогатаго скота, болѣе правильной мѣрой цѣны сдѣлалась мѣдь, форма покупки состояла въ томъ, что покупщикъ, при свидѣтеляхъ отдавалъ продавцу на вѣсъ извѣстное количество фунтовъ мѣди, а продавецъ передавалъ ему тотчасъ же изъ рукъ въ руки (mancipare) купленную вещь. Заемъ совершался при свидѣтеляхъ тоже на вѣсъ мѣди, при чемъ занимающій давалъ обѣщаніе (nexus) возвратить при свидѣтеляхъ тоже самое; должникъ отвѣчалъ за капиталъ и проценты, которые составляли въ годъ 12-ую долю капитала (uncia, 8⅓ проц.) (28). Какъ нехит соотвѣтствовало простой домашней торговой сдѣлкѣ, такъ «промѣнъ»—nuncium отъ nuntiare), состоявшій въ простой передачѣ денегъ изъ однихъ рукъ въ другія, представлялъ торговыя сдѣлки съ иностранцами и послужилъ такимъ образомъ началомъ къ образованію jus gentium. Личный кредитъ былъ гарантированъ весьма строго, даже жестоко: кредиторъ имѣлъ право взять несостоятельнаго должника какъ mancipium, а если по-

---

измѣненіе египетской, сообщенное финикійскими Пеласгами Этрускамъ: Пеласги же суть финикійскіе Пеласхи или Пелишти, а послѣдніе сродны съ древними Филистимлянами (см. стр. 218 приведеннаго сочиненія, I. Bd., примѣчаніе 25). Настолько важенъ тотъ вѣроятный фактъ, — что въ Италіи, (а слѣдовательно и въ Греціи) съ индоевропейскими племенами слилось семитическое, для объясненія Римско,—Итальянской жизни всякій сознаетъ, кто съумѣетъ оцѣнить вліяніе одного племени и связанной съ нимъ культуры на другое.

(26) *Ульпіанъ* XIX, *Гай* I. 120; II. 16, 17, 29. *Mainz*, Éléments de droit romain, Bruxelles 1845 I. P. 432; срав. *Göttling*, ib. S. 124 №t 10.

(27) *Hugo*, Encyclopädie, 8. Ausg., S. 96; срав. *Göttling*. ib S. 125.

(28) Momsen. I, S. 105.

слѣдній былъ долженъ многимъ, то кредиторы могли разрѣзать его на части (29). Вмѣсто залога, котораго еще право не знало, вѣритель получалъ въ залогъ собственность съ обязательствомъ, въ случаѣ уплаты занятаго, возвратить должнику его собственность. Между—народному частному праву *jus gentium* было уже положено начало торговыми договорами римскихъ купцовъ съ Карѳагеномъ и съ этрускими царями.

Наслѣдственное право (30) существовало въ обѣихъ формахъ; какъ наслѣдственное право по закону, свойственное преимущественно патриціямъ и какъ наслѣдственное право по завѣщанію, въ которомъ ясно обозначается болѣе свободное начало плебеизма. Изъ двухъ родовъ завѣщанія, завѣщанія передъ народомъ (testamentum comitiis calatis, т е. curiatis) и завѣщанія передъ войскомъ (in procinctu), первое, какъ доказалъ Гансъ, есть только усыновленіе завѣщаніемъ, подобное тому, какое существовало въ Аѳинскомъ правѣ (31).

Въ *уголовномъ правѣ* сфера государства и гражданина отдѣлились другъ отъ друга у Римлянъ гораздо ранѣе и опредѣленнѣе, нежели у другихъ древнихъ народовъ. Государство вмѣшивается только тогда когда нарушается общій миръ, т. е. въ случаяхъ государственной измѣны (proditio), возмущенія, соединеннаго съ насиліемъ, противъ властей (perduellio); но государство выступаетъ также карателемъ и за злоумышленное убійство, зажигательство, ложное свидѣтельство и за то, что если кто, въ ночное время, сожнетъ хлѣбъ на поляхъ, посвященныхъ богамъ и принадлежащихъ народу. Всѣ эти преступленія влекутъ за собою смертную казнь. Напротивъ того, преступленія противъ согражданъ или иностранцевъ влекли за собою денежныя пени или удовлетворенія обиженнаго; эти преступленія никогда не наказывались смертной казнью: высшимъ наказаніемъ за нихъ было лишеніе свободы.

Гражданскій процессъ былъ простъ. Тяжба установлялась въ формѣ *sponsio*, при чемъ каждая тяжущаяся сторона, на случай проигрыша, давала залогъ, который вручался жрецамъ на общественныя жертвоприношенія. Если кто былъ обвиненъ и въ 30 дней не исполнилъ рѣшенія суда, то виновный подвергался manus injectio. Потомъ если онъ не находилъ себѣ защитника (vindex), который бы взялъ на себя личную отвѣтственность за него и если по рѣшенію суда все таки невоспослѣдовало никакого исполненія, то судъ приговаривалъ отдать должника заимодавцамъ какъ раба, котораго кредиторы могли убить и разрѣзать на части, или продать его вмѣстѣ съ дѣтьми и имуществомъ въ рабство чужеземцамъ, если, впродолженіи 60-ти дней, послѣ троекратнаго публичнаго выставленія на рынкѣ, никто не сжалится и не выкупитъ несчастнаго.

Въ этихъ чертахъ древняго права уже проявляется разсудочная опредѣленность; ясность и жесткость римскаго права, которое всегда и было вѣрно этому характеру. Но въ тоже время, въ этихъ началахъ, сопоставляемыхъ съ послѣдующимъ развитіемъ, уже сильно проглядываетъ тотъ великій прогрессъ, какой сдѣлало это право въ послѣдующія эпохи.

---

(29) Его же I, 108. Еще дозволяемое XII-ю таблицами partes secanto, въ существованіи котораго, безъ всякаго основанія, сомнѣвались нѣкоторые писатели, было жестокою истиною. *Момсенъ* даже полагаетъ, "что случаи когда вырѣзывалось болѣе, нежели сколько слѣдовало, обезпечивались болѣе подробными условіями, нежели какія дѣлалъ жидъ Шейлокъ„. Göttling (ib S. 323) совершенно другаго мнѣнія.

(30) *Gans* Erbrecht II, S. 36 весьма удачно различаетъ три періода. *Первый* періодъ или періодъ еще невыяснившагося различія между наслѣдованіемъ по закону и по завѣщанію. *Второй* періодъ выяснившагося различія между обѣими, періодъ, имѣющій своимъ исходнымъ пунктомъ положеніе, uti legassit super familia pecunia tutelave suaerei ita jus esto—и продолжающейся до признанія преторскаго завѣщанія. *Третій* періодъ представляетъ уничтоженіе различія между правомъ наслѣдованія по закону и по завѣщанію законами о наслѣдствѣ и продолжается до 115-ой новеллы Юстиніана.

(31) Ib. II. S. 54.

ВТОРАЯ ЭПОХА.

Отъ законодательства XII-ти таблицъ до единодержавія Августа.

305—723 а. u. c. отъ **449—31** г. до Р. Х.

Законы XII таблицъ, — называемые Ливіемъ «fons publici privatique juris», а Тацитомъ «finis aequi juris», за исключеніемъ скоро состарѣвшихся опредѣленій объ отношеніяхъ публичнаго права, — сдѣлались краеугольнымъ камнемъ всего права и остались до Юстиніана точкою опоры (32) для всѣхъ позднѣйшихъ измѣненій, которыя, сообразно времени, дѣлались въ правѣ сановниками и учеными юристами. Такимъ образомъ законы XII таблицъ и кодексъ Юстиніана суть исходный и конечный пункты, между которыми совершалось, выходящее преимущественно изъ народа и его органовъ, образованіе права.

Характеръ законодательства XII таблицъ заключается не въ составленіи новаго права, но преимущественно въ точномъ и ясномъ утвержденіи нѣкоторыхъ опредѣленій уже дѣйствовавшаго права и въ тѣхъ измѣненіяхъ послѣдняго, которыя, въ политическомъ, религіозномъ и частно — правовомъ отношеніи, были необходимы для бо́льшаго уравненія правъ патриціевъ и плебеевъ. Это exaequatio juris дѣйствительно было начато XII-ю таблицами и окончательно приведено въ исполненіе во второмъ періодѣ. Съ одной стороны этимъ законодательствомъ было наконецъ уничтожено жреческое вліяніе въ правѣ и толкованіяхъ послѣдняго; съ другой стороны точнѣе отдѣлились, прежде перепутанныя между собой, частное и публичное право, и такимъ образомъ первое получило самостоятельное развитіе.

Въ политическомъ и частно — правовомъ развитіи, получившемъ посредствомъ новаго законодательства болѣе сильный импульсъ и болѣе надежную точку опоры, выражается не только характеръ постепеннаго *прогресса*, относительно принципа уравненія правъ патриціевъ и плебеевъ и уничтоженія обоихъ этихъ сословій единствомъ народа, но и столь же важный для права моментъ *уваженія* къ существующему формальному праву. Въ этомъ уваженіи, которымъ проникнуты народъ и его органы, можно искать причину того, что, не смотря на ожесточеннѣйшую борьбу между патриціями и плебеями, такъ долго могла просуществовать республиканская форма государства. Эта черта характера, достойная народа, которому въ исторіи суждено было играть главную роль въ образованіи и развитіи права, отразилась съ одной стороны въ публичномъ правѣ продолжительностью и упорствомъ, съ которыми народъ и его органы преслѣдовали цѣль расширенія правъ народа, причемъ когда такія предложенія не принимались, они были возобновляемы законнымъ путемъ до тѣхъ поръ, пока ихъ не принимали и такимъ образомъ помянутая цѣль достигалась мало по малу.

---

(32) *Пухта*, I. S. 192, справедливо замѣчаетъ, что характеръ этаго законодательства, какъ составляющаго эпоху, заключается преимущественно не въ томъ, что имъ заканчивается прошедшее, но въ томъ, что съ него начинается будущее.

Съ другой стороны эта черта отразилась и въ частномъ правѣ, въ стремленіи сановниковъ и ученыхъ юристовъ, развивавшихъ право, смотрѣть на строгое гражданское право, какъ оно выразилось въ XII таблицахъ, какъ на постоянное основаніе—и въ стремленіи вводить измѣненія, вызванныя дальнѣйшимъ развитіемъ жизненныхъ и оборотныхъ отношеній, не путемъ прямой оппозиціи, уничтоженія и отмѣненія, но путемъ косвеннымъ, часто даже посредствомъ искуственныхъ фикцій, такъ что новое всегда опиралось на старое и связывалось съ нимъ.

Всего лучше ходъ развитія въ сферѣ *политической* можно обозначить двумя главными эпохами, изъ которыхъ первая заключаетъ въ себѣ время *аристократической республики*, вторая — *демократической республики*, начавшейся съ lex Hortensia въ 467 a. u. c.—Послѣ установленія законовъ XII таблицъ, долголѣтними вынужденіями, плебеи отняли одну за другой привилегіи у патриціевъ. Прежде всего плебеи достигли въ 309 г. a. u. c. черезъ своего трибуна *Канулея* права заключать браки (connubium) съ патриціями, что еще не позволялось XII-ью таблицами; потомъ, въ 310 г., вытребовали уступку части консульской функціи вновь выбраннымъ военнымъ трибунамъ (tribuni militum consulari potestate), въ которые могли быть допущены и плебеи; наконецъ, въ продолженіи десятилѣтняго трибунства народнаго трибуна *К. Лициція Столона* 387 a. u. c. (366 до Р. Х.), вслѣдствіе принятія послѣдняго изъ трехъ предложенныхъ имъ законовъ, касательно уничтоженія несправедливаго раздѣленія ager publicus (33), отмѣненія жестокаго обращенія съ должниками и допущенія плебеевъ въ консульскую должность, плебеи достигли того, что военный трибунатъ, въ который они попадали весьма рѣдко, былъ уничтоженъ и одинъ изъ консуловъ долженъ былъ выбираться изъ плебеевъ. Съ званіемъ консула были соединены прежде цензура и претура. Но патриціи, вѣроятно предчувствуя, что они должны будутъ уступить консульство плебеямъ, отдѣлили отъ консульскаго званія со времени lex Canuleja въ 311 г. цензуру, а позднѣе, въ 387 г., и претуру такъ, что плебеи должны были отдѣльно добиваться этихъ должностей уже послѣ пріобрѣтенія консульства. Званіе, открывшееся плебеямъ позднѣе, чѣмъ всѣ другія должности, было pontifex maximus, котораго въ первый разъ удостоился въ 502 г. *плебей Корунканій*. Самую высшую власть удерживалъ за собою все таки *сенатъ*, который однако мало по малу преобразовался вслѣдствіе того, что въ него были допускаемы сановники послѣ окончанія своей должности, а слѣдовательно и плебеи. Потому неудивительно, что сенатъ противился самимъ куріямъ, поддерживая въ 415 г. (въ 338 до Р. Х.) предложеніе плебейскаго диктатора *А. Публилія Филона* «ut plebiscita omnes Quirites tenerent» и «ut legum, quae comitiis centuriatis ferrentur, ante initum suffragium patres auctores fierent». Первымъ предложеніемъ плебисциты (законы, составленныя въ комиціяхъ по трибамъ) сдѣлались независимыми отъ подтвержденія курій; вторымъ же, — если понимать, вмѣстѣ съ Нибуромъ (34), подъ patres куріатскія

(33) *Puchta*, Cursus der Instit, I. § 57 вмѣстѣ съ *Huschke* защищаетъ прежній взглядъ, именно: что lex Licinia de modo agri касался не владѣній публичными землями (possessiones въ ager publicus), но чистой поземельной собственности. Намъ кажется справедливымъ взглядъ *Нибура* (Ib. § 14 ff.). Главнѣйшимъ постановленіемъ аграрнаго закона было, то, что никто изъ земли принадлежащей общинѣ не могъ застроивать и засаживать участка превышающаго 500 югеровъ, и чтобы никто на общинное пастбище не смѣлъ выгонять болѣе 100 головъ крупнаго скота и 500 мелкаго. Если же кто обладалъ большимъ количествомъ общинной земли, то излишекъ раздавался всѣмъ плебеямъ участками въ 7 югеровъ какъ собственность. О законности и справедливости этихъ предложеній возобновленныхъ позднѣе Т Гракхомъ, см. *Нибура* III. § 21. u. ff.

(34) Niebuhr III. S. 170. Напротивъ Пухта I. 59 видитъ въ patres сенатъ, полагая что вторымъ закономъ ничего не было введено новаго, но только въ противоположность первому Публиліеву закону утверждалось древнее право сената напередъ давать свое подвержденіе законамъ центуріатскихъ коммицій. Но только одинъ взглядъ Нибура объясняетъ почему эти законы такъ опредѣленно названы Ливіемъ leges secundissimae plebei.

комиціи, — было отнято у послѣднихъ veto противъ постановленій центурій и право подверждать осталось за куріями только какъ формальность, потому что они напередъ должны были давать свое согласіе.

Преимущества, которыя такимъ образомъ пріобрѣли плебеи, получили еще большее значеніе, вслѣдствіе закона Гортензія 467 г. (286 г. до Р. Х.), потому что вмѣстѣ съ принятіемъ положенія ut eo jure, quod plebs statuisset, omnes Quirites tenerentur отмѣнилось утвержденіе плебисцитовъ сенатомъ. Потому справедливо говоритъ *Гай*, «eo modo plebiscita legibus exaequata sunt» и плебсъ является теперь какъ цѣлый народъ. Этимъ самымъ было достигнуто *демократическое* единство народа, который пріобрѣлъ полнѣйшую законодательную власть. Но тѣмъ не менѣе для римскаго государства осталось существующимъ одно весьма важное ограниченіе, именно, что народъ заключалъ о войнѣ и мирѣ лишь только послѣ предварительнаго обсужденія и предложенія сената, какъ и вообще за послѣднимъ осталось веденіе дѣлъ, касающихся внѣшнихъ отношеній.

Но когда *политическое* равенство и народное единство были достигнуты, народные трибуны, — бывшіе прежде только представителями плебса, сдѣлавшіеся теперь представителями цѣлаго народа, и получивши большую власть, — начали съ большею настойчивостью предлагать мѣры улучшенія соціальнаго положенія народа, ввергаемаго все въ большую и большую бѣдность продолжительными войнами и ростовщичествомъ богатыхъ. Послѣ счастливаго окончанія политической реформы, наступаетъ *соціальная*, которая, вслѣдствіе того, что стремилась внѣшними средствами уничтожить глубоко коренящуюся нравственную порчу, только возбудила страсти народа и ускорила разрушеніе республиканскаго устройства. Прежде всего образовалось новое дѣленіе на партіи. Всѣ, принадлежащіе къ патриціямъ и плебеямъ, которымъ, какъ богатымъ, грозила одинаковая опасность, тѣснѣе соединились между собою и умѣли препятствовать, если не принятію такихъ соціальныхъ реформъ, то исполненію ихъ. Такъ, возобновленные Гракхами въ 621 и 631 г., аграрные законы Лициніи хотя и смягченные опредѣленіемъ, по которому каждый отецъ семейства могъ взять во владѣніе кромѣ 500 югеровъ, опредѣленныхъ закономъ Лициніи, еще по 250 на долю каждаго своего сына, сдѣлались тщетными при ихъ выполненіи и повлекли за собою лишь убійство обоихъ Гракховъ. Только посредствомъ частыхъ колонизацій облегчалась бѣдность и колонисты получали доставшіеся на ихъ долю участки земли въ дѣйствительную собственность, пока наконецъ и эта земля, завоеванная продолжительными войнами, не перешла въ руки сильныхъ и богатыхъ. Вмѣстѣ съ чрезмѣрнымъ распространіемъ римскаго владычества и постояннымъ грабежемъ провинцій, утрачивались все болѣе и болѣе древнія римскія добродѣтели. Чрезмѣрное богатство, роскошь и потворство всѣмъ чувственнымъ страстямъ однихъ,—давящая бѣдность, непостоянство и не меньшее нравственное паденіе другихъ—раздѣлили гражданъ на два, совершенно противоположные другъ другу, класса, которые въ чисто внѣшнихъ матеріальныхъ стремленіяхъ взаимно обезсиливали другъ друга для того, чтобы наконецъ, по естественной послѣдовательности, отдаться абсолютной власти императорства, сосредоточившаго римскій эгоизмъ въ одной личности.

II. *Источники* права въ эту вторую эпоху суть: 1) leges въ своихъ трехъ формахъ — leges populi, plebiscita и Senatusconsulta; 2) Edicta magistratuum; 3) responsa prudentium и 4) право, понимаемое Римлянами какъ обычное право, возникающее непосредственно или изъ обычаевъ, mores majorum, или изъ судебной практики, rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas, disputatio fori (35). Разсмотримъ эти источники сами по себѣ и въ ихъ развитіи.

---

(35) Обычное право понималось Римлянами въ болѣе тѣсномъ смыслѣ нежели современными романистами. Точно также дѣленіе Римлянами права на jus scriptum и на jus non scriptum имѣло совершенно другое значеніе, нежели новое нѣмецкое. Такъ. § 3 inst. 1, 2 гласитъ:

1) Leges являются въ помянутой троякой формѣ потому, что законодательной властью были снабжены три учрежденія — центуріатскія комиціи, комиціи по трибамъ и сенатъ. Но въ первоначальномъ и тѣсномъ смыслѣ leges назывались только тѣ предложенія, которыя исходили отъ populus, всѣхъ Римскихъ гражданъ патриціевъ и плебевъ, были подтверждены сенатомъ и утверждены въ центуріяхъ; плебисцитами и сенатусконсультами назывались только тѣ, которыя имѣли legis vicem или legis vigorem. Одни populiscita имѣли долгое время общую обязательную силу. Но въ впослѣдствіи плебисциты,—которые издавались комиціями по трибамъ и не нуждались въ подверженіи сената, касаясь въ началѣ только дѣлъ плебейской общины,—были поставлены, законами Публилія и окончательно закономъ Гортензія, на одинаковую степень съ populiscita. Senatusconsulta только подъ конецъ республики и въ началѣ императорства получаютъ значеніе закона относительно области частнаго права. Главнѣйшими *законами* этой эпохи, въ области частнаго права были большею частью плебисциты, какъ *lex Cincia* о дареніи; *lex Furia*, lex Voconia о завѣщаніяхъ и наслѣдственномъ правѣ, *lex Aquilia* о поврежденіяхъ и *lex Aebutia* о новомъ процессѣ.

2) Edicta magistratuum. Сановники (magistrati), избираемые обыкновенно только на одинъ годъ, какъ органы властителя — народа, имѣли совершенно неограниченную власть, imperium, въ отправленіи той должности, въ которую они назначались и только, по окончаніи должности, могли быть позваны къ отчету предъ народъ или сенатъ. Относительно развитія гражданскаго права имѣли самое важное значеніе преторы (pretor urbanus и peregrinus) и эдилы, которые вѣдали полиціей. Преторы и эдилы при вступленіи своемъ въ должность, издавали эдикты (edicta magistratuum), гдѣ выставлялись основныя положенія, которыми сановники хотѣли руководствоваться при рѣшеніи дѣлъ, которыя будутъ встрѣчаться имъ въ продолженіи ихъ должности. Въ преторскихъ эдиктахъ, важныхъ для развитія права, должно различать двѣ составныя части. Самъ по себѣ преторскій эдиктъ былъ edictum perpetuum, потому что правила его издавались вообще на долгое время, но такъ какъ преторъ нисколько не былъ связанъ эдиктомъ своего предшественника, то онъ удерживалъ изъ предъидущаго эдикта только тѣ постановленія, которыя казались ему цѣлесообразными, точно также новыя постановленія онъ издавалъ только такія, которыя казались ему необходимыми, — при чемъ удержанныя постановленія предъидущаго эдикта назывались tralatitia edicta, въ противоположность новымъ положеніямъ, nova edicta, издаваемымъ новымъ преторомъ при вступленіи его въ должность. Авторитетъ права преторскаго эдикта, — которое, въ противоположность закону обычнаго права, причислялось къ jus scriptum, — заключался въ самостоятельной волѣ, imperium, претора, который въ своей должности становился органомъ неограниченной воли народа.

Относительно вліянія преторскаго эдикта на развитіе частнаго права различаются два существенныхъ момента: 1) время отъ учрежденія претуры и преторовъ съ инициативой судебной власти до учрежденія должности иностраннаго претора praetor peregrinus т. е. отъ 387—508 г; и 2) начавшееся, съ времени учрежденія должности иностраннаго претора, развитіе, такъ называемаго, jus gentium, которое воздѣйствуетъ на эдиктъ городскаго претора, и съ котораго начинается истинное развитіе римскаго права.

Въ первый періодъ отъ 387—508 г. вліяніе претора на матеріальную и даже

«Constat autem jus nostrum aut ex scripto aut ex non scripto,—scriptum autem jus est lex, plebiscita, senatus consulta, principum placita, edicta, responsa prudentium. §. 10. Ex non scripto jus venit quod usus comprobavit. Nam diuturni mores, consensu utentium comprobati, legem imitantur.

формальную сторону процессуальнаго права весьма незначительно. Хотя преторъ самъ и не рѣшалъ тяжбы, — что принадлежало, выбранному тяжущимися или преторомъ, судьѣ — judex, — но тѣмъ не менѣе онъ могъ имѣть, процессуальными средствами значительное вліяніе на матеріяльное право. Въ первомъ періодѣ это вліяніе было незначительно, потому что преторъ, на своемъ курульскомъ креслѣ, могъ принимать отъ тяжущихся только судебныя формулы — legis actiones, составленныя свѣдующими въ правѣ (prudentes), строго держащіяся буквы закона и давать, въ опредѣленныхъ торжественныхъ словахъ, соотвѣтствующую формулу;—при чемъ претору предоставлялось опредѣленіе только нѣкоторыхъ пунктовъ, касающихся внѣшней стороны процесса, напр. отстранять извѣстныя лица отъ судейской должности, утверждать принятіе или отказъ поручителя и проч. Только когда рядомъ съ legis actiones, (которые отчасти еще продолжали существовать) было введено посредствомъ lex Aebutia, (который по *Гефтеру* относится къ 605 г., по, менѣе основательному, воззрѣнію Пухты къ 550 г. a. u. c.) новое судопроизводство, по которому преторъ получилъ право давать ходъ жалобамъ, которыя неосновывались на строгомъ гражданскомъ правѣ, а также, по своему усмотрѣнію, непринимать жалобъ, основывающихся уже на черезъ чуръ строгомъ приложеніи этаго права и проч., преторъ пріобрелъ значительное вліяніе на дальнѣйшее развитіе права. Но этотъ lex Aebutia должно разсматривать, какъ примѣненіе jus gentium, дѣйствовавшаго, посредствомъ иностраннаго претора, на дѣятельность городскаго претора.

Во второмъ періодѣ иностранному претору, (praetor peregrinus), учрежденному въ 508 a. u. c. для разрѣшенія тяжбъ между иностранцами, а также между послѣдними и римскими гражданами, — предоставляется болѣе свободная и болѣе широкая сфера дѣятельности. Такъ какъ строгое римское гражданское право и legis actiones были не дѣйствующими относительно тяжбъ иностранцевъ, а также послѣднихъ съ Римлянами, то praetor peregrinus долженъ былъ искать при этомъ иныхъ правовыхъ нормъ.

Источникомъ новыхъ правовыхъ нормъ, вслѣдствіе развившихся оборотныхъ сношеній Римлянъ съ другими народами, особенно Италіи, является такъ называемое jus gentium. Образованные Римляне въ своихъ сношеніяхъ съ этими народами познакомились съ ихъ воззрѣніями на право и направленіями сродными, за исключеніемъ нѣкоторыхъ формальностей, римскому народу. Съ другой же стороны юридическій разсудокъ Римлянъ, — при расширеніи оборотныхъ отношеній съ иноземцами и для облегченія этихъ отношеній, — изъ природы послѣднихъ вывелъ болѣе легкія и болѣе гибкія правовыя формы. Эти правовыя нормы, выведенныя естественнымъ правовымъ разсудкомъ изъ оборотныхъ отношеній, были названы jus gentium (36). Это естественное частное право международныхъ сношеній было руководящею нитью эдикта иностраннаго претора и признало, какъ въ вещномъ такъ и въ облигаціонномъ правѣ, новыя роды промышленности и новыя формы оборотныхъ сношеній.

Болѣе свободная дѣятельность иностраннаго претора не могла остаться *безъ вліянія* на юрисдикцію своего товарища городскаго претора, судившаго въ томъ же самомъ городѣ, тѣмъ болѣе, что потребность болѣе легкихъ формъ, для раз-

---

(36) Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur partim suo proprio, partim communi omnium jure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit id ipsius proprium civitatis est, vocaturque jus civile, quosi jus proprium ipsius civitatis. Quod vero *naturalis ratio inter omnes homines constituit*, id apud omnes populos peraeque custoditur, vocaturque *jus gentium*, quasi quo jure omnes gentes utantur. Et populus itaque romanus partim suo proprio, partim communi omnium ure utitur. Pr. et § 1. Inst., I. 2 de jur nat.

вившихся оборотныхъ сношеній, все болѣе и болѣе чувствовалась римскими гражданами. Первымъ, уже болѣе полстолѣтія зрѣющимъ плодомъ такого вліянія судебной дѣятельности иностраннаго претора, подѣйствовавшей на общее убѣжденіе народа, былъ lex Aebutia, посредствомъ котораго городской преторъ, исполнявшій пассивную роль въ литіи (carmen, какъ насмѣшливо замѣтилъ Цицеронъ) legis actiones, былъ уполномоченъ правомъ болѣе самостоятельной дѣятельности и могъ давать, для *аналогическихъ* случаевъ, actiones utiles. Хотя новое судопроизводство было весьма важно относительно обработки матеріальной стороны права, но потребность измѣненія и дополненія права тѣмъ неудовлетворялась. Но городской преторъ, въ противоположность претору иностранному, не могъ прямо установлять новыя правовыя нормы, а долженъ былъ прибѣгать для того къ *косвеннымъ* средствамъ, потому что онъ немогъ отмѣнять существующее право до тѣхъ поръ, пока оно было формальнымъ. Эти косвенныя средства состояли частью въ томъ, что городской преторъ посредствомъ exceptiones могъ уничтожать дѣйствіе жалобъ, основывающихся на строгомъ гражданскомъ правѣ, въ особенности такихъ, гдѣ правовыя отношенія опредѣлялись нравственными моментами, какъ *ошибкой*, *обманомъ*, *страхомъ* и *силою*, которые упускались изъ виду строгимъ гражданскимъ правомъ, требующимъ только болѣе опредѣленныхъ и болѣе внѣшнихъ формъ. Такіе нравственные моменты разсматривались преторомъ, какъ основаніе допустить exceptio (exceptio doli, metus, vis) или даже actio. Кромѣ того городской преторъ могъ давать,—какъ ручательство въ безопасности (cautiones) или введеніе во владѣніе missiones in possessionem, противъ произвола и недозволенной самообороны, — интердикты (interdicta), а въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ право могло затеряться—integrum restitutio, т. е. возстановленіе права въ прежнее состояніе. Наконецъ преторъ для новыхъ отношеній и случаевъ придумывалъ *фикціи*, потому что онъ указывалъ судьѣ сообразно какой формулѣ строгаго гражданскаго права онъ долженъ былъ рѣшать дѣло и такимъ образомъ предъусматривались *тѣ* случаи, которые даже аналогически не могли быть подведены подъ формулы строгаго права. Преторы положили также основаніе новой системѣ наслѣдованія, потому что они, посредствомъ дозволенія владѣнія наслѣдствомъ (bonorum possessio) дѣлали для лицъ, имѣющихъ право на наслѣдство, болѣе легкимъ выраженіе ихъ права. Но такъ какъ и въ эдиктѣ не могли быть предъусмотрены всѣ случаи, которые могутъ нуждаться въ правовой защитѣ, то для такихъ случаевъ давались преторами аналогическія правовыя средства на основаніи аналогіи. Такимъ образомъ произошли actiones exceptiones utiles и друг. Вообще высшимъ руководящимъ принципомъ было для претора общее благо (utilitas publica) (37) и въ особенности aequitas, по которой Римляне, — не по одному субъективному воззрѣнію, сообразному конкретнымъ отношеніямъ, но обращая вниманіе на опредѣляющіе отношеніе существенные моменты, — понимали болѣе существо, нежели форму дѣянія, посредствомъ чего каждый получалъ свое право сообразно своимъ заслугамъ (pro dignitate) (38). Такимъ образомъ преторскій эдиктъ сдѣлался зерномъ частнаго права и представлялъ собою противоположность законамъ XII таблицъ.

---

(37) Jus praetorium est quod Praetoris introduxerunt *adjuvandi*, vel *supplendi*, ve. *corrigendi* juris civilis gratia, propter *utilitatem publicam*; fr. 7. et § 1. D. 1, 11 такъ напр: весьма важное въ эдиктѣ negot. gestio основывается на utilitas; f. l. 1. D. 3. 4.

(38) Cicero pro Murena 12 опредѣляетъ въ этомъ смыслѣ justitia говоря: justitia est aequitas jus unicuique tribuens pro dignitatae cujusque. О справедливости см. выше. Но собственно индивидуальное въ справедливости никогда не было понято Римлянами потому, что они, какъ уже прежде замѣчено, и въ индивидуальномъ видѣли всегда абстрактное.

Такимъ образомъ во вторую эпоху право получаетъ двоякую форму образованія въ строгомъ правѣ и преторскомъ правѣ. Подобно тому какъ urbs расширялся въ orbis, такъ и право, по своему содержанію, стремилось развиться въ jus gentium, оставляя возлѣ себя какъ покрывало древнія формы обнаженнаго безсодержательнаго (nudum) jus Quiritium. Здѣсь кстати замѣтимъ, что такое преобразованіе получило право окончательно только въ послѣдующую эпоху, когда всѣ подданные Римскаго государства посредствомъ постановленія Каракаллы получили равныя права въ области частнаго права и когда была уничтожена должность иностраннаго претора, такъ что всѣ эдикты, издаваемые городскимъ и иностраннымъ преторомъ, разсматривались, какъ одно цѣлое — jus honorarium, которое, какъ такое, и обработывалось учеными юристами и наконецъ въ 131 г. по Р. Х., по приказанію Императора Гадріана, было кодифицировано ученымъ юристомъ *Сальвіемъ Юліаномъ*. Такъ какъ въ третью эпоху исчезло различіе между обоими эдиктами, то на долю Юстиніана, въ концѣ четвертаго періода осталось уничтожить различіе и установить внѣшнее единство между содержащимся въ эдиктѣ jus honorarium, между древнимъ гражданскимъ правомъ, униженнымъ до степени второстепеннаго источника, (хотя во многихъ отношеніяхъ это двоякое образованіе права осталось и въ кодексѣ Юстиніана) и другими источниками права.

3) *Responsa prudentium*. Долгое время одни патриціи были учеными юристами, потому что они остались не только хранителями, еще во многихъ отношеніяхъ практическаго jus sacrum, но также держали въ тайнѣ знаніе формулъ процесса, временъ и дней, dies fasti, въ которыя совершалось судопроизводство. Но, когда наконецъ были собраны ученымъ юристомъ изъ патриціевъ *Аппіемъ Клавдіемъ* формулы древняго права и когда это собраніе было приведено въ общую извѣстность его писцемъ *Кн. Флавіемъ* въ 499 и. с. (котораго народъ въ знакъ своей благодарности сдѣлалъ эдиломъ), тогда юридическая ученость быстро начала развиваться и между плебеями. Дѣятельность ученыхъ юристовъ выказывается теперь въ двухъ главныхъ направленіяхъ: — въ *научномъ*, посредствомъ interpretatio juris civilis, подъ которымъ должно понимать не простое изложеніе законодательства XII-ти таблицъ, но вполнѣ консеквентное развитіе права, сообразно его духу, и посредствомъ котораго ученые юристы пришли въ такое же положеніе къ гражданскому праву, какъ преторы къ jus gentium; — и въ *практическомъ* посредствомъ того, что ученые юристы давали свои мнѣнія (respondere) о долговыхъ обязательствахъ и кауціяхъ при предпринятіи правовыхъ сдѣлокъ (cavere) или при составленіи договоровъ, завѣщаній и судебныхъ предложеній (scribere). Особенно замѣчательна дѣятельность ученыхъ относительно составленія формулъ для правовыхъ сдѣлокъ, что безъ сомнѣнія, существенно способствовало точной классификаціи правовыхъ сдѣлокъ и тому, что тѣ постановленія о договорахъ (lex contractus), которыя оказывались цѣлесообразными, сдѣлались скоро обычными. Такіе формулы были много разъ кодифицируемы (напр. jus Aelianum) и значительно способствовали развитію науки и практики. Наконецъ съ Тиберія Корунканія ученые юристы сдѣлались также преподавателями и учителями права. Какъ ученые юристы, пытавшіеся дать праву научное основаніе, замѣчательны: *Q. Mucius Scaevola, Aelius Catus, Servius Sulpitius Rufus* и *A. Ofilius*. — Но истинное процвѣтаніе науки права начинается собственно только въ слѣдующую эпоху.

III. По обозрѣніи источниковъ права, разсмотримъ теперь самыя правовыя отношенія и въ особенности общія, руководящія или опредѣляющія ихъ, этическія отношенія.

Въ первую половину этой эпохи Римская республика, въ нравственномъ отношеніи, находится въ цвѣтущемъ состояніи. Плебейское сословіе, достигшее политическаго равенства въ отношеніи патриціевъ, обновило цѣлое свѣжими жиз-

ненными силами и доказало знаменитыми полководцами и государственными мужами, которыя вышли изъ плебеевъ, свое право на участіе въ управленіи государствомъ. Религіозныя вѣрованія были еще крѣпки; нравы мало испорчены; широкая свобода, выражающаяся въ римскомъ понятіи о правѣ и владычествѣ умѣрялась болѣе лучшими обычаями; *цензура* (39), охватывавшая все цѣлое этической жизни и вообще каравшая безнравственные поступки, (какъ напр. расточительность и дурное веденіе хозяйства), сдѣлалось органомъ нравственнаго сознанія общества. Въ земледѣліи оставалось преобладающимъ поземельная собственность средней величины; въ народныхъ собраніяхъ удерживался здравый практическій разсудокъ, въ войскахъ же римская virtus. Но зародышъ зла, который коренился въ существѣ римскаго народа и государства, развился весьма скоро, подъ вліяніемъ способствующихъ тому обстоятельствъ, въ огромныхъ размѣрахъ. Политеистическія вѣрованія народа были поколеблены страхомъ, причиненнымъ первыми моментами войнъ Ганнибала. Римскіе боги оказывались недостаточно сильными, а потому обратились къ иностраннымъ культамъ. Точно также и побѣды надъ другими народами оказали не менѣе пагубное вліяніе. Если Греки нашли удовлетвореніе своего духа въ художественныхъ образахъ и миѳологіи своихъ Боговъ, то Римляне, склонные болѣе къ внѣшнему, когда расширился кругъ ихъ понятій и когда затѣмъ также появилось недовольство, должны были посредствомъ множества замѣнить внутреннее содержаніе. Съ такою же легкостію, съ какою они усвоили чужіе взгляды на право, они приняли теперь, кромѣ все болѣе и болѣе укоренявшагося этрускаго чародѣйства, современи знакомства съ Азіей, азіятскіе и египетскіе культы (Изида, Сераписъ), въ видѣ дикаго синкретизма. Постановленія сената 541 а. и. были безполезны. Въ высшихъ сословіяхъ изчезла всякая вѣра; въ народъ проникло отвратительное суевѣріе. Магія, астрологія, даже предсказаніе по внутренностямъ ночью принесенныхъ въ жертву людей встрѣчали большее довѣріе, нежели государственные жрецы. Такому упадку религіозной и нравственной жизни существенно способствовало знакомство съ исказившимся эллинизмомъ. Какъ вообще искусство, когда изчезаетъ зерно нравственной жизни, поддерживаетъ лишь роскошь на гнилой почвѣ такъ и Греческое искусство, измѣнивъ искусство даже въ Этруріи, привело въ Римѣ къ утонченной чувственности. Эпикуреизмъ находилъ самое бо́льшое одобреніе въ Греческой философіи.

Еще болѣе непосредственно къ измѣненію права и государственнаго быта способствовало измѣненіе, происшедшее въ народно—хозяйственныхъ отношеніяхъ, которыя поэтому мы и должны разсмотрѣть здѣсь поближе. (40).

Могущество Рима опиралось на здоровое земледѣльческое сословіе, хотя основаніе города на Тибрѣ указывало вмѣстѣ съ тѣмъ и на торговлю. Между тѣмъ корыстолюбіе патриціевъ уже въ третьемъ и четвертомъ столѣтіи ввергло это сословіе въ огромные долги. Хотя съ распространеніемъ римскаго владычества вслѣдствіе частыхъ поземельныхъ надѣловъ (assignatio) и колонизацій это зло было нѣсколько уменьшено, земледѣльческое сословіе увеличилось и съ увеличеніемъ народонаселенія въ Римѣ, съ пониженіемъ денежнаго курса и возвышеніемъ цѣнъ на хлѣбъ пришло даже на нѣкоторое время въ цвѣтущее положеніе, однако систематическій грабежъ завоеванныхъ странъ и жестокое, достигшее огромныхъ размѣровъ, рабство дѣйствовали все болѣе и болѣе пагубно на притѣснителей.

Прежде всего этимъ разорено было *земледѣльческое сословіе*. Большія поставки

---

(39) См. Jarke «Versuch einer Darstellung des censorinischen Strafrechts». 1824.

(40) Состояніе народнаго хозяйства въ различные періоды времени хорошо изображено у *Момсена*, см. ib. I, S. 171 ff., 291 ff. 616 и слѣд.

хлѣба, которыя должны были дѣлать провинціи государства, въ мирное время распродавались по дешевымъ цѣнамъ городскому населенію и со второй македонской войны государство начало снабжать свои войска хлѣбомъ изъ провинцій. При такихъ условіяхъ туземное земледѣліе существовать не могло.

Хозяйство крестьянъ все болѣе и болѣе падало его,—замѣнило хозяйство владѣльцевъ—помѣщиковъ, которое, по карѳагенской системѣ, велось посредствомъ огромнаго числа рабовъ. Вообще земледѣліе сдѣлалось не выгоднымъ. Одно скотоводство, вслѣдствіе затруднительнаго морскаго транспорта скота, обѣщало еще выгоды, но требовало большей поземельной собственности. Послѣдняя же сосредоточивалась въ рукахъ знатныхъ, съ одной стороны вслѣдствіе того, что окупаціонная система, по которой государственныя земли отдавались не въ собственность или аренду, а въ безплатное пользованіе съ обязательствомъ возвращенія по первому требованію, все болѣе и болѣе распространялась, и possessiones, не смотря на частыя жалобы практически дѣлались все чаще и чаще наслѣдственными, а съ другой стороны по не разумному закону Гая Фламинія, 536 г. а. u., которымъ запрещались сенаторамъ торговыя дѣла, какъ неприличныя ихъ званію, что побудило богатыя фамиліи превратить свои капиталы въ поземельную собственность. Это повело за собою исчезновеніе незначительнаго средняго земледѣльческаго сословія и усиленіе скотоводства. Число употребляемыхъ для работъ рабовъ грозно возрастало. Позднѣйшій законъ, предписывавшій землевладѣльцамъ употреблять для работъ опредѣленное число свободныхъ людей, не былъ принятъ. Но помѣрѣ того, какъ падало земледѣліе, быстро росли *торговые* и *денежные обороты*. Ни очемъ Римляне такъ старательно не заботились, какъ о о заемныхъ сдѣлкахъ, превратившихся въ особый родъ промысловъ, которые были производимы Римлянами въ провинціяхъ, какъ монополія. Кромѣ того, этому направленію споспѣшествовали также: система отдачи на откупъ сбора государственныхъ податей, выполненіе публичныхъ работъ посредствомъ подрядчиковъ обыкновенно, а могъ быть и потребованію закона, для большей вѣрности, посредствомъ компаній, такъ что небыло ни однаго зажиточнаго Римлянина, который бы неучаствовалъ въ государственныхъ подрядахъ и откупахъ. Такимъ образомъ то, что собственно называется *трудомъ* изчезло какъ въ земледѣліи, такъ и въ промышленности. Лѣность, выгодныя, но непредставляющія никакого труда и риска спекуляціи, жажда наслажденій и корысть разстроивали съ всѣхъ сторонъ всѣ отношенія и наконецъ довели до окончательнаго паденія, полную ужасами внутренныхъ междоусобныхъ войнъ и обремененную долгами,—республику.

Разсмотримъ теперь измѣненія, происшедшія въ *правовыхъ отношеніяхъ*.

1. Изъ подданныхъ въ провинціяхъ образовался новый, чуждый древнему времени и духу римскихъ институцій, классъ подданныхъ,—заимствованіе взятое изъ карѳагенскаго управленія провинціями, откуда было между прочимъ вынесено и правило, что покоренныя страны назначены для обогащенія побѣдителей. Вмѣстѣ съ тѣмъ разъвилась система привиллегій римскихъ гражданъ относительно ихъ итальянскихъ союзниковъ, и послѣднихъ относительно иностранцевъ.

2. *Семейная жизнь* сдѣлалась шаткой; древніе, болѣе строгіе нравы исчезли. Появляются важныя преступленія въ знаменитыхъ фамиліяхъ (напр. Кольпурніевъ и Фульвіевъ); бракъ лишился законной строгости, такъ какъ жена рѣдко стала вступать in manum mariti. Родовыя отношенія вообще падали; упадокъ старыхъ строгихъ правовъ выразился въ отвратительныхъ тайныхъ вакханаліяхъ въ честь Бахуса. Sct. Marcianum 556 г. а. u. с. запретилъ эти тайныя общества но духъ ихъ, остался. Наклонность къ безбрачію была естественнымъ слѣдствіемъ всего этаго и съ испорченностью правовъ наступила уменьшеніи плодовитости; усыновленіе встрѣчается чаще и чаще. Опекародныхъ уничтожилась фальшивыми браками. Женщины сдѣлись болѣе самостоятельными относительно распоряженія своего имущества, но употребляли послѣднее лишь для роскоши. Lex Orpia, старавшійся воспрепятствовать

этому, былъ уничтоженъ въ 557 г., когда женщины сами явились на форумѣ. Lex Vaconia 585 г. тщетно старался ограничить права женщинъ относительно ихъ имущества; разводы стали встрѣчаться чаще. Въ концѣ этой эпохи защита Клодія (41), обвиненнаго въ нарушеніи супружеской вѣрности, разоблачила предъ судьями глубокій упадокъ супружеской жизни. *Родительская власть* была смягчена; сынъ еще при жизни отца могъ сдѣлаться sui juris, не подпадая подъ власть другаго лица.

3) Въ *вещномъ правѣ* рядомъ съ строгою собственностью является in bonis esse (т. наз. бонитарная собственность), которая вмѣсто rei vindicatio, имѣвшей приложеніе лишь первому къ роду собственности, посредствомъ фикціи usucapio, защищалась посредствомъ Publiciana in rem actio. Сервитуты, которымъ подвергались городскія и сельскія землиувеличились, usus fructus чаще всего употреблялся въ завѣщаніяхъ. Вмѣстѣ съ правомъ собственности установилось *право владѣнія.*

4) Большое развитіе получило *облигаціонное право* вслѣдствіе выше упомянутой, эгоистической склонности къ торговлѣ и оборотамъ. Контракты сдѣлались строго обязательными не только когда они, какъ то было въ предъидущей эпохѣ, заключались re, но также посредствомъ торжественнаго обѣщанія, stipulatio, или litteris; въ послѣднемъ отношеніи въ особенности посредствомъ transcriptitia nomina т. е. внесеніемъ или записываніемъ въ ведшейся каждымъ зажиточнымъ римскимъ семьяниномъ приходорасходной книгѣ. Наконецъ въ нѣкоторыхъ торговыхъ сдѣлкахъ (куплѣ, наймѣ, арендѣ, компаніи) consensus становится достаточнымъ для утвержденія строгаго требованія. Относительно процентнаго займа со времени 12-ти таблицъ, установившихъ законы о процентахъ, было издано нѣсколько законовъ. Maximum взимаемыхъ процентовъ съ 12 (398 а. и.) былъ пониженъ на 6 со ста (408 а. и.). Въ 413-мъ году былъ даже принятъ плебисцитъ трибуна Генуція объ уничтоженіи процентовъ, который естественно не могъ удержаться. Уголовныя жалобы противъ извѣстныхъ ростовщиковъ приносились часто народу и охотно выслушивались имъ. Законъ о срокахъ платежа былъ утвержденъ въ 408. Главнѣйшимъ же закономъ былъ lex poetelia (429 или не много позднѣе), по которому съ одной стороны должникъ представивъ въ пользу кредитора часть имущества, могъ спасти свою личную свободу, съ другой же уничтожался прежній жестокій скорый долговой процессъ. Закладное право развилось въ формѣ гипотеки Относительно обязательствъ вытекающихъ изъ право — нарушеній вещныхъ и личныхъ появилось нѣсколько законовъ; въ особенности замѣчателенъ lex Aquilia.

5) *Наслѣдственное право* было значительно измѣнено, введеннымъ преторомъ bonorum possessio для лицъ, которымъ aequitas, давало право наслѣдованія. Двѣнадцатью таблицами частному завѣщанію придана такая же сила какую имѣло прежде завѣщаніе подтвержденное народомъ. Чрезъ это было уничтожено родовое пользованіе имуществомъ и проведено начало индивидуальной свободѣ имущества. Но свобода дѣлать завѣщаніе получила ограниченіе въ наслѣдственномъ правѣ по закону.

Гражданская судебная практика, которая никогда, даже со введеніемъ претуры, какъ функціи суда, не была отдѣлена въ Римѣ отъ исполнительной власти, распалась при judicia ordinaria на двѣ, издавна существовавшія, части процесса in jure и in judicio. Первая происходила предъ преторомъ (и эдилами). Преторъ впрочемъ могъ и здѣсь, если факты были достаточно ясны, самъ произнести приговоръ или отказать въ судѣ; если же, какъ то было въ большей

---

(41) Cicero ad Att. I, 16. Seneca epist. 97 Clodius inter judices adulteria divisit. См. объ этомъ подробно у *Унгера* ib. 5. 80.

части случаевъ, тяжба была спорная, то онъ отсылалъ тяжущіхся съ формулой, содержащей въ себѣ пунктъ права, къ judex, который и долженъ былъ руководствоваться этой формулой. Приговору judex подлежало поэтому не *только* рѣшеніе о фактѣ (точно также какъ въ судѣ присяжныхъ, съ которымъ часто сравнивали римское судопроизводство), но также и отношеніе къ пункту права. Напротивъ при judicia extraordinaria или cognitiones extraord. (сдѣлавшихся обычными формами суда при императорахъ особенно съ Діоклитіана) такого раздѣленія не было; такъ какъ преторъ въ извѣстныхъ случаяхъ (при необходимой, скорой подачѣ защиты и предупредительныхъ мѣрахъ) самъ тотчасъ же рѣшалъ дѣло. Процессъ долгое время велся посредствомъ legis actiones (значеніе и названіе которыхъ по Гаю неизвѣстно) т. е. извѣстными обрядными священными формами: per sacramentum, per postulationem, per condictionem, per manus injectionem и per pignoris capionem. Этотъ процессъ по lex Aebutia замѣненъ былъ процессомъ per formulas, который прежде былъ учрежденъ ad fictionem legis actionum, позднѣе же сталъ получать все болѣе и болѣе свободныя и приложимыя къ большему числу случаевъ формы (42).

Въ уголовномъ правѣ мало было сдѣлано измѣненій; напротивъ *уголовное судопроизводство* во многомъ было измѣнено, въ особенности постоянными трибуналами, quaestiones perpetuae, не получивъ однако истинно основательной разработки почему и становилось часто орудіемъ политическихъ партій (43).

---

(42) О Римскомъ гражданскомъ процессѣ см. особенно *Keller'a* «der röm. Civilprocess und die Actionen in summarischer Darstellung» 1852. Какъ вообще Римское право отличается формализмомъ, такъ и въ процессѣ обращалось преимущественное вниманіе на формулированіе и на опредѣленность въ выраженіяхъ. *Gajus* 4, 11. Какъ во многихъ отношеніяхъ такъ и въ этомъ Римскій народъ имѣетъ нѣкоторыя сходства съ англійскимъ.

(43) См. *Mommsen* ib. S. 290.

ТРЕТЬЯ ЭПОХА.

Съ Августа до Константина отъ 31 г. д. Р. Х. по 325 г. п. Р. Х.

Основанное Августомъ единодержавіе принесло на нѣкоторое время вожделѣнный миръ государству раздираемому партіями и различными народными страстями. Но духъ нравственности и порядка изчезъ въ народѣ. Поэтому новая власть приняла лишь внѣшнее направленіе и пыталась дѣйствовать лишь посредствомъ внѣшнихъ мѣръ. Безъ нравственной опоры въ своихъ представителяхъ, не имѣя нравственной поддержки въ народѣ, эта власть должна была подчиниться преобладающему направленію полнаго эгоизма, страсти къ наслажденію, стяжанію власти и господства. Императорство сдѣлалось вѣрнымъ отпечаткомъ Римскаго народнаго духа, полнѣйшимъ выраженіемъ его безнравственности и страстей. Бичъ, которымъ римскій народъ, вслѣдствіе увлеченія своимъ могуществомъ и наклонности къ господству, къ грабежу и расхищенію ради удовлетворенія своихъ страстей, бичивалъ другіе народы, теперь обратился на него самаго. Субъективный принципъ воли, лежавшій въ основаніи римской правовой и государственной жизни, выразился прежде всего въ обширномъ господствѣ демократіи, а потому при полнѣйшемъ развитіи субъективности этаго принципа, онъ вылился въ форму произвола императорства. Но кромѣ того на этомъ долженъ былъ отразиться и главнѣйшій недостатокъ религіи. Политеизмъ сдѣлалъ божественное конечнымъ, человѣческимъ, поэтому неудивительно, что конечное стало впослѣдствіе обоготворяться и высокомѣрной человѣкъ, въ видѣ римскаго императора, назвалъ самаго себя богомъ. Немногіе императоры, какъ напр. Траянъ оба Антонина, Александръ, Северъ могутъ почестся лишь на мгновеніе блеснувшими свѣтлыми лучами сумашедшаго императорства и доказательствами, еще не совсѣмъ умершаго, лучшаго духа, къ которому могъ привиться божественный духъ христіанства.

Въ эту третью эпоху прежде всего мало по малу всѣ достоинства и власти переносяться на императора, хотя въ первыя времена древнѣйшія учрежденія, по имени, и оставались существующеми. Уже Августъ, одно вслѣдъ за другимъ, присвоилъ себѣ tribunicia posistas, а съ нею вмѣстѣ неприкосновенность и veto, за тѣмъ proconsulare imperium, proefectura morum, достойнство pontifex maximus, и т. д. Вскорѣ исчезли и болѣе раннія формы. Уже Гадріанъ далъ имперіи совершенно монархическую организацію, которая посредствомъ системы управленія, введенной Діоклетіаномъ, получила характеръ восточнаго деспотизма. Юристы этой эпохи выразили мнѣніе, что римскій народъ передалъ однимъ lex regia императору все свое могущество и власть (44). Но послѣдняя, какъ уже было замѣчено, предана была не вдругъ, а постепенно.

---

(44) § 6. J. (I. 2.). De jure nat. Sed et quod principe placuit, legis habet vigorem; cum lege regia quae de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestalem concessit. *Гай* I, 5 говоритъ только: Constitutio principis—nec unquam dubitatum est quin legis vicem obtineat cum ipse imperator per egim imperium accipiat.

Но по мѣрѣ того, какъ публичное право и жизнь истощались деспотизмомъ возвышалось занятіе *частнымъ правомъ*, на которомъ сосредоточились сохранившіяся, лучшія умственныя силы. Причина матеріальнаго направленія, которое получаетъ частное право въ эту эпоху, заключалась частію въ распространившейся юридической опытности частію же въ распространявшемся все болѣе и болѣе *философскомъ* образованіи, которое вмѣстѣ съ стоицизмомъ, установившимъ столь многія гуманные практическіе принципы, проникло въ особенности въ сословіе юристовъ. Далѣе ее можно искать также въ свойственной деспотизму *наклонности къ сглаживанію* всѣхъ выпуклостей, что особенно благопріятствовало уничтоженію противоположностей еще оставшихся въ частномъ правѣ; наконецъ и въ безобразномъ направленіи къ *промышленности*, на которую были устремлены умственныя силы и которой соотвѣтствовали въ частномъ правѣ лучшія, болѣе легкія и прочныя формы (46). Безъ всякаго сомнѣнія къ концу этой эпохи въ умственную атмосферу проникло и, христіанство и, преимущественно въ общихъ личныхъ отношеніяхъ, способствовало къ улучшеніямъ. Подобно тому, какъ въ предъидущую эпоху, органомъ процесса было преторское право, въ эту эпоху имъ является *юриспруденція*, характеръ которой мы опредѣлимъ точнѣе, изложивъ предварительно вкратцѣ

II встрѣчающіеся въ эту эпоху *источники* частнаго права:

1) До временъ Гадріана мы встрѣчаемъ еще leges populi и plebiscita, которыя издавались по предложенію императора. Важнѣйшимъ народнымъ закономъ былъ lex Julia et Papia Poppaea, 762 a. u. c., проведенный Августомъ съ великимъ трудомъ и имѣвшій цѣлію увеличить народонаселеніе, столь понизившееся вслѣдствіе гражданскихъ войнъ и безнравственности, посредствомъ лишенія нѣкоторыхъ правъ холостыхъ и бездѣтныхъ (orbi).

2) Senatusconsulta пріобрѣтаютъ для частнаго права бо̀льшее значеніе такъ напр. Senatusconsultum Macedonianum, Velejanum etc. Но Каракалла совершенно лишаетъ сенатъ законодательной дѣятельности.

3) Edicta magistratuum оставались въ первое время важнѣйшими источниками частнаго права, но императорскія конституціи старались все болѣе и болѣе сгладить различіе между jus civile и jus honorarium. Прежде всего Гадріанъ въ 131 г. поручилъ Сальвію Юліану оба эдикта praetoris peregrini и urbani, послѣ предварительнаго пересмотра и вѣроятно дополненія немногими опредѣленіями права, заимствованными изъ edictum provinciale и изъ эдильскаго эдикта, соединить въ одно цѣлое и объявить въ Римѣ, и провинціяхъ какъ инструкцію для чиновниковъ. Этотъ трудъ Юліана, называвшійся edictum perpetuum по преимуществу, пріобрѣлъ важное значеніе и сдѣлался основан.емъ позднѣйшихъ трудовъ и комментарій Помпонія, Ульпіана, Паулуса, Сатурнина и Гая.

4) Новымъ важнымъ источникомъ сдѣлались constitutiones principum,—обыкновенное названіе всѣхъ постановленій, какія выходили изъ кабинета императора, но

---

(46) Ученые часто пытались найти причину того, почему продолжали существовать нѣкоторыя превосходныя институты частнаго права по среди всеобщаго, упадка (см. Savigny, Gech. des röm. Rechts im Mittelalter, B. I. S. 4 ff.). *Gans*, Erbrecht I, S. 8, прежде всѣхъ указалъ глубокое хотя и слишкомъ исключительное основаніе, которое сначала не было признано. Онъ говоритъ: упадокъ этаго времени, упадокъ, изъ котораго представляетъ блестящее исключеніе частное право, нигдѣ сильнѣе не выражается, какъ въ послѣднемъ. Это развитіе частнаго права имѣетъ своей причиной то, что Римляне отстали отъ государственной жизни и удалились въ сферу частнаго эгоизма, особенно когда идея республиканскаго Рима—стяжаніе владычества, превратилась во времена императорства въ стяжаніе собственности. Такая эпоха должна была непремѣнно стремиться къ выработкѣ точнаго частнаго права, какъ необходимѣйшей потребности, между тѣмъ какъ всѣ другія эпохи къ выработкѣ другихъ формъ общественной жизни. Но видѣть въ этомъ заслугу того времени значитъ хвалить его; потому что идея этаго времени именно и проявилась въ этомъ частномъ правѣ.

которыя вмѣстѣ съ тѣмъ были чрезвычайно разнообразны; 1) edicta или общіе законы, constitutiones adomnes, legis generales; 2) recripta въ тѣсномъ смыслѣ, или простые отвѣты, даваемые императоромъ на извѣстные, обращаемые къ нему, юридическіе вопросы. 3) mandata или инструкціи императорскимъ чиновникамъ; 4) decreta или рѣшенія, произносимыя имъ относительно спорныхъ юридическихъ вопросовъ, подлежащихъ его разсмотрѣнію.

5) Важнѣйшее вліяніе на развитіе частнаго права въ эту эпоху имѣли нестолько responsa prudentium, сколько связанная съ ними, частію же независимая отъ нихъ *юриспруденція*.

a) Responsa prudentium, которыми достигалась непосредственная и ближайшая практическая цѣль, получили посредствомъ *Августа* болѣе важное практическое значеніе, вслѣдствіе того, что Августъ уполномочилъ знаменитыхъ юристовъ, ut ex autoritate ejus publice de jure responderent, такъ, что они давали свои responsa, какъ бы именемъ императора. Эти юристы получили названіе juris auctores s. conditores, или преимущественно prudentes. При *Гадріанѣ* было постановлено даже, чтобы на единогласно принятыя sententiae этихъ prudentes судьи смотрѣли, какъ на законно обязательныя и лишь при разногласіи мнѣній руководствовались собственнымъ выборомъ непремѣнно однако одного изъ различныхъ opiniones. Наконецъ послѣ многихъ, относящихся къ слѣдующей эпохѣ попытокъ установить бо́льшую точность въ примѣненіи права и избѣгнуть противорѣчій, Валентиніанъ III. 426 г. издалъ, такъ называемый, законъ, на который можно было ссылаться (Citirgesetz, названный т. об. Гуго).

b) Не малое значеніе вліянію юристовъ было придано и тѣмъ, что императоры, начиная съ Августа, собирали вокругъ себя постоянный совѣтъ изъ юристовъ, consilium, названный позднѣе consistorium principis, въ которомъ обсуждались и составлялись конституціи императоровъ.

c) Но рядомъ съ этой офиціальной дѣятельностью юристовъ имѣла еще большее значеніе дѣятельность *научная*. Юридическій, все болѣе и болѣе накопляющійся и образовавшійся изъ различныхъ составныхъ частей, матеріалъ требовалъ болѣе фундаментальной обработки, составленія и упрощенія. Къ этому юристы чувствовали себя способными вслѣдствіе пріобрѣтенныхъ ими долговременнымъ упражненіемъ опытности, обширнаго юридическаго взгляда, и высшаго философскаго образованія. Къ научнымъ трудамъ присоединилось теоретическое преподаваніе и этотъ новый голосъ права, замѣнившій уже слишкомъ ослабѣвшій viva vox преторскаго права, возбудилъ вездѣ новыя силы и собиралъ вокругъ болѣе значительныхъ учителей кругъ учениковъ, изъ котораго образовалась длинная и блестящая цѣпь юристовъ, встрѣчаемую нами въ первой половинѣ этаго періода. Уже при Августѣ два превосходнѣйшихъ юриста образовали двѣ школы, которыя—очевидное доказательство прогресса науки—начали различаться руководящими принципами. Эти два юриста были *Антистій Лабеонъ* и *Атей Капитонъ*, которыхъ политическія и правовыя убѣжденія во многомъ разнились (47). Лабеонъ, наслѣдовалъ образъ мыслей отца, бывшаго другомъ Брута и

---

(47) О характерѣ и направленіи обѣихъ школъ были высказываемы до новѣйшаго времени различные взгляды, которые хотѣли видѣть въ той и другой школѣ различіе, подобное напр. тому, какое существуетъ между философской и исторической школой. Но такія параллели невѣрны. Не говоря уже про то, что различіе въ основныхъ принципахъ ни въ какомъ случаѣ не могло выразиться у Римлянъ столь рѣзко, какъ оно существуетъ въ наше время, и что въ школѣ Капитона ни въ какомъ случаѣ не было недостатка въ философскомъ образованіи, и хотя можно въ извѣстныхъ отношеніяхъ одну школу назвать болѣе философской, другую болѣе исторической, но если сравнить важнѣйшіе спорные пункты той и другой школы (напр. о дѣйствіи недозволительныхъ условій въ договорахъ и завѣщаніяхъ), то выходитъ что такъ наз. философская школа весьма часто рѣшала вопросъ совершенно *абстрактно*, между тѣмъ какъ другая гораздо справедливѣе брала въ расчетъ

Кассія, въ изложеніи права высказалъ болѣе свободный, многосторонне развитый и болѣе глубокій философскій взглядъ, давшій ему возможность смѣло видѣть подъ нѣмою буквою сущность дѣла и изъ него, съ полною вѣрою въ духовную силу науки, вывести широкія начала для дальнѣйшаго развитія права. Атей Капитонъ (22) напротивъ, происходившій не изъ древняго рода, не только предался на сторону новой власти, но нечестно льстя Тиберію, противодѣйствовалъ лучшимъ стремленіямъ послѣдняго, держался преимущественно старыхъ теорій и принциповъ, которые и старался развивать въ ихъ же духѣ. Основанныя этими 2–мя мужами школы получили однако свое названіе не по ихъ имени, а по имени нѣкоторыхъ замѣчательныхъ ихъ послѣдователей. Такъ приверженцы первой школы назывались по Лицинію *Прокулу–Прокуліанцами*, или также по *Пегасу–Пегасіанцами*; приверженцы второй по *Кассію* Лонгину или Массурію *Сабину–Кассіанцами*, или чаще *Сабиніанцами*. Существовавшее долгое время различіе тенденцій этихъ 2–хъ школъ, высказывавшееся въ весьма важныхъ противорѣчіяхъ, поддерживалось ихъ приверженцами, которые однако не отказывали себѣ въ самостоятельности. Такъ мы видимъ, что не смотря на различіе политическихъ воззрѣній приверженцевъ этихъ 2–хъ школъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ правовой взглядъ одной школы предпочитался приверженцами другой. Позднѣе около временъ Гадріана началось сближеніе между этими 2–мя школами, но вслѣдствіе этаго не образовалась, какъ ошибочно многіе принимали 3–я школа, которую, хотѣли видѣть въ юристахъ обозначаемыхъ именемъ miscelliones или herciscundi. Къ школѣ *Лабеона* принадлежали оба *Нерва* (от. и сынъ), *Прокулъ*, *Пегасъ* (Sct. Pegasianum), *Цельсы* (от. и сынъ) и *Нерацій Прискъ*; къ школѣ *Капитона*: *Массурій Сабинъ*, *Яволенъ Прискъ*, *К. Кассій Лонгинъ*, *Целій Сабинъ*, *Сальвій Юліанъ*, *Секстъ Помпоній* и *Гай*. Царствованіемъ *Александра Севера* оканчивается время процвѣтанія юриспруденціи и вмѣстѣ съ паденіемъ политическаго благосостоянія угасаетъ и научная дѣятельность.

Послѣдняя заявила себя преимущественно составленіемъ руководствъ, краткихъ очерковъ institutiones (Gajus, Paulus), или обширными трудами, libri juris civilis, digesta или коментаріями на цѣлые источники права, на 12 таблицъ, (Лабеона и Гая) въ особенности на эдиктъ (какъ на пр. libri ad edictum Сабина, Гая, Ульпіана и Паулуса). Изъ огромнаго однако числа такихъ трудовъ въ ихъ первоначальной формѣ дошли до насъ лишь весьма немногіе, такъ фрагментъ одного сочиненія Ульпіана, получившаго теперь названіе Ulpiani fragmenta; (48) потомъ въ Вѣнѣ снова найденныя фрагменты Ульпіановыхъ институцій (49); въ особенности же замѣчательны открытыя въ соборномъ капитулѣ въ Веронѣ въ 1816 г. Нибу–

различіе отношеній. Важнѣйшія древнія указанія, касающіяся обѣихъ этихъ школъ и ихъ основателей находятся у *Помпонія*. fr. 2. § 47. De Origine jur. I, 2. Hi duo primum veluti diversas sectas fecerunt, nam Atejus *Capito* in his quae ei tradita fuerant, perseverabat; *Labeo* ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis sapientiae operam dederat, plurima innovare studuit. — *Gellius* (XIII, 10) нѣсколько подробнѣе говоритъ о Лабеонѣ: Labeo.... ceterarum quoque bonarum artium non expers fuit et in grammaticam sese atque dialecticam literasque antiquiores altioresque penetraverat, latinarumque vocum origines rationesque percalluerat eaque praecipue scientia ad enodandos plerosque juris laqueos utebatur. — Юридическій и политическій образъ мыслей Лабеона характеризуетъ его противникъ Капитонъ въ одномъ письмѣ, помѣщенномъ у *Геллія* (XIII. 12). О той и другой школѣ, равно какъ и о ихъ представителяхъ см. *Puchta* ib. § 98.

(48) Лучшія критическія изданія принадлежатъ *Гуго* (Берлинъ 1834) и К. Бёкингу (Боннъ 1845).

(49) *Endlicher*, de Ulpiani institutionum fragmento. Vindob. 1835.

ромъ въ одномъ списанномъ кодексѣ institutionum quattuor commentarii *Гая* (50), доставившія весьма важныя поясненія многихъ, до толѣ мало извѣстныхъ, частей римскаго права и гражданскаго процесса (51).

Появляющіеся, особенно въ промежутокъ времени отъ Гадріана до Александра Севера (117—235), великіе юристы, которымъ главнымъ образомъ право обязано своимъ утвержденіемъ и научнымъ основаніемъ, суть слѣдующіе: 1) *Сальвій Юліанъ* (Salvius Julianus, при Гадріанѣ), прославившійся составленіемъ эдикта; 2) *Секстъ Помпоній* (Sextus Pomponius), который въ дигестахъ далъ намъ краткій обзоръ исторіи римскаго права. 3) *Гай* или *Кай* (Gajus s. Cajus), второе имя котораго неизвѣстно (при Гадріанѣ и Антонинѣ Піѣ), имѣвшій весьма важное значеніе; авторъ найденныхъ институцій. 4) Эмилій *Папиніанъ* (Aemilius Papinianus), самый знаменитый изъ нихъ, равно достойный уваженія, какъ за его нравственный характеръ такъ и за его ученость; другъ *Септимія* Севера (211) и первый при немъ человѣкъ въ государствѣ (praefectus praetorio), казненный по приказанію сына послѣдняго, *Каракаллы*, за то, что не хотѣлъ защищать предъ Сенатомъ убійство *Геты*, (брата Каракаллы), совершенное Каракаллой (52). 5) *Юлій Паулусъ* (Julius Paulus) (53) бывшій уже въ совѣтѣ Септимія Севера, а при Александрѣ Северѣ praefectus praetorio; самый плодовитый писатель; мѣста изъ его сочиненій занимаютъ почти 6-ю часть дигестъ. 6) *Домицій Ульпіанъ* (Domicius Ulpianus), (по происхожденію Финикіецъ при Геліогобалѣ и при Александрѣ Северѣ praefectus praetorio, умерщвленный преторіанцами) послѣ Папиніана самый замѣчательный писатель, сочиненія котораго составляютъ почти 3-ю часть матеріала дигестъ 7) *Геренній Модестинъ* (Herennius Modestinus), ученикъ Ульпіана, замыкаетъ собою рядъ классическихъ юристовъ. 5 юристовъ составляли позднѣе для, такъ называемаго, закона цитированія (54) Валентиніана III (456 г.), 5 авторитетовъ, сочиненія которыхъ имѣли формальную силу закона.

III. Если мы теперь разсмотримъ развитіе права въ особенности въ отношеніи *общаго состоянія нравственности*, то эта эпоха даетъ намъ разительное доказательство того, что одно право и формальное усовершенствованіе его никогда не въ состояніи удержать упадокъ нравственности народа, всего менѣе разумѣется тогда, когда во всѣхъ областяхъ права примѣняются тѣже принципы произвола, верховнаго владычества, безусловнаго, лишеннаго всякихъ нравственныхъ побужденій, господства надъ личностью и вещью; принципы, поведшіе за собою въ римскомъ государствѣ гибель его самаго и другихъ. Эти принципы, хотя и утрачиваютъ повидимому свое дѣйствіе вслѣдствіе безчисленности индивидуумовъ, какъ

---

(50) Возстановленіе болѣе древняго списка было сдѣлано *Гешеномъ* и *Гольвегомъ*. Позднѣйшія работы *Блюма*, *Лахмана*, *Бекинга*, *Гефтера* присоединены къ изданію *Гешена* 1820—24 г. которое представляетъ собою образецъ точнаго и добросовѣстнаго труда.

(51) *Гай* послѣдній замѣчательный Сабиніанецъ.

(52) Принципъ возможно нравственнаго подтвердилъ Папиніанъ своею смертію.

(53) Новѣйшіе историки права совершенно не занимаются, еще до сихъ поръ спорнымъ, вопросомъ о происхожденіи Папиніана и Павла, несмотря на то, что этотъ вопросъ имѣетъ гораздо большее значеніе, нежели многіе другіе, которымъ приписываютъ незаслуженную важность; потому что совершенно неодинаково знать, что Римскій духъ самъ далъ праву это высшее научное развитіе, какое мы встрѣчаемъ у Папиніана и двухъ его сотрудниковъ Павла, и Ульпіана, или въ это время такому научному развитію содѣйствовалъ духъ другаго народа. См. объ этомъ вопросѣ вкратцѣ *Heineccius*, Historia juris civilis etc. 1765, § 327, 335 и 340-й. Сирійско финикійское (слѣдовательно семитическое) происхожденіе Ульпіана стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія. Съ большою вѣроятностью можно также предполагать, что и Папиніанъ былъ Сиро-финикіецъ. Мѣсторожденіемъ Павла хотя и считается Падуа, поставившая ему памятникъ, однако многіе писатели считаютъ его за уроженца города Тира, другіе же за Грека.

(54) Со времени *Гуго* этотъ законъ получилъ названіе Citirgesetz.

частныхъ лицъ, въ частномъ правѣ, гдѣ они встрѣчаются лишь какъ абстрактныя формы, тѣмъ не менѣе должны рано или поздно проявиться въ общемъ выраженіи общественной нравственности государства. Но правильный взглядъ, что право есть всегда выраженіе цѣлаго характера народа, давно уже долженъ былъ найдти примѣненіе и къ римскому праву, чтобы тѣмъ дать возможность сдѣлать болѣе правильную его оцѣнку въ эту эпоху.

Нивеллированіе, предпринятое въ эту эпоху императорскимъ деспотизмомъ считающимъ себя на столько выше стоящимъ всего окружающаго, что съ высоты своего величія на всѣхъ смотритъ какъ на равныхъ между собою и даже ободряемый испорченнымъ народомъ, преимущественно, направляется противъ нѣкорыхъ, еще возвышавшихся надъ общимъ уровнемъ знатныхъ и богатыхъ; это нивеллированіе служитъ лишь къ тому, чтобы заставить принять всѣхъ равное участіе въ погибели. Трудно рѣшить, говоря словами Тацита, что было хуже, неограниченный ли никакими законами императоръ (omnibus legibus solutus), испорченный-ли сенатъ или подлый народъ? Исторія нигдѣ не представляетъ болѣе ужаснаго примѣра уничтоженія всѣхъ нравственныхъ связей, такого разложенія внутренняго зерна жизни, что даже позднѣе христіанство, сдѣлавшись государственной религіей, было не въ состояніи измѣнить жизнь къ лучшему; такъ что грубые, но нравственно болѣе сильные народы, какъ Германцы и Славяне, по разложеніи римской имперіи, должны были сдѣлаться представителями высшихъ религіозныхъ и нравственныхъ идей (55).

Измѣненія, совершающіяся въ продолженіе этой эпохи въ римскомъ правѣ, заключаются преимущественно въ формальной научной разработкѣ и въ продолженіи направленія, способствующаго все большему и большему измѣненію строгаго права въ jus gentium. Совершаются впрочемъ и важныя измѣненія, особенно въ *личномъ правѣ*, —причина которыхъ заключалась частію въ предпринятомъ императорствомъ нивеллированіи, частію же въ болѣе человѣчныхъ взглядахъ, распространяемыхъ философіей, въ особенности стоицизмомъ, между тогдашними юристами, изъ которыхъ императора выбирали себѣ совѣтниковъ, часто противодѣйствовавшихъ ихъ жестокости; при чемъ лучшіе императоры, какъ Маркъ Аврелій, сами принадлежали къ этому ученію. Конечно стоицизмъ исполненный нѣкотораго рода презрѣнія къ міру, приносившій все въ жертву фатализму, и искавшійвыхода въ героизмѣ терпѣнія, былъ не способенъ произвести нравственное перерожденіе общества, но тѣмъ не менѣе сторонники его проводили въ сознаніе лучшіе нравственные принципы всюду, насколько и гдѣ только могли (56). Это въ особенности относится

---

(55) Объ этой не способности Римлянъ усвоить христіанство см. статью *Монталамбера*, l'empire romain après la paix de l' église (323) въ Revue des deux mondes 1. janv. 1855,

(56) При рѣшеніи вопроса о вліяніи философіи,—сначала всѣми признаннымъ, нѣкоторыми же новѣйшими писателями, именно исторической школы, совершенно отвергнутымъ (Puchta, Inst. I. § 103), — слѣдуетъ съ одной стороны отдѣлять истинно-философской элементъ отъ простаго формально—логическаго (различіе, которое дѣлаетъ Пухта, но безъ надлежащаго примѣненія), съ другой стороны, при примѣненіи, слѣдуетъ различать частное и имущественное право. Вообще, начиная съ сочиненій Цицерона,—популярно и подробно изложившаго греческую философію и котораго конечно слѣдуетъ причислить къ юристамъ, — мы встрѣчаемъ многіе принципы, которые на почвѣ римскаго права, т. е. изъ основныхъ понятій послѣдняго, столь же мало могли вырости, какъ и роза изъ репейника. Сюда относятся выше приведенные принципы и воззрѣнія, какъ напр. justitia est ars bon et aequi, honeste vivere;—прекрасное изрѣченіе Папиніана бывшее уже въ ходу при императорѣ-стоикѣ Аврелій, quae facta laedunt pietatem etc, —выраженіе Ульпіана Justitiam colimus, et boni et aequi notitiam profitemur etc; понятія объ aequitas и объ naturalis ratio Гая I, 1, 189, II, 66, 69, 79, l. 9. D. 1,1-ef; l. 1 pr. D. 41, 1; гдѣ также сказано: Antiquius jus gentium cum ipso genere humano proditum est etc. Объ многихъ основныхъ положеніяхъ, напр. о honeste vivere *Пухта* (§ 102) совершенно справедливо утверждаетъ, что это положеніе заимствованное вѣроятно отъ стоиковъ, „неимѣло ровно никакого вліянія на собственно-юридическое содержаніе дѣятельности юристовъ“. Это вовсе не упрекъ стоицизму, а скорѣе юристамъ, которые

къ рабству и родительской власти, между тѣмъ какъ въ прочихъ частяхъ частнаго права философское образованіе имѣло вліяніе болѣе общее и способствовало болѣе основательной переработкѣ науки права.

IV. Теперь разсмотримъ *особенныя правовыя отношенія.*

Что касается *подданныхъ* Римскаго государства, то они получили право римскаго гражданства вслѣдствіе постановленій Каракаллы, Антонія Пія и Юстиніана (Nov. 78, cap. 5). Преобразованіе строгаго права въ jus gentium было облегчено тѣмъ еще болѣе.

Рабство существенно смягчилось. Уже Клавдій постановилъ, что больные рабы, подверженные голодной смерти на островѣ Эскулапа, если они выздоровѣютъ, тотчасъ дѣлаются свободными. Изданный при Неронѣ lex Petronia запретилъ господамъ продавать своихъ рабовъ на бой съ дикими звѣрями. Благородные императоры на этомъ пути пошли еще далѣе. Гадріанъ отнялъ у господъ право убивать своихъ рабовъ и запретилъ кастрированіе рабовъ. Антонинъ приказалъ наказывать убійство своего собственнаго раба наравнѣ съ убійствомъ посторонняго. Распятіе рабовъ на крестѣ было уничтожено Константиномъ.

Эмансипація, вслѣдствіе различныхъ законовъ (Aelia Sentia 775, a. u. Furia Caninia 761, Junia Narbona 770), сдѣлалась труднѣе. Но тѣмъ не менѣе число вольно—отпущенныхъ весьма увеличилось.

Въ *семейственномъ правѣ* появляются законы, которые имѣютъ цѣлью предупредить распаденіе связей нравственныхъ. Августъ, самъ открыто нарушавшій супружескую вѣрность, желаетъ воспрепятствовать этому преступленію посредствомъ lex Julia de adulteriis coercendis. Двумя консулами Папіемъ Муціліемъ и Кв. Поппеемъ, которые сами были не женаты и бездѣтны, предлагается въ 762 г. весьма важный lex Iulia et Papia Poppaea. Этотъ законъ лишаетъ права наслѣдовать по завѣщанію всякаго мужчину, неженившагося отъ 25—60 л. и всякую женщину, невышедшую за мужъ отъ 20—50 лѣтъ. Lex Papia Poppaea смотритъ также неблагосклонно и на женатыхъ, но неимѣющихъ дѣтей, потому что такіе супруги получаютъ лишь половину того, что имъ оставлено по завѣщанію и имѣютъ право отказать другъ другу только десятую долю ихъ имущества. Напротивъ тѣмъ, которые имѣли дѣтей этотъ законъ предоставляетъ много привиллегій (такъ напр. преимущество относительно занятія государственныхъ должностей, право отказываться отъ опекунства и проч.). Но вмѣстѣ съ бракомъ продолжаетъ существовать конкубинатъ, который lex Julia причисляетъ даже къ licita consuetudo. Вообще эти законы остались тщетными. Самый домъ Августа и подражающая ему столица исчерпали всякую мѣру стыда.

Отношенія супруговъ все болѣе и болѣе образовывались на началахъ самостоятельности. Conventio in manum mariti уже въ началѣ этой эпохи становится

вмѣсто того, чтобы вспомнить о древнемъ, имѣвшемъ отношеніе и къ honestum — правѣ *цензора* порицать безнравственное, незнали какъ обойтись съ столь важнымъ понятіемъ. Еще большій упрекъ лежитъ на римскомъ правѣ, которое усвоивъ этотъ принципъ, стало бы съ нимъ въ положительный разладъ чѣмъ оно и существенно отличается отъ Греческаго права, а еще больше отъ Германскаго, гдѣ въ многихъ отношеніяхъ, особенно въ корпораціонномъ правѣ главнѣйшимъ условіемъ была честность и обращалось вниманіе на нравственно правовую сторону. Напротивъ того стоицизмъ произвелъ существенное улучшеніе въ положеніи рабовъ и провелъ болѣе гуманныя начала относительно родительской власти. Приводить здѣсь въ доказательство мѣста изъ стоиковъ было бы безполезно и не увѣрило бы тѣхъ, которые отрицаютъ все, что имъ кажется чуждымъ, навязываемымъ Римскому праву. Стольже мало повѣрятъ они и тому, — а между тѣмъ это ясно для каждаго, знакомаго съ новѣйшей философіей,— что самъ Пухта, часто впрочемъ доказывающій необходимость философіи, въ развитіи понятія о правѣ въ энциклопедіи, въ сущности связалъ лишь внѣшнимъ образомъ субъективныя Канто-Фихтевы понятія съ нѣкоторыми другими возрѣніями, причемъ касательно метода и опредѣленности понятій, и остался гораздо ниже своихъ предшественниковъ.

весьма рѣдкимъ фактомъ. Fundus dotalis сдѣлалось неотчуждаемымъ вслѣдствіе постановленія lex Julia de adulteriis. Женщины уже болѣе не состоятъ подъ опекой; онѣ сами пріобрѣтаютъ право опеки надъ ихъ дѣтьми и внуками.

Родительская власть дѣлается значительно мягче. Хотя по принципу и въ эпоху имперіи за отцомъ остается право на жизнь и смерть своихъ дѣтей, но тѣмъ не менѣе уже во время Августа одинъ отецъ, засѣкшій до смерти своего сына, только заступничествомъ императора былъ спасенъ отъ разъяреннаго народа (56). Александръ Северъ ограничилъ исправительное право отца надъ своими дѣтьми лишь умѣренными наказаніями. Продажа дѣтей была причислена Гадріаномъ къ res illicita et inhonesta (57) и дозволялась лишь вслѣдствіе крайней бѣдности и простиралась только на новорожденныхъ. Лишь подкидываніе дѣтей было искоренить весьма трудно; — и хотя ученый законовѣдъ Павелъ ставитъ на ряду съ убійцей того, кто, неимѣя самъ сострадания къ своимъ дѣтямъ, довѣряетъ послѣднихъ состраданію другихъ (58); но собственно только христіанство уничтожило этотъ варварскій обычай. (Ложная филантропія новѣйшаго времени своими, въ нѣсколько болѣе смягченной формѣ, воспитательными домами возвратилась къ доброму старому времени).

Имущественное право мало по малу преобразовалось изъ строгаго права въ jus gentium. Въ вещномъ правѣ совершенно установилось различіе между res mancipi и nec mancipi. О понятіи владѣнія продолжаютъ существовать различныя воззрѣнія (59), но воззрѣніе Лабеона и другихъ замѣчательныхъ юристовъ (Павла и Ульпіана) принятое въ послѣдствіе Юстиніаномъ, признавалось за самое правильное. Между сервитутами встрѣчается usus fructus и еще чаще quasi usus fructus, утвержденный постановленіемъ сената и простирающійся на всякое имущество, на всѣ потребляемые предметы. Облигаціонное право развилось въ эту эпоху преимущественно научно, особенно относительно общей части ученія объ обязательствахъ и установленія понятій объ обязательствахъ; — при чемъ впрочемъ проявляются различныя воззрѣнія, которыя остались также окончательно непримиренными и въ законодательствѣ Юстиніана. Вслѣдствіе St. Macedonianum займы сыновей стали ограничиваться отцовской властью, а вслѣдствіе St. Vellejanum были ограничены права женщинъ относительно поручительства. Въ наслѣдственномъ правѣ lex Falcidia (вѣроятно плебисцитъ предъидущаго періода 719 г.), которымъ наслѣднику предоставлялось право изъ наслѣдства, если оно было обременено раздачами имущества легатамъ, оставить за собой покрайнѣй мѣрѣ четвертую часть (quarta Falcidia) всего отказаннаго имущества, —вслѣдствіе St. Pegasianum (въ правленіи Веспасіана) былъ распространенъ на фидеикоммиссы, —per constitutione Дива Пія, на фидеикоммиссы ab intestato, —и Юстиніаномъ на всѣ другіе mortis causa capiones (60).

Уголовное право сдѣлалось болѣе строгимъ; смертная казнь стала примѣняться къ большей части случаевъ, темничное заключеніе встрѣчается рѣдко, чаще же relegatio и deportatio. Всѣ уголовныя наказанія влекутъ за собой конфискацію имущества.

Гражданское судопроизводство еще долго остается въ вѣденіи преторовъ. Но сфера преторской власти ограничивается отчасти возстановленіемъ юрисдикціи консуловъ, отчасти установленіемъ новыхъ чиновниковъ, особенно городскаго префекта по главнымъ образомъ правомъ императора, какъ перваго магистрата, измѣнять рѣшенія суда. Эта аппелляція къ императору, которая

---

(56) Seneca de clem. 1. 19.
(57) L. 1. c. VII, 16, cf. l. 39, § 3 D. 21, 2.
(58) L. 4. D. 25, 3.
(59) L. 3. § 5 D. 41, 2.
(60) См. „Lehrbuch der Pandecten“ v. L. Arndts § 562; c. 18 C. VI. 50.

сначала была лишь приложеніемъ права вмѣшательства, принадлежащаго равнымъ или высшимъ магистратамъ, сдѣлалась теперь привиллегіей и другихъ чиновниковъ, особенно же городскаго префекта, вскорѣ сдѣлавшагося средней инстанціей суда. Такое направленіе аппелляціи осталось не безъ послѣдствій относительно судопроизводства вообще, ибо въ обыкновенномъ процессѣ вопросъ права, принадлежащій претору былъ отдѣленъ отъ рѣшенія судьи, — теперь же императоръ соединилъ въ себѣ обѣ эти функціи суда. Это судопроизводство было вскорѣ предоставлено новымъ судьямъ, установленнымъ императоромъ, особенно относительно тѣхъ случаевъ, для которыхъ преимущественно выходили такія постановленія, такъ что число extraordinariae cognitiones становилось все болѣе до тѣхъ поръ, пока Діоклетіанъ этотъ экстраординарный процессъ не сдѣлалъ процессомъ обыкновеннымъ, постановивъ, чтобы всякаго рода тяжбы вѣдались однимъ и тѣмъ же магистратомъ т. е. правителемъ провинціи, который впрочемъ могъ передавать рѣшеніе дѣла подчиненнымъ ему судьямъ, изъ которыхъ мало по малу образовались постоянныя судьи и даже цѣлыя коллегіи судей этого рода. При этомъ былъ установленъ порядокъ аппелляціи; послѣднею инстанцію составлялъ Praefectus Praetorio (61).

Уголовное судопроизводство (62), которое въ предъидущей эпохѣ, въ началѣ VII-го столѣтія, своими постоянными судилищами (quaestiones perpetuae), соотвѣтствующими идеѣ республиканскаго государства, но во многихъ отношеніяхъ несовершенное и часто измѣняемое различными legibus judiciariae, тѣмъ неменѣе имѣвшее цѣлью отдѣленіе веденія процесса и наблюденія за его производствомъ отъ составленія приговора, — во времена императорства охарактеризовалось побѣдою въ процессѣ начала инквизиціоннаго надъ началомъ обвинительнымъ.

---

(61) *Maynz.* Elements de droit romain I, P. 113, 155.

(62) Объ этомъ въ особенности: Geschichte des röm. Criminalprocesses bis zum Tode Justinians v. G. Geib, 1842.

ЧЕТВЕРТАЯ ЭПОХА.

Отъ Константина до смерти Юстиніана, (323—565 г.).

Быстро идущее впередъ внутреннее разложеніе государства породило въ Константинѣ убѣжденіе, хотя прежде всего въ видахъ только политики, что можно ждать помощи лишь отъ перемѣщенія умственнаго и матеріальнаго центра тяжести государства. Послѣ того, какъ Константинъ, въ 323 г. призналъ господствующей религіей въ государствѣ христіанство, заявившее, не смотря на ужаснѣйшія гоненія, свое могущество и распространившееся до такой степени, что могло сдѣлаться точкою опоры для политики, въ 330 г. онъ перенесъ столицу въ древнюю, но вновь отстроенную Византію. Свѣтское могущество отошло отъ Рима для того, чтобы сдѣлать болѣе легкимъ полнѣйшее укрѣпленіе новой религіозной власти. Константиномъ былъ доконченъ государственный механизмъ, начатой еще Діоклетіаномъ, механизмъ, образцомъ котораго послужилъ востокъ (63). Византія получила jus Italicum, а вскорѣ всѣ права и привиллегіи стараго Рима. Впрочемъ латинскій языкъ оставался еще долгое время офиціальнымъ, правовымъ и судебнымъ языкомъ, потому что вліяніе востока было вообще мало замѣтно въ частномъ правѣ, которое держалось собственной своей силой. Когда въ 476 г. Западная Римская имперія была покорена германскими племенами подъ предводительствомъ Одоакра и Римское право вслѣдствіе перемѣщенія въ болѣе Греческую, по своимъ составнымъ частямъ, страну было лишено своей естественной почвы, а слѣдовательно, лишенное своихъ внутреннихъ растительныхъ корней, могло продолжать существованіе лишь въ видѣ сорванныхъ плодовъ, которые можно было только собирать. Потому то эта эпоха и называется эпохою *собраній* и кодификацій.

Въ *частномъ правѣ* выступаетъ прежде всего благодѣтельное вліяніе христіанства, которое достигло внѣшней власти относительно многихъ частей права, особенно права семейственнаго (брака, родительской власти, наслѣдственнаго права). Это вліяніе усовершенствовало въ высшей степени то, къ чему стремилось jus gentium и æquitas, хотя въ имущественномъ правѣ и остается преобладающимъ односторонній во многихъ отношеніяхъ основной характеръ Римскаго права.

Что касается собственно *источниковъ*, то они сливаются теперь въ императорскія constitutiones, которые управляютъ сверху всѣмъ и составляютъ собственно jus scriptum. Уже при *Константинѣ* все то, что было прежде предоставлено свободной дѣятельности преторовъ, судей и юристовъ, должно было подлежать рѣшенію императора.

Характеръ частнаго права опредѣляется въ эту эпоху внѣшними постановленіями и *собраніями*. Внутреннее развитіе права прекратилось; богатый матеріалъ права, доставляемый различными источниками, явился теперь, утративши внутренній связующій характеръ, во всей своей многообразности и пробудилъ потреб-

(63) Вѣрное изображеніе должностной іерархіи даетъ намъ извѣстное сочиненіе подъ заглавіемъ notitia dignitatum, вновь изданное *Бёкингомъ* 1840 г.

ность единства, которая могла быть удовлетворена лишь съ стороны внѣшней. Различныя попытки въ этомъ родѣ наполняютъ эту эпоху до Юстіана (64).

Уже *Константинъ* задумалъ предпринять планъ собранія права (65), но не привелъ этотъ планъ въ исполненіе.

Ѳеодосій II-й и Валентиніанъ III-й постановленіемъ 426 г. которое со времени Гуго называютъ закономъ цитированія (Citirgesetz), пытались упрочить огромную массу юридическаго матеріала дарованіемъ силы дѣйствующаго закона сочиненіямъ *пяти* юрисконсультовъ предъидущаго періода—Папиніана, Павла, Гайя, Ульпіана и Модестина; при чемъ было также постановлено, что при различіи мнѣній рѣшать по *большинству голосовъ*;—если же различныя мнѣнія имѣли за собою каждое по ровному числу голосовъ, то чтобы мнѣніе, имѣющее на своей сторонѣ воззрѣніе Папиніана брало перевѣсъ, если же наконецъ и самъ Папиніанъ объяснялъ неопредѣленно, то тогда судьи должны были высказать свое самостоятельное мнѣніе.

Огромная масса разбросанныхъ императорскихъ *constitutionum* была собрана въ частныхъ собраніяхъ, изъ которыхъ самыми употребительными были: 1) собраніе, составленное нѣкимъ Грегоріаномъ (называемое codex Gregoriani), и 2)—составляющее продолженіе перваго, — собраніе Гермогеніана (codex Hermogeniani (66). Оба эти собранія можно съ вѣроятностью отнести къ половинѣ IV-го столѣтія.

Официальное *пополненіе* этихъ двухъ собраній конституцій, остававшихся въ постоянномъ употребленіи, произвелъ въ 438 г. Ѳеодосій II составленіемъ третьяго кодекса, который называется codex Theodosianus (67).

Наконецъ, послѣ того какъ состояніе права почти въ продолженіе цѣлаго столѣтія, вслѣдствіе слабѣющаго пониманія древнихъ сочиненій, разнородности источниковъ и становящагося все болѣе и болѣе труднымъ различія между состарѣвшимся правомъ и тѣмъ, которое было въ употребленіи,—въ 527 г., въ правленіе Восточной Римской Имперіей Императора Юстиніана (68), подъ вліяніемъ знаменитаго ученаго юриста, Трибоніана, были предприняты болѣе рѣшительныя мѣры къ составленію собранія, которое бы заключало въ себѣ все дѣйствующее право.

1. Прежде всего приказалъ Юстиніанъ изъ трехъ кодексовъ императорскихъ конституцій, съ присовокупленіемъ къ онымъ тѣхъ, которые вышли послѣ Ѳео-

---

(64) Эти попытки служатъ непреложнымъ доказательствомъ запутаннаго и печальнаго состоянія Римскаго права, которое старались улучшить проницательнѣйшіе государственные мужи и императоры, заботившіеся объ удовлетвореніи практической потребности народовъ болѣе, нежели о пустыхъ, хотя и научнымъ образомъ веденныхъ, спорахъ. Если столь великій государственный мужъ какъ Цезарь составилъ планъ законодательства, то это доказываетъ до какой запутанности дошло право въ его время. Вообще практическое состояніе права въ Римѣ, въ особенности съ времени распространенія оборотныхъ отношеній, слѣдуетъ представлять себѣ весьма печальнымъ, которое нѣсколько улучшалось посредствомъ гражданскаго процесса.

(65) Это доказываютъ двѣ, не давно найденныя, конституціи c. 1. et. c. Cod. Theod. 1, 4, de responsis prud. Онѣ однако не даютъ намъ ни какихъ свѣденій относительно способа исполненія этаго плана.

(66) Новѣйшее изданіе обоихъ собраній сдѣлалъ *Haenel*, Bonn. 1837, во второй части Бонскаго изданія Corp. jur. antej.

(67) Лучшее изданіе *Генеля* (Im. Bonner Corp. jur. civ. antej. 1842).

(68) Слѣдуетъ замѣтить, что Юстиніанъ былъ Славянинъ, весьма не знатнаго происхожденія, изъ Таурезія. Его прежнее имя (или прозвище) Управда. *Ritter*. въ Note zu Heineccii historia juris civilis etc. § 382, весьма справедливо замѣчаетъ: «*Upravda*» vox est slavica et bene per Justinianum exprimitur. Etiam nunc apud slevicas gentes *prauda* justum denotat. Хорошую оцѣнку Юстиніана даетъ *Am. Thierry* въ Revue des deux mondes. 1. nov. 1854. p. 427 etc.

досія II, составить единый кодексъ, который былъ въ 529 г. обнародованъ подъ заглавіемъ Codex Iustinianeus.

2. Потомъ, послѣ того какъ важнѣйшіе спорные вопросы древняго права были разрѣшены 50-ю императорскими рѣшеніями, для составленія собранія, которое бы заключало въ себѣ все дѣйствующее право изъ какого бы источника послѣднее не происходило, учредилъ Юстиніанъ комиссію изъ 17 ученыхъ юристовъ подъ предсѣдательствомъ Трибоніана. Эта комиссія, принявъ за основаніе тотъ порядокъ, относительно размѣщенія частей права, который существовалъ въ преторскомъ эдиктѣ и кодексѣ, изъ огромной массы сочиненій 39 различныхъ юристовъ, посредствомъ выписокъ, выбранныхъ сообразно съ цѣлью, (иногда также посредствомъ добавленій, измѣненій, подновленій, такъ называемыхъ emblemata Tribuniani), составила такимъ образомъ изъ дѣйствующаго права цѣлую правовую систему. Это собраніе выписокъ (jus enucleatum), раздѣленное на 7 частей и 50 книгъ, раздѣленныхъ въ свою очередь на главы, получило названіе *пандектовъ* или *дигестъ* (pandectae, digesta) а также codex enucleati juris. Этотъ трудъ былъ обнародованъ въ 533 г. 16-го декабря, а 30-го декабря получилъ законную силу.

3. Но, уже во время составленія пандектовъ, Юстиніанъ повелѣлъ тремъ ученымъ юристамъ *Трибоніану*, *Θеофилу* и *Дорофею* (послѣдніе два были учителями права одинъ въ Византіи, другой въ Беритѣ) переработать институціи Гайя, сдѣлавшіяся неудобными для преподаванія права, что и было названо «Institutiones». Это руководство, заключающее въ себѣ 4 книги, раздѣленныя на 98 главъ, было обнародовано и получило законную силу въ одинъ и тотъ же день съ пандектами.

4) Такъ какъ кодексъ 529 г. не совсѣмъ соотвѣтствовалъ пандектамъ и при редакціи его, кромѣ 50-ти помянутыхъ императорскихъ рѣшеній, для уничтоженія противорѣчій и исключенія права уже недѣйствовшаго, недоставало еще многихъ другихъ императорскихъ конституцій такого же рода, то онъ былъ пересмотрѣнъ и дополненъ и 16-го ноября 534 г. обнародованъ подъ заглавіемъ Codex repetitae praelectionis.

5) Наконецъ, между 535 и 565 г., годомъ смерти Юстиніана, было издано послѣднимъ много новыхъ постановленій, писаныхъ частью на греческомъ, частью на испорченно-латинскомъ языкѣ, которыми были измѣнены существенные пункты въ правѣ. Эти постановленія были собраны не самимъ Юстиніаномъ, но вскорѣ послѣ его смерти и извѣстны подъ именемъ *Новеллъ* νεαραι διαταξεις.

Это Юстиніаново собраніе права было обсуждаемо различно (69). Но несмотря на восточную напыщенность и безвкусіе формы, которая придана постановле-

---

(69) Историческая школа, вслѣдствіе предубѣжденія къ такъ называемымъ кодификаціямъ высказала весьма пристрастныя и односторонніе сужденія относительно творенія Юстиніана. Но если бы историческіе писатели этой школы обратили вниманіе не только на время возникновенія Юстиніанова собранія, но оцѣнили также, подобно тому какъ они это сдѣлали относительно характера и вліянія преторскаго права и науки права, — тѣ *внутреннія* существенныя измѣненія, которыя сдѣлало это собраніе во всемъ правѣ, то для неопытнаго читателя и изучающаго было бы очевиднымъ высокое значеніе предпріятія Юстиніана. Трудъ Юстиніана былъ необходимымъ заключительнымъ звѣномъ всего предъидущаго развитія. Въ кодексѣ Юстиніана ясно и отчетливо высказывается потребность не только примирить еще существовавшія противоположности между древнимъ правомъ и jus gentium, но также и предпринять существенныя улучшенія. Римское право собственнымъ развитіемъ изъ себя самаго никогда не могло преодолѣть этихъ противоположностей. Jus gentium, развившееся посредствомъ философіи, возросшей не на Римской почвѣ, должно было еще получить во многихъ отношеніяхъ *христіанско-гуманное* воззрѣніе Юстиніана для того, чтобы окончательно вытѣснить древнее римское формальное право. Кромѣ того Римское право безъ труда Юстиніана немогло бы быть усвоено новыми народами.

О вліяніи христіанства на римское право см. сочиненіе (правда, что написанное уже черезъ чуръ на манеръ *plaidoyer* «De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains» par *Troplong*, Paris 1843.

ніямъ; несмотря на ту ошибочность, съ какою исполнена эта компиляція,—и взявъ во вниманіе самое дѣло, — право, по своему содержанію, въ кодексѣ Юстиніана проникается болѣе высокимъ христіанско-гуманнымъ духомъ и тѣмъ самымъ неоспоримо было поднято на болѣе высокую ступень. Гуманныя реформы, относительно личнаго и семейственнаго права, сдѣланныя прежними императорами, изъ которыхъ каждая имѣетъ бо́льшее значеніе, нежели сотни остроумныхъ различеній классическихъ юристовъ, совершены Юстиніаномъ еще въ большемъ размѣрѣ, что мы здѣсь и покажемъ въ главнѣйшихъ чертахъ, такъ, какъ эти измѣненія излагаются въ кодексѣ Юстиніана.

Что касается *личнаго и семейственнаго права*, то отпущенію на волю законъ благопріятствовалъ въ большей мѣрѣ, нежели прежде; различіе между отпущенниками исчезло; servitus хотя и продолжало существовать, но было смягчено. Бракъ сдѣлался болѣе строгимъ нравственнымъ союзомъ, несмотря на то, что къ нему еще не присоединился элементъ церковный. Разводъ сдѣлался гораздо труднѣе; конкубинату законъ неблагопріятствовалъ. Приданное (dos) стало весьма уважаемымъ и ему должно было противопоставляться donatio propter nuptias. Древнія римкія деспотическія отношенія супруга и отца уничтожились; половая опека прекратилась и, въ извѣстныхъ случаяхъ ее могли вести сами женщины. Различіе между agnatio и cognatio исчезаетъ, чѣмъ и уничтожается древнее римское семейство. Новое, санкціонированное 118-ой новеллой, наслѣдованіе по закону совершенно достаточно для того, чтобы обеспечить за Юстиніаномъ признательность потомства, потому что постановленія относительно новаго порядка наслѣдованія по закону были вполнѣ согласны съ природою родственныхъ отношеній.

Въ *имущественномъ правѣ* исчезло различіе res mancipi и nec mancipi, между строго римскою и такъ называемою бонитарной собственностью (in bonis). потому что всѣ вѣщи стали nec mancipi и всякая собственность стала римскою.

Въ *облигаціонномъ правѣ* простыя контракты (pacta) получили полную законную силу. Совершеннѣйшую противоположность съ древними контрактами,—обусловливавшими всегда causa civilis, на которые римскій эгоизмъ первоначально смотрѣлъ лишь какъ на взаимное одолженіе, — представляетъ дареніе, сдѣлавшееся также договоромъ съ правомъ иска. Строгость стипуляцій, по содержанію и формѣ, уничтожилась и Юстиніанъ установилъ нѣсколько такихъ стипуляцій, которыхъ прежде не было напр. stipulatio praeposterе concepta. Точно также Юстиніанъ далъ силу судебнаго доказательства письменнымъ договорнымъ документамъ.

Уголовное право однако не было улучшено и лишь увеличилось ужасными наказаніями противъ еретиковъ и апостатовъ.

Въ судопроизводствѣ и судоустройствѣ, закончившимися въ своемъ прежнемъ направленіи, были установлены новые духовные суды, вѣденію которыхъ подлежали не только церковныя дѣла, обсуживаемыя епископами, но, по приказанію Юстиніана, вѣдались также гражданскіе иски противу лицъ духовныхъ.

Трудъ Юстиніана во всякомъ случаѣ можно назвать лишь компиляціей, а неосновательнымъ, утверждающимъ дѣйствующее право, законодательствомъ. Для этаго время Юстиніана не имѣло ни способностей, ни призванія. Римскій духъ угасалъ въ предсмертной агоніи, и собравшись съ послѣдними силами, — въ виду болѣе высокихъ преобразовывающихъ нравственный міръ, принциповъ христіанства, — выполнилъ достойное предпріятіе, собравъ въ одно цѣлое все добытое богатымъ, болѣе нежели тысячилѣтнимъ, развитіемъ права для того, чтобы передать все это въ достояніе новымъ, появившимся въ исторіи народамъ.

ГЛАВА III.

КРАТКІЙ ОБЗОРЪ ПОЗДНѢЙШЕЙ СУДЬБЫ РИМСКАГО ПРАВА.

I. На востокѣ.

Кодексъ Юстиніана былъ вскорѣ переведенъ на греческій языкъ и появились комментаріи, несмотря на то, что Юстиніанъ запретилъ это. Уже во время Юстиніана, константинопольскій профессоръ права, одинъ изъ трехъ редакторовъ институцій, Ѳеофилъ издалъ на греческомъ языкѣ замѣчательные комментаріи, парафразы институцій, которыми мы обладаемъ еще въ настоящее время (70). *Юліанъ* издалъ на латинскомъ языкѣ извлеченіе изъ новеллъ epitome novellarum. Такъ какъ число новыхъ императорскихъ постановленій постоянно увеличивалось и пониманіе Юстиніанова права становилось все труднѣе, и такъ какъ (какъ замѣчаетъ также Пухта) приложеніе этаго права въ Византійской имперіи къ другимъ народамъ и другимъ жизненнымъ отношеніямъ могло быть только искусственнымъ, то на практикѣ оно должно было измѣниться, (какъ напр. позднѣе еще болѣе въ германской имперіи). Потому *Василій Македонянинъ* въ 876 г. опять обнародовалъ нѣчто въ родѣ институцій (ὁ προχειρος νομος) и издалъ потомъ повеленіе о переработкѣ и переводѣ на греческій языкъ всего corpus juris, что было приведено къ окончанію при его сынѣ *Львѣ* Философѣ и издано въ 887 г. подъ названіемъ Базиликъ (βασιλικαι διαταξεις), которымъ въ 945 г. сдѣлалъ ревизію *Константинъ Порфирородный* (71). Отъ Льва Философа уцѣлѣло до нашего времени 113 греческихъ новеллъ, посредствомъ которыхъ онъ пытался улучшить и исправить различныя постановленія Юстиніана. Послѣднее сочиненіе, имѣющее значеніе относительно греческо-римскаго права есть руководство къ праву (Hexabiblos), составленное около 1345 г. *Арменопуломъ*. Это сочиненіе можно впрочемъ разсматривать какъ второе дополненное изданіе Прохейрона Василія. Послѣ паденія греческой имперіи, это сочиненіе получило въ нѣкоторыхъ отдѣльныхъ частяхъ распавшагося государства силу закона и еще теперь въ Греціи, гдѣ Базилики составляютъ самый важный источникъ права, имѣетъ значеніе свода законовъ.

---

(70) *Reitz*, Theophili antecessoris paraphrasis graeca etc. Hag. 1751, переведенное на нѣмецкій языкъ въ 1823 г. *Вюстеманомъ*.

(71) Полнѣйшее изданіе вмѣстѣ съ толкованіемъ и латинскимъ переводомъ сдѣлалъ Heimbach (7 B. 1833—1845). Употребленіе византійскихъ источниковъ въ Юстиніановомъ правѣ трояко, именно: *Пополненіе* пробѣловъ, преимущественно въ кодексѣ и новеллахъ; *критика* и *толкованіе* отдѣльныхъ мѣстъ. См. Puchta, Cursus I. S. 719.

Послѣ завоеванія Турками Константинополя въ 1453 г. Римско-Греческое право осталось дѣйствующимъ только у христіанскаго народонаселенія, которое предоставило разрѣшеніе своихъ тяжбъ судамъ духовенства, причемъ наука права совершенно упала.

II. На западѣ.

Болѣе высокая задача относительно Римскаго права выпала на долю странъ запада, въ которыхъ оно частью удержало свое прежнее значеніе, частью, вслѣдствіе своего внутренняго достоинства, пріобрѣло его. Италія, родина этаго права, въ продолженіе распаденія римской имперіи и основанія на развалинахъ послѣдней новыхъ государствъ, должна была ближе всего сохранить это право и сдѣлаться его фокусомъ, изъ котораго оно потомъ распространило свои лучи по всѣмъ направленіямъ.

Распаденіе государства на двѣ половины, совершившееся по смерти Ѳеодосія въ 395 г. имѣло мало вліянія на частное право. Точно также побѣдоносное вторженіе германскихъ племенъ, основавшихъ въ южной Галліи и Италіи новыя государства, не повело за собою уничтоженія частнаго права, потому что побѣдители чтили *личныя права* побѣжденныхъ и позволяли послѣднимъ жить по своему праву, точно также какъ сами регулировали свои правовыя отношенія своими обычаями; такъ что напр. въ одномъ и томъ же городѣ римляне жили по своему праву, германскія же племена по своимъ обычаямъ. Но вскорѣ, болѣе развитое Римское право взяло перевѣсъ. Потому, когда Остъ-Готы основали въ Италіи Остъ-Готское государство, *Теодорикъ* I-й приказалъ сдѣлать извлеченіе (конечно краткое и неполное) изъ тогдашнихъ источниковъ Римскаго права. Это извлеченіе было обнародовано въ 500 г. подъ заглавіемъ Edictum Teodorici, которому должны были подчиняться *всѣ*, безъ исключенія, подданные государства. Но когда Италія была снова завоевана въ 553 г. Нарзесомъ, то этотъ эдиктъ Теодорика былъ вытѣсненъ кодексомъ Юстиніана.

Въ другихъ, вновь основавшихся, государствахъ появлялись въ это время отдѣльныя собранія права, частью собранія германскаго обычнаго права (leges barbarorum) для племенъ германскихъ, частью же собранія дѣйствующаго римскаго права (leges Romanae) для Римлянъ. Самымъ важнымъ lex Romana былъ тотъ, который обнародовалъ Аларикъ II-ой для Римлянъ Вестъ-Готскаго государства, (столицей котораго была Тулуза въ южной Галліи). Этотъ сборникъ права былъ составленъ комиссіей ученыхъ юристовъ и утвержденъ въ 506 г. на собраніи епископовъ и дворянства. Это «Breviarium Alaricianum», называемое также «Lex Romana Wisigothorum», содержитъ въ себѣ извлеченія изъ кодексовъ Ѳеодосія, Грегоріана и Гермогеніана и изъ сочиненій Папиніана. Самый же бѣдный, изъ такихъ сборниковъ права, былъ возникшій нѣсколько позднѣе (около 517 г.) «Lex romana Burgundionum», называемый также «Papianus».

Послѣ того, какъ рушилось въ 553 г. Остъ-Готское государство, въ Италіи стало дѣйствовать Юстиніаново собраніе права, которое не потеряло совершенно своего владычества ни во время господства Лонгобардовъ (начав. въ 568 г.), ни позднѣе, во время господства Франковъ и Папъ. Преимущественно же знаніе римскаго права сохранялось въ школахъ и ученыхъ учрежденіяхъ, изъ которыхъ существовавшія въ Римѣ и Равеннѣ, какъ кажется особенно посвѣщали себя изученію права (72).

Такимъ образомъ много столѣтій прошло только въ поддержаніи и сохраненіи

---

(72) См. *Savigny* Geschite des römischen Rechts im Mimelalter I. Bd. 1815—1831; второе изд. первыхъ трехъ частей 1834 г.

переданнаго матеріала. Но въ началѣ XII-го столѣтія вообще въ наукахъ начинаетъ пробуждаться новый духъ изслѣдованія. Подобно тому, какъ въ Парижѣ вокругъ *Абеляра* (Abelard 1079—1142) собирались со всѣхъ сторонъ любознательные ученики слушать теологію и философію, — въ Болоньѣ была основана около 1120 г. *Ирнеріемъ* (Irnerius) школа ученыхъ юристовъ, распространившаяся потомъ изъ Болоньи и въ другія мѣста, и развившая, слѣдуя новому направленію относительно разработки и пониманія богатаго юридическаго матеріала, ту духовную силу, которая не обладая никакими литературными и историческими пособіями, только посредствомъ проницательности, способности правильнаго сопоставленія и практическаго такта, явилась какъ бы возрожденіемъ естественнаго римскиго пониманія права (73) и пріобрѣла сильное вліяніе на все дальнѣйшее развитіе науки права, — вліяніе, продолжающееся до настоящаго времени. Эти ученые юристы назывались, Глоссаторами, потому что они corus juris, (названіе имя данное), содержащій въ себѣ дигесты, кодексъ, 97 новеллъ и институціи (также и libri foedorum, заключающія въ себѣ ленное право) снабжали длинными комментаріями, замѣчаніями, называемыми галоссами. Эти глоссы были собраны послѣднимъ знаменитымъ глоссаторомъ *Аккурсіемъ* (Accursius 1260). Такимъ образомъ глоссированный Corpus juris сдѣлался позднѣе употребительнымъ въ судахъ, примѣнявшихъ на практикѣ только тѣ тексты которые были глоссированны. Quod non agnoscit glossa, non agnoscit curia.

За эпохой глоссаторовъ слѣдуетъ новое время отъ XIII-го до конца XV-го столѣтія, которое, по совпаденію съ эпохой *схоластической философіи*, можно назвать *схоластической* эпохой *науки права*. Главными представителями этой эпохи были *Бартолусъ* (Bartolus 1357), отъ котораго произошли Бартолисты и *Бальдусъ* (Baldus 1400).

Между учениками глоссаторовъ находилось также много иностранцевъ, посредствомъ которыхъ роспространилось потомъ знаніе римскаго права и любовь къ изученію его во Франціи, Нидерландахъ, Испаніи, и нѣсколько позднѣе въ Германіи. Въ особенности Римское право весьма рано утвердилось во Франціи, гдѣ въ южной части ея, какъ pays de droit ecrit, оно было дѣйствующимъ въ противоположность Сѣверной части Франціи, какъ pays coutumier. Людовикъ Святой (1226—1270) приказалъ сдѣлать французскій переводъ Римскаго права, и хотя Папа Гонорій II-ой (1220), вслѣдствіе пренебреженія каноническимъ правомъ запретилъ изученіе римскаго права въ Парижѣ, но это запрещеніе неимѣло никакаго дѣйствія. Въ концѣ XVI-го столѣтія выступаютъ во Франціи два знаменитыхъ ученыхъ юриста *Яковъ Куйяціусъ* (Jaques Cujacius 1590), основатель новаго *екзегетическаго* и *историческаго* метода и *Доно* (Donellus 1591), первый, отлично обработавшій Римское право *догматически*.

За тѣмъ Римское право было обработываемо научно въ Нидерландахъ. Замѣчательнѣйшими учеными юристами этой страны были: *Арнольдъ Виннiусъ* (Arnold

---

(73) Глоссаторы хотя и до такой степени обладали малыми историческими свѣденіями, что напр. глосса къ 47 Nov. c. 1. ставитъ Юстиніана современникомъ Іисуса Христа, но тѣмъ неменѣе они являются съ хорошей стороны тѣмъ, что старались проникнуть въ принципы Римскаго права и постоянно обращали вниманіе на практическія жизненныя потребности. Замѣчательнѣйшими изъ глоссаторовъ были: *Guanerius* или *Irnerius* (1140) *Burgarus* (1166), *Martinus Gasia* послѣдніе два не сходясь въ спорныхъ пунктахъ права образовали двѣ школы, изъ которыхъ на школу *Бургаруса* обращается особенное вниманіе въ глоссѣ *Аккурсіуса*, между тѣмъ какъ школа *Мартиуса* получила особенное преимущество въ каноническомъ правѣ. Затѣмъ, замѣчательны также слѣдующіе глоссаторы: *Hugo de Porta Ravenate* (1168), *Jacobus de Porta Rav.* (1178), *Albericus de Porta Rav.*, *Azo* (1229), *Jacobus Balduin* (1235), *Accursius* (около 1260), *Odofredus* (1565).

Vinnius 1588—1657), *Нодтъ* (G. Noodt 1725), *Ант. Шультингъ* (Ant. Schulting 1734) и *фанъ-Бинкерсгекъ* (van Bynkershoek 1734).

Въ Германіи римское право, въ особенности вслѣдствіе своего внутренняго достоинства и того, что римско-нѣмецкая имперія считалась какъ бы продолженіемъ имперіи римской, — проникло въ суды, гдѣ оно примѣнялось на практикѣ еще задолго до 1495 г., когда были установлены имперскіе суды (Reichskammergerichte) и изданъ «Reichs-Kammer-Gerichts»-Ordnung котораго § 3 велитъ судьямъ (восьми ученымъ докторамъ иностранныхъ правъ и восьми рыцарямъ, которые неоспоримо, были представителями нѣмецкаго права) судить «по имперскому и общему праву» («nach dés Reichs und gemeinen Rechten»).

Въ Германіи, гдѣ римское право было разработано позднѣе нежели въ другихъ странахъ, оно должно было получить самое важное практическое преобразованіе, но также и отпраздновать свое высшее научное возрожденіе не для того, чтобы на всегда заградить путь образованію національнаго законодательства, но для того, чтобы способствовать образованію послѣдняго, своей уже испытанной, духовной силой. Такъ какъ Германскіе народы разрушили Римскую имперію и вмѣстѣ съ тѣмъ совершили преобразованіе ея посредствомъ новыхъ элементовъ, то кажется задачею Германскаго духа сдѣлалось: освободить Римское право, — уже лишенное кононическимъ правомъ, во многихъ своихъ ученіяхъ, rigor civilis, какъ выражалась церковь, — отъ его односторонности; преобразовать его новыми элементами Германскаго права, и наконецъ признать и обработать его если не какъ отдѣльную науку, то во всякомъ случаѣ, какъ составную часть высшей науки права.

Въ процессѣ развитія римскаго права на германской почвѣ можно различать многія эпохи, между которыми особенно важна послѣдняя, характеризующая германскій духъ *философскимъ* направленіемъ и вліяніемъ философіи на обработку римскаго права.

Первая эпоха научной обработки римскаго права, — послѣ того, какъ оно проникло въ практику и сдѣлалось вспомогательнымъ и дѣйствующимъ правомъ для всѣхъ правовыхъ отношеній, для которыхъ Германское право не представляло собственныхъ нормъ, — начинается въ началѣ седьмаго столѣтія возбужденіемъ многихъ нѣмецкихъ ученыхъ, которое пришло къ нимъ изъ заграницы — отъ французовъ Куйяція и Доно, — отъ Голландцевъ Винніуса и Нодта. Въ эту эпоху, которую можно продолжить до *Лейбница* или до *Томазія*, если еще точно и не изслѣдуется отношенія Римскаго права къ Германскому, то уже посредствомъ практики сознается различіе и необходимость измѣненія чужаго права. Хотя въ эту эпоху Римское право является просто, какъ jurisprudentia romana in foro germanico, но уже и здѣсь оказывается собственно нѣмецкое научное направленіе, потому что при сочиненіи книгъ римскаго права стали держаться такъ называемаго легальнаго порядка, а стремленіемъ составлять сборники изъ однородныхъ научныхъ юридическихъ положеній *подготовляется систематика* права.

Вторая эпоха начинается собственно *Лейбницемъ*, потому что онъ какъ своимъ философскимъ ученіемъ о правѣ, такъ и своимъ сочиненіемъ «nova methodus docendae discendaeque jurisprudentiae», изданнымъ въ 1668 г. подѣйствовалъ на своего современника *Томазія*, и посредствомъ *Вольфа*, распространителя его философскаго ученія, пріобрѣлъ значительное вліяніе на науку права во всемъ ея цѣломъ. Съ этой второй эпохи начинается собственно *философское* направленіе, которое представляетъ конечно различныя фазы, *формально-логическое*, *догматическое* и болѣе *критическое*; но эти направленія всегда оставались преимущественно *внѣшними*, потому что онѣ еще мало касались *внутренней* сущности институтовъ права. Эта эпоха заключаетъ въ себѣ школу Вольфа и отчасти школу Канта и продолжается до возникновенія школы *исторической*.

Томазій (жив. отъ 1655—1728 г.), какъ справедливо замѣчаетъ Гуго, произвелъ революцію во всей германской наукѣ права. Ревностный поборникъ противъ процессовъ о колдунахъ и вѣдьмахъ, противъ пытки и многихъ другихъ предразсудковъ, Томазій первый сталъ читать лекціи права на нѣмецкомъ языкѣ и далъ весьма сильный толчекъ къ болѣе глубоко-научной и къ болѣе методической обработкѣ права.

Теперь выступаютъ на поприщѣ науки права слѣдующія весьма замѣчательныя личности: *Гейнекціусъ* (Heineccius 1741), имѣвшій весьма продолжительное вліяніе въ эту эпоху; оба Бёмера (Böhmer) отецъ и сынъ фонъ-Лейзеръ (v. Leyser 1752); С. фонъ-Кокцеи (Sam. v. Cocceji 1755); *Бахъ* (Ioh. Aug. Bach 1758) замѣчательный какъ историкъ права; *Гельфельдъ* (Hellfeld 1782) замѣчательнѣйшій изъ ученыхъ, излагавшихъ пандекты въ руководствахъ; затѣмъ замѣчательнѣйшіе ученые обработовавшіе науку права болѣе догматически *Вестфаль* (Westphal 1792), *Гофакеръ* (Hofacker 1797), *Гёпфнеръ* (Höpfner 1797), *Кохъ* (Koch 1808) и *Глюкъ* (Glück 1831). Въ эту эпоху римское право выступаетъ впередъ, какъ важнѣйшая часть общаго права, въ теоріи и практикѣ и вытѣсняетъ изъ послѣдней многіе нѣмецкіе институты права, замѣняя ихъ подобными римскими (такъ напр. система общаго владѣнія имуществомъ супруговъ замѣняется римской системой приданнаго, рентная купля процентнымъ займомъ). Но тѣмъ неменѣе сознаніе различія между римскимъ и германскимъ правомъ становится все яснѣе и яснѣе; нѣмецкое право точно также дѣлается предметомъ научной обработки и преподаванія. *Гертнеръ* (Gärtner) и *Шильтеръ* (Schilter) издали—первый Саксонское зерцало,—второй Швабское зерцало: *Гейнекціусъ*, *Шюттеръ* и *Рунде* писали руководства нѣмецкаго частнаго права. Но вмѣстѣ съ пробужденіемъ нѣмецкаго духа къ научной обработкѣ нѣмецкаго права, уясняется все болѣе и болѣе также и то, что римское право примѣнимо только отчасти и, что многія опредѣленія его не приложимы совершенно. Въ это же самое время во многихъ государствахъ является мысль о нѣмецкомъ законодательствѣ. Такіе кодексы, — хотя содержащіе въ себѣ еще дѣйствующее римское право, различныя по отношенію къ послѣднему и по своему достоинству, — были изданы въ Баваріи, Пруссіи и Австріи.

Критическая Философія *Канта* ближе всего оказала существенное вліяніе на *Гуго*, который первый новымъ духомъ критики очистилъ всю тогдашнюю науку римскаго права отъ унаслѣдованныхъ заблужденій, потому что онъ истинно по Кантовски, — какъ выражается о немъ Савиньи, «допрашивалъ каждое понятіе, каждое положеніе права объ его происхожденіи». Впрочемъ Философія Канта на обработку римскаго права оказала преимущественно только *формальное* вліяніе, которое проявилось въ догматической обработкѣ, въ систематическихъ учебникахъ и руководствахъ, хотя и свободныхъ отъ такъ называемаго легальнаго порядка, но также весьма часто произвольно раздѣляющихъ римское право на основаніи лишь нѣкоторыхъ внѣшнихъ формально-логическихъ понятій. Самые блестящіе представители такаго направленія и такихъ сочиненій были: *Гейзе* (Heise 1851), *Швеппе* (Schwepppe 1829), *Маккельдей* (Mackeldey 1834), отчасти *Мюленбрухъ* (Mühlenbruch 1843), особенно же *Тибо* (Tibaut 1772—1840).

Третья эпоха начинается *исторической* школой, — которая въ наукѣ права есть только выраженіе, вслѣдствіе необходимости возникшаго общаго направленія духа времени, —введенной и получившей основаніе посредствомъ критической и полемической дѣятельности *Гуго* (1764—1846), начавшейся уже въ 1788 г. Научно же эта школа была создана, приведена въ систему и доведена до своего апогея, критическо-историческимъ духомъ *Савиньи*. Сочиненіе Савиньи «Über das Recht des Besitzes» (появившееся въ первый разъ въ 1803 г.) сдѣлалось научнымъ руководителемъ новаго направленія. Какъ реакція, противъ абстрактнаго формализма школы естественнаго права и формально-философской обработки римскаго

права, историческая школа стремилась посредствомъ исторіи, (которую уже Куйяціусъ называлъ «своимъ золотымъ крюкомъ») понять это право *само изъ себя* (aus sich selbst), по собственному духу его институтовъ и научныхъ положеній,— и посредствомъ исторической обработки самыхъ малѣйшихъ индивидуальныхъ частностей, возстановить это право во всей его индивидуальной цѣлостности.

На зовъ, особенно громко раздавшійся послѣ сверженія въ 1814 г. чужезем-наго ига, на зовъ къ составленію общаго нѣмецкаго законодательства (Тибо) историческая школа выступила съ своей теоріей, избѣгающей новаго творчества въ правѣ и признающей постепенное его образованіе; указала ошибки, сдѣланные новыми законодательствами и требовала, чтобы было обращено большее вниманіе на сокровище, заключающееся въ болѣе здоровыхъ и болѣе постоянныхъ правовыхъ понятіяхъ, данныхъ правомъ римскимъ. Хотя уже *Эйхгорнъ* въ своей нѣмецкой «Staats-und Rechtsgeschichte» далъ толчекъ болѣе глубокой исторической обработкѣ нѣмецкаго права, тѣмъ неменѣе научная дѣятель-ность была направлена преимущественно на римское право, причемъ нѣмецкое право было очевидно отодвигаемо на задній планъ. Точно также въ практикѣ, римское право вытѣсняло многія понятія, которыя противорѣчили ему, или основывались на ложномъ пониманіи его, не смотря даже на то, что эти понятіи имѣли существенную точку опоры въ нѣмецкомъ правѣ или въ обычаѣ. Теперь, казалось, нѣмецкому праву, вслѣдствіе ложнаго пониманія его отношенія къ пра-ву римскому, грозила опасность погибнуть. Это вызвало противъ римско-пра-вовой исторической школы — романистовъ реакцію со стороны нѣмецко-право-вой исторической школы — германистовъ (74), которая, также посредствомъ бо-бѣе глубокой исторической обработки институтовъ нѣмецкаго права, старалась основательнѣе понять существо послѣдняго и придать значеніе этому праву въ практикѣ. Эта *противоположность* между романистами и германистами прошла въ свою очередь также многія фазы развитія и послѣ сближенія обѣихъ сторонъ вскорѣ возникла еще болѣе ожесточенная борьба за принципы, потому что юная школа германистовъ стремилась совершенно преодолѣть римское право по-средствомъ дальнѣйшаго развитія нѣмецкаго права, сообразно духу послѣд-няго и практическимъ потребностямъ. Но дальнѣйшая борьбы за принци-пы, которая заставила какъ романистовъ такъ и германистовъ еще болѣе углубиться въ противоположные національные характеры того и другаго права, можетъ быть разрѣшена болѣе высокими принципами, которые могутъ быть да-ны лишь истинной философіей, понимающей существо жизненныхъ и оборотныхъ отношеній, и опирающейся на исторію и на постоянное сравненіе римскаго права съ нѣмецкимъ (75).

Новая эпоха, — стремящаяся къ внутреннему уничтоженію прежнихъ проти-воположностей, будетъ *философско-историческая*, которая, при развитіи *сравни-тельной* науки права стремится также и въ *практическомъ* отношеніи къ необ-ходимымъ реформамъ и къ составленію общаго *нѣмецкаго законодательства*. Такая эпоха, во многихъ отношеніяхъ, уже настала. Рѣзкая противоположность

---

(74) Объ этой школѣ и ея замѣчательныхъ представителяхъ см. въ концѣ исторіи нѣ-мецкаго права.

(75) Замѣчательнѣйшіе ученые въ области римскаго права, которые болѣе или менѣе держатся историческаго направленія, суть слѣдующіе: Haubold, Bethmann — Hollweg, Biener, Blume, Burchardi, Dirksen, Göschen, Elvers, Hasse, v. Löhr, Marezoll, Witte, Zimmern, Rosshirt, Schrader, Warnkönig, Walter, Wächter, Seuffert, Sinte-nis, Haimberger, Unterholzner, Francke, Ribbentrop, G. S. Puchta, Pügge, Arndts Sell, Ed. Böcking, v. Vangerow, Keller, Kierulff, Ihering, Leist и другг; — во Франціи: Klimrath, Giraud, Laboulaye и Ortolan, — въ Голландіи: Holtius, den Tex, van Assen, de Wal, Vreede; въ Бельгіи: — Molitor и Maynz.

между философской и исторической школой изчезла покрайней мѣрѣ въ томъ отношеніи, что знаменитѣйшіе представители того и другаго направленія признали необходимость связи между философіей и изученіемъ положительно-историческимъ. Но этимъ сдѣланъ только первый шагъ къ сближенію. Однако высокое не только теоретическое, но и практическое значеніе предмета, интересъ науки и искренность въ стремленіи къ истинному сближенію обѣщаютъ послѣднее, хотя въ дѣйствительности оно еще не существуетъ. Такое сближеніе впрочемъ не можетъ имѣть своею цѣлью одно только внѣшнее удовлетвореніе и одно только взаимное и совмѣстное существованіе того и другаго направленія. Историческая школа не будетъ имѣть никакого значенія когда признаютъ за ней только внѣшнее, даже равноправное существованіе, продолжая вмѣстѣ съ тѣмъ философско-правовую спекуляцію, принципы которой, — обусловливаемые жизненными отношеніями какъ совокупнымъ характеромъ народа, — постоянно находятся въ противорѣчіи съ историческими основными началами постепеннаго развитія. Столь же мало можетъ довольствоваться философія права ролью нѣкотораго рода умственной гимнастики и приложенія формальной логики къ области науки права, когда лишатъ ея права утвержденія и предъявленія понятій права, когда наконецъ отнимутъ отъ нея право оцѣнки исторіи и состоянія права въ данный моментъ времени. Философія права, не смотря на многія заблужденія, присущія крайностямъ всякаго развитія, все таки имѣетъ право сохранять достойное уваженія прошедшее и можетъ съ гордостью указать на принесенные ей результаты, заключающіеся въ распространеніи болѣе гуманныхъ юридическихъ воззрѣній, въ содѣйствіи къ уничтоженію многихъ общественныхъ золъ, въ основательномъ преобразованіи уголовнаго права и наконецъ въ новыхъ положительныхъ законодательствахъ. Но наше время требуетъ, чтобы прежнія крайности были преодолѣны не только посредствомъ индивидуальнаго нравственнаго руководящаго начала, но также и научно, посредствомъ болѣе высокаго пониманія. Такимъ образомъ эта потребность можетъ быть удовлетворена въ области науки права только посредствомъ *внутренняго* сближенія философіи права и исторически-положительнаго изученія. Для этаго съ обѣихъ сторонъ должны быть выполнены необходимыя условія.

Философія права должна показать, что выставляемое ею основное понятіе права есть *понятіе жизни*; что понятіе права, подобно тому какъ и самая жизнь опирается на болѣе высокое начало и на существенно неизмѣняемыя, основныя силы, могущія вполнѣ развиться лишь постепенно во времени, — точно также содержитъ въ себѣ высшія постоянныя основныя положенія, которыя выражаются въ жизненныхъ отношеніяхъ и развивающихся правахъ. Кантова философія права не могла выполнить этаго условія, ибо она, несмотря на многія сдѣланныя ею уравненія, несмотря на признанную за ней заслугу относительно болѣе строгаго философскаго метода и болѣе точнаго опредѣленія понятій, все таки страдаетъ важнымъ недостаткомъ, слишкомъ отдѣляя право отъ этики и понимая его независимо отъ внутренней связи съ исторіей. Гегелева философія посредствомъ другихъ значительныхъ основныхъ ошибокъ, заключающихся въ ея спекулативной теоріи прогрессивнаго развитія міроваго духа, до такой степени смѣшиваетъ между собой философію и исторію, что та и другая теряютъ свою самостоятельность и ни та, ни другая не получаютъ своего настоящаго и истиннаго значенія. Хотя Шталь, нестолько своимъ самимъ по себѣ ограниченнымъ понятіемъ права, сколько посредствомъ другихъ моментовъ, заключающихся въ его этическомъ ученіи, тѣсно соединился съ исторической школой, но тѣмъ неменѣе и здѣсь также ни философія, ни исторія не находятъ себѣ относительной самостоятельности и истиннаго удовлетворенія. Философія Краузе признала въ понятіи права самый принципъ жизни, образующійся подъ различными условіями въ развивающихся правахъ. Но съ одной стороны, — это ученіе, по своему

глубоко-философскому и этическому изложенію, почти не обратило на себя вниманія нѣмецкихъ ученыхъ права (76), въ которыхъ болѣе, нежели въ ученыхъ другихъ образованныхъ странъ, вслѣдствіе прежнихъ философскихъ заблужденій, все явственнѣе и явственнѣе выступаетъ наружу недостатокъ методическо-философскаго образованія, съ другой стороны сама эта философія права должна быть еще болѣе развита и должна точнѣе опредѣлить свое отношеніе къ исторіи. Потому въ предлагаемомъ сочиненіи дѣлается новая попытка распространить, въ этомъ отношеніи, лучшее пониманіе философіи Краузе. Изъ всего сказаннаго слѣдуетъ, что философія права выполнила, съ своей стороны, условія такого сближенія еще не совсѣмъ удовлетворительно.

Но въ свою очередь и историческая школа не проложила еще никакого пути дѣйствительному сближенію. Конечно не могло укрыться отъ проницательности замѣчательнѣйшихъ представителей этой школы то, что существуютъ основные принципы права, которые не могутъ быть пріобрѣтены посредствомъ историческаго изученія, но посредствомъ философскаго пониманія человѣческаго существа и жизни. Но когда, послѣ изложенія абстрактно-философскаго ученія о правѣ, явилась такая потребность, то оказался еще большій недостатокъ въ философскомъ методѣ и замѣчательная неопредѣленность въ радикальныхъ основныхъ понятіяхъ. Такъ у Савиньи, — который во многихъ отношеніяхъ можетъ служить истиннымъ образцомъ относительно обработки науки права, — мы хотя и видимъ массу отдѣльныхъ случаевъ подчиненными общимъ понятіямъ, но тѣмъ не менѣе встрѣчаемъ также неудовлетворительный и даже частью ошибочный выводъ идеи права изъ народнаго духа или народнаго сознанія и въ болѣе точномъ опредѣленіи права только болѣе неопредѣленное развитіе Кантова понятія. У Пухта

---

(76) *Моль*, прежде всѣхъ, въ своей рецензіи на мое соч. Rechtsphilosophie въ Heidelb. Jahrb. 1840, указавшій на значеніе ученія о правѣ и государствѣ *Краузе*, сказалъ весьма справедливо, что большая часть преподающихъ философію права не такъ то скоро позволятъ ввести себя въ заблужденіе и „усыпленіе едино-блаженными теоріями *Канта, Гегеля* и *Шталя*“. Впрочемъ между *истинными* философами произошло значительное измѣненіе: въ средѣ пресловутыхъ философскихъ мыслителей различныхъ направленій распространяется все болѣе и болѣе признаніе философіи Краузе вообще и его философіи права въ особенности. *І. Г. Фихте* въ св. System der Ethik, 1850, принялъ, по собственному признанію, весьма важныя основныя этическія понятія Краузе, точно также какъ онъ принялъ, хотя и съ небольшимъ измѣненіемъ, происшедшимъ вслѣдствіе недоразумѣнія, понятіе о правѣ Краузе. (См. объ этомъ мою Rechtsphilosophie 4. Ausg. S. 253, ff). Одинъ изъ ревностнѣйшихъ сторонниковъ (старой) Гегелевской теоріи, проф. *Эрдманъ*, въ своей Geschichte der neueren Philosophie, Bd. 3. Abth. 2, 1853, говоря весьма подробно, хотя и часто ошибочно о Краузе, называетъ Гегеля *и* Краузе двумя философами, у которыхъ новѣйшая философія, конечно въ весьма *различныхъ направленіяхъ*, о которыхъ можно быть различныхъ мнѣній, изложена въ системѣ, равномѣрно разработанной во всѣхъ частяхъ (S. 637). Къ этому онъ прибавляетъ, что относительно высшаго исторически-философскаго воззрѣнія, Краузе стоитъ выше Гегеля (S. 812), замѣчая, что Краузе пріобрѣлъ прочную извѣстность „въ области практической философіи (этикѣ и философіи права)“, какъ то ясно доказываетъ быстро возрастающее число его учениковъ и (добавляетъ Эрдманъ) — plagiarii. О философіи права Краузе, въ особенности одинъ изъ значительнѣйшихъ учениковъ Баадера и ревностный противникъ всѣхъ матеріалистическихъ направленій въ философіи, проф. *Францъ Гофманъ* въ предисловіи къ полному собранію сочиненій Баадера 1852, S. 52 говоритъ: „Какая философія права и государства была построена на болѣе глубоко обдуманномъ основаніи, и могла бы сравняться глубиною и грандіозностью съ философіей Краузе,“ прибавляя: „полное значеніе послѣдней будетъ признано лишь тогда, когда будетъ оконченъ замѣчательный трудъ проф. Аренса die Philosophie des Rechts und des Staates». Нечего удивляться, что есть недостатки и въ ученіи Краузе, которое будучи само всестороннимъ, стремясь къ полному овладѣнію предметомъ, требуетъ и отъ изучающаго его философскаго ума, видящаго отдѣльныя стороны и части въ свѣтѣ бросаемомъ на нихъ цѣлымъ, что впрочемъ вовсе не трудно при нѣкоторомъ методическомъ философскомъ образованіи.

мы находимъ еще большее возвращеніе къ субъективному ученію о правѣ, ученію, сродственному Фихте, но въ которомъ нѣтъ никакой методической точности Другіе же ученые примыкаютъ къ Шталю, а нѣкоторые къ Гегелю, но вообще примкнутіе къ той или другой философской системѣ оставалось внѣшнимъ, потому что при этомъ брались обыкновенно изъ философскихъ ученій нѣкоторыя понятія, которыя примѣнялись лишь въ случаяхъ самой необходимой потребности. Большинство же ученыхъ осталось далеко отъ всякой философской системы и заимствовало самыя необходимыя понятія у Савиньи или Пухта.

Такимъ образомъ, при настоящемъ положеніи дѣлъ, весьма мало можно бы было надѣяться на одну историческую школу, относительно большаго сближенія положительнаго права съ философіей права, если бы неуполномочивали на то другіе факты, которые все болѣе и болѣе пріобрѣтаютъ значеніе. Эти факты главнымъ образомъ суть слѣдующіе: — введенный уже школой Гегеля и продолжаемый теперь романистами, обычай составлять и излагать *основные принципы римскаго права;* потомъ продолженіе *сравненія* римскаго права съ нѣмецкимъ и новыми законодательствами, что уже отчасти выполнено германистами и въ чемъ все болѣе и болѣе чувствуется потребность; наконецъ все болѣе и болѣе приближающаяся необходимость *кодификаціи* законовъ для тѣхъ государствъ, которые еще не имѣютъ кодексовъ. Эти три обстоятельства необходимымъ образомъ ведутъ къ философіи права.

Относительно римскаго права, — которое, по его внутреннему характеру, старался понять уже Гегель, и правильно оцѣнилъ со стороны нѣкоторыхъ важныхъ моментовъ Шталь, — въ настоящее время введено исторической школой болѣе основательное, болѣе точное философско-историческое изслѣдованіе, болѣе глубоко усвоившее основныя понятія и сущность институтовъ римскаго права (77). Дальнѣйшими изслѣдованіями такого рода, а главное философско-этической оцѣнкой римскаго права все болѣе и болѣе доказывается необходимость философско-правовыхъ основаній

Но прежде нежели стали изслѣдовать подобнымъ же образомъ, по его собственному духу, и германское право, была сдѣлана попытка опредѣлить и въ главныхъ теоретическихъ чертахъ провести *разницу въ принципахъ* между римскимъ

---

(77) Это сдѣлано *Руд. Іерингомъ* въ часто цитированномъ нами его трудѣ: Geist des römishen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung. 1. Thl. 1852, 2. Thl. 1. Abth. 1854. Іерингъ относительно философскихъ основныхъ понятій держится преимущественно Гегеля, но самостоятельно примѣняетъ эти понятія къ основательно разработанному историческому матеріалу. Касательно болѣе глубокаго воззрѣнія на римское право, этотъ трудъ составляетъ эпоху; и такъ какъ въ послѣднемъ особенно хорошо очерченъ основной характеръ римскаго права въ столь важныхъ историческихъ начаткахъ его развитія, то этотъ трудъ болѣе способенъ дать понятіе о внутренней сущности важнѣйшихъ римскихъ правовыхъ институтовъ, нежели многія догматическія и другія историческія сочиненія, теряющіяся въ частностяхъ, и во всякомъ случаѣ можетъ считаться необходимымъ для полной законченности догматическаго историческаго образованія. Относительно отдѣльныхъ историческихъ выводовъ и приложенія философскихъ понятій можно держаться инаго взгляда, точно также какъ и оцѣнка римскаго права съ другой философски-правовой точки зрѣнія (см. слѣдующую главу), окажется совершенно иною. Но всякій, отыскивающій болѣе тѣсную связь философіи съ исторіей отдастъ должную дань справедливости Іерингу за то, что онъ, какъ удачно выразился Рёдеръ (Grundgedanken und Bedeutung des römischen und germanischen Rechts 1855): „высказалъ ясно и выразительно требованіе, чтобы ученые снова наконецъ обратили вниманіе на цѣлое римскаго права, на его внутреннюю связь и основную мысль и за то, что онъ весьма энергически взялъ на себя трудъ указать своимъ современникамъ, давно отвыкшимъ отъ такого занятія, путь къ достиженію подобной цѣли“.

и германскимъ правомъ (78). Но и здѣсь очевидно высказалось, что само германское право, по его собственному духу, должно быть еще глубже изслѣдовано, что сравненіе и оцѣнка того и другаго права возможны лишь на основаніяхъ философіи права, которая отыскиваетъ важныя жизненныя понятія, (исторически выражавшіяся въ римскомъ и германскомъ правѣ въ различныхъ національныхъ особенностяхъ отношеній), въ высшемъ этическомъ пониманіи человѣческой и общественной жизни и затѣмъ признаетъ необходимость пополненія существующихъ противоположностей того и другаго права (79). Самые общіе вопросы, напр. относительно того, обращаетъ ли германское право большее вниманіе на нравственныя жизненныя отношенія, нежели римское, совершенно ли далеко послѣднее отъ нравственныхъ моментовъ, (какъ ошибочно полагаютъ) допуская возникновеніе права чисто изъ произвола и т. д., могутъ быть разрѣшены лишь тогда, когда въ достаточной мѣрѣ будутъ выяснены и опредѣлены понятія права и нравственности, отношенія ихъ другъ къ другу, (что доселѣ понимается поверхностно), причина возникновенія права, цѣль права и т. д. Кромѣ того, если германское право во многихъ имущественныхъ и особенно общественныхъ отношеніяхъ и учрежденіяхъ никогда такъ абстрактно не отдѣляло имущественную сторону отъ нравственно-правовыхъ отношеній, то должно оцѣнить это различіе и наконецъ въ *настоящее время*, когда образовались многія новыя, неизвѣстныя ни римскому, ни древне-германскому праву,

---

(78) Такую попытку сдѣлалъ *C. A. Schmidt* (Oberappelationsrath zu Rostock), въ своемъ соч. Der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte 1. Bd. 1853, въ которомъ онъ желаетъ показать, что германское право основывается на принципѣ объективности, по содержанію своему *опредѣляется* и *ограничивается высшими нравственными цѣлями* людей и общества; римское же право напротивъ основано на принципѣ *субъективности*, на внутреннемъ мотивѣ *эгоизма*, и по содержанію своему, на игнорирующемъ всѣми нравственными моментами, свободномъ произволѣ субъективной воли. Шмидтъ, какъ видно и какъ оказывается при болѣе точномъ изслѣдованіи, ошибочно понялъ оба права въ ихъ полной противоположности. Онъ опирается при этомъ (съ чѣмъ вѣроятно согласятся и другіе) на понятіе о субъективномъ и объективномъ принципѣ права, понятіе, развитое мною исторически во введеніи къ четвертому изданію моей Rechtsphilosophie (о которой онъ впрочемъ нигдѣ не упоминаетъ). Но между тѣмъ какъ я обозначилъ эту противоположность, указавъ истину и ложность противоположныхъ сторонъ, доказавъ необходимость *этически-органическаго* воззрѣнія на право, Шмидтъ желаетъ придать значеніе одному объективному и нравственному принципу, находя осуществленіе его въ германскомъ правѣ, и вслѣдствіе такой то односторонности онъ пришелъ къ тѣмъ важнѣйшимъ ошибочнымъ выводамъ, за которые подвергся строгому осужденію въ особенности со стороны романистовъ. Тѣмъ не менѣе трудъ Шмидта остается весьма достойнымъ уваженія, вслѣдствіе того, что онъ во всякомъ случаѣ указываетъ на важныя принципіальныя различія между римскимъ и германскимъ правомъ, а также и на значеніе нравственнаго момента въ правовой жизни, возбуждая вмѣстѣ съ тѣмъ мысль къ дальнѣйшему изслѣдованію даже тамъ, гдѣ онъ высказываетъ несостоятельные взгляды. О сочиненіи Шмидта см. рецензію *Эсмарха* въ «allgemeinen Monatschrift für Wessenschaft und Litteratur», Dezembr. Heft. 1853.—О трудахъ Игеринга, Шмидта и Ленца и статьѣ Эсмарха кромѣ сочиненія *Редера* см. статью Кунца въ kritischer Ueberschau der Gesetzgebung und Rechtswissenschaft». 2. Bd. S. 173—228.

(79) Такой точки зрѣнія держится *Рёдеръ* въ своемъ соч. Grundgedanken und Bedeutung des römischen und germanischen Rechts zur Vermittlung der historischen und philosophischen Rechtsansicht und zur Empfehlung rechtsvergleichender Vorträge 1855. Въ этомъ сочиненіи, въ которомъ дѣлается сравнительная оцѣнка рѣшенія вопроса, главнѣйшихъ воззрѣній Игеринга, Шмидта, Ленца и Эсмарха, хорошо въ особенности очерченъ, съ приведеніемъ историческихъ основаній и положительныхъ доказательствъ, основной характеръ германскаго права, чѣмъ этотъ трудъ и отличается отъ воззрѣнія Шмидта тѣмъ болѣе, что Рёдеръ смотритъ на римское и германское право какъ на два права, служащія для взаимнаго пополненія, въ главныхъ частяхъ уже осуществившагося въ исторіи нѣмецкой правовой жизни.

оборотныя отношенія, — то все имущественное право въ вещномъ и облигаціонномъ правѣ должно быть понимаемо и развиваемо съ полнымъ знаніемъ *народно-хозяйственныхъ* отношеній и сообразно имъ, что такъ часто упускалось изъ виду при юридическомъ образованіи.

Наконецъ, въ слѣдствіе увеличивающейся запутанности права, въ большей части нѣмецкихъ государствъ начинаетъ все болѣе и болѣе проявляться потребность *общаго*, если бы даже по системѣ нѣмецкаго партикуляризма назначеннаго для нѣкоторыхъ государствъ законодательства (80), неизбѣжность чего неотрицаютъ болѣе проницательные романисты. Но составленіе такого законодательства еще и въ настоящее время представляетъ дѣло немалаго труда, потому что римско-историческая школа даже и въ наукѣ, сравнительно съ силами употребленными ею на изученіе римскаго права, сдѣлала для того весьма мало, потому что она, вмѣсто того, чтобы смотрѣть на римское право съ точки зрѣнія жизни, саму жизнь разсматривала съ точки зрѣнія римскихъ понятій. Но эти понятія, если ихъ болѣе правильно и точнѣе разсмотрѣть, даже сообразно духу римскаго права, по своей односторонности, въ той же мѣрѣ негодны для новыхъ законодательствъ, въ какой оказались негодными и для прежнихъ, которыя должны были, относительно самыхъ важныхъ моментовъ обратиться къ понятіямъ германскимъ. Но наука еще до сихъ поръ не выравнила противоположности римскаго и германскаго права. Потому опыты новыхъ законодательствъ нашли только слабую опору въ новой нѣмецкой наукѣ и должны были примкнуть къ новымъ законодательствамъ, (весьма часто несправедливо осуждаемымъ), возникшимъ подъ вліяніемъ прежнихъ теорій философіи права, главнымъ же образомъ къ основнымъ положеніямъ австрійскаго законодательства, положеніямъ болѣе общимъ, но также и поражающимъ своею абстрактностью. Напротивъ, если бы была болѣе развита *сравнительная* наука права, не вредя тѣмъ основательному изслѣдованію римскаго и нѣмецкаго права, но оцѣнивая то и другое сообразно теперешнимъ жизненнымъ и оборотнымъ отношеніямъ, то наука сдѣлалась бы истинной помощницей жизни и дала бы новымъ законодательствамъ не только руководящіе принципы, но и самый матеріалъ, годный къ употребленію. Такая сравнительная наука уже давно съ успѣхомъ стала примѣняться въ правѣ уголовномъ, потому что новое развитіе этой отрасли права обязано философіи права. Уголовное право дѣйствительно все болѣе и болѣе стало обрабатываться и развиваться въ философскомъ духѣ. Но относительно области гражданскаго права, потребность такой сравнительной науки остается насущной необходимостью, не только для составленія новыхъ законодательствъ, но также и для преобразованія кодексовъ, уже существующихъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ и философіи права предстоитъ новая и болѣе высокая задача. Если прежде, при своемъ несравненно меньшемъ развитіи, философія права существенно споспѣшествовала положительному законодательству, то теперь, когда въ ней само право понимается въ внутренней связи съ жизнью и постоянно развивающимися жизненными отношеніями, когда въ ней выставляется высшій масштабъ относительно сравненія, оцѣнки и выбора различныхъ правовыхъ понятій,—она должна подготовлять законодательную дѣятельность и содѣйствовать ей, чтобы существующія законодательства были преобразовываемы не только сообразно прежнему одностороннему праву, но также въ зависимости отъ прогрессирующаго духа и дѣйствительныхъ потребностей жизни.

---

(80) Относительно кодификаціи см. въ концѣ исторіи нѣмецкаго права.

ГЛАВА IV.

КРАТКАЯ ФИЛОСОФСКАЯ ОЦѢНКА РИМСКАГО ПРАВА (81).

Оцѣнка римскаго права заключаетъ въ себѣ: 1) *Историческое* обсужденіе римскаго права, съ одной стороны относительно задачи, которую оно исполнило во всемірной исторіи, съ другой относительно его внутренняго значенія и историческаго развитія; 2) *оцѣнку* Римскаго права по его содержанію и формѣ; 3) *вліяніе*, которое оно имѣло на развитіе права многихъ новѣйшихъ народовъ и особенно на развитіе нѣмецкаго права и *значеніе* его въ правовой жизни и наукѣ въ *настоящее время*.

§ 1. *Историческая оцѣнка.*

1. Всемірно-историческую задачу и дѣйствіе римскаго духа видятъ, въ новѣйшее время по примѣру Гегеля, почти всѣ въ реализаціи идеи права (82). Но чтобы это воззрѣніе не противорѣчило исторіи и обще принятой истинѣ, что каждый народъ, согласно съ своимъ воззрѣніемъ на жизнь и съ своимъ характеромъ, регулируетъ, посредствомъ права, такъ или иначе, существенныя жизненныя условія и что вообще право есть внѣшнее выраженіе жизни и характера, то это воззрѣніе слѣдуетъ ограничивать такимъ образомъ, что духъ римскаго народа выработалъ самостоятельность права только въ сферѣ государственнаго и частнаго права и въ особенности развилъ послѣднее.

Это стремленіе римскаго народа къ развитію государства и права, ни въ какомъ случаѣ нельзя объяснять происхожденіемъ римскаго государства, ни его разбойничимъ началомъ (какъ ошибочно полагалъ Гегель), ни тѣмъ обстоятельствомъ, что, сложившись изъ различныхъ національностей, въ немъ должно было сгладиться ограниченно—національное. Это стремленіе можетъ быть объяснено только внутренними причинами: преобладающимъ въ римскомъ народѣ направленіемъ къ внѣшнимъ конечнымъ и условнымъ жизненнымъ отношеніямъ; стремленіемъ подчинить все внѣшнимъ жизненнымъ цѣлямъ; обнять все яснымъ разсудкомъ и выполнить все по средствомъ сильной дѣятельной воли. Это направленіе повлекло за собою отдѣленіе государственной правовой жизни отъ *религіи* и частію даже отъ обычаевъ и *нравственности*, и сдѣлало римскій народъ

---

(81) См. объ этомъ вообще: *Hegel*, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, 2. Aufl. 1846; *Gans* Erbrecht passim; *Stahl* Rechsphilosophie II, 1 Anhang; въ особенности *Ihering*.

(82) *Шталь* говоритъ: „въ настоящее время распространилось воззрѣніе, что римское право во всемірной исторіи прежде всего и преимущественно сдѣлало идею права реальной“, и потомъ прибавляетъ въ примѣчаніи: „это воззрѣніе, къ которому привели великія историческія изслѣдованія нашего времени, первый разъ ясно и точно высказано Гегелемъ“, добавляя однако, „что онъ находитъ несправедливой и ложной этическую оцѣнку, сдѣланную Гегелемъ относительно римлянъ въ противоположность грекамъ.“

абстрактнымъ, государственнымъ и правовымъ народомъ древности. Это направленіе высказывается весьма рано въ воззрѣніи на жизнь и право и обозначается все яснѣе и яснѣе, какъ мы то сейчасъ покажемъ, начавъ съ *религіи*. Какъ вообще въ первобытной жизни всѣхъ народовъ, такъ и у древнихъ Римлянъ религія, обычай, государство и право являются въ тѣсной связи между собою. Но уже при самомъ началѣ виденъ перевѣсъ на сторонѣ государственной жизни. Религіозное начало было ослаблено переселеніями, изъ которыхъ образовался Римъ, и при устройствѣ новой, слагавшейся изъ различныхъ элементовъ, общественной жизни всѣ нравственныя силы должны были сосредоточиться на устройствѣ государственнаго порядка. Такимъ образомъ религія и культъ приняли характеръ внѣшности у Сабинянъ и Латинянъ, имѣвшихъ много общаго съ родственными имъ арійскими (индо-европейскими) племенами — Индійцами, Персами и Греками. Такъ поклоненіе звѣздамъ и огню, которое выразилось въ Римѣ въ священномъ служеніи огню на алтаряхъ Весты (Εστια) и въ очистительныхъ жертвоприношеніяхъ (lustratio) (83). Колонія Этрусковъ, вышедшая изъ нѣкогда цвѣтущаго, но тогда уже находившагося въ состояніи упадка, государственнаго быта, безъ всякаго сомнѣнія внесла въ Римъ много готоваго искусства, а также государственную мудрость и искусство управленія; но вмѣстѣ съ тѣмъ кромѣ мрачнаго, приближающагося къ волшебству, культа, (который однако не усвоился Римской жизнью), Этруски сообщили Римлянамъ внѣшнія религіозныя обряды и церемоніи, которые и самими Римлянами считаются занесенными изъ этрусской столицы Церы. При такомъ ослабленіи и внѣшнемъ направленіи религіи и культа, при стремленіи къ развитію государства, стремленіи дѣлающемся все болѣе и болѣе сильнымъ и поглащающимъ всѣ силы, религія не могла конечно имѣть руководящаго или положительнаго вліянія, не смотря на то, что она до такой степени сохранила свое значеніе до конца республики, что никакое важное дѣйствіе непредпринималось безъ участія религіи. Но первое побужденіе, инціатива въ Римѣ принадлежитъ всегда государству и его государственнымъ властямъ. Первоначально самъ царь есть верховный жрецъ rex sacrorum (слово rex производится отъ ρεζειν приносить жертву) но во отношеніи наружныхъ формъ онъ подчиняется pontifex maximus. Съ уничтоженіемъ царской власти назначили особеннаго rex sacrorum. Чисто жреческія должности какъ напр. Фламины, коллегіи Саліевъ (жрецовъ Марса) и Арваловъ (жрецовъ Цереры и Бахуса) въ началѣ были такъ незначительны, что ихъ не коснулась борьба партій; между тѣмъ какъ коллегіи верховныхъ жрецовъ, имѣвшихъ политическое значеніе въ международныхъ отношеніяхъ и хранившихъ книги Сивиллы (84), сдѣлались предметомъ знаменитой борьбы плебеевъ за право вступать въ эти коллегіи. Но эти должности никогда неимѣли imperium, этой власти, почерпающей инціативу изъ самой себя, которой были снабжены всѣ гражданскія функціи. Вліяніе этихъ жреческихъ коллегій и жрецовъ *обусловливалось требованіемъ государственной власти, которая приглашала ихъ* вступать въ отправленіе ихъ *должностей*. Jus Sacrum, до тѣхъ поръ пока вообще существовали религіозныя вѣрованія, имѣло

---

(83) Можно видѣть общую основную черту индо-европейскихъ народовъ въ отличіе отъ семитическихъ, и въ томъ, что религія и жречество, не смотря на ихъ значеніе въ жизни индо-европейскихъ народовъ, никогда не имѣли господствующаго положенія въ государствѣ. По этому при вышеупомянутомъ направленіи Римлянъ слѣдуетъ взять въ соображеніе и ихъ племянной характеръ.

(84) О жреческихъ должностяхъ и вообще объ Jus Sacrum см. *Göttling* Geschichte der röm. Staats-Verfassung 1840 S. 167—215. Весьма важны въ этомъ отношеніи также сочиненія: *Ambrosch*, Studien und Andeutungen im Gebiete des altrömischen Bodens und Cultus, 1839 г; его же Religionsbücher der Römer 1843 г. также *Rubino* Untersuchungen über römische Verfassung und Geschichte 1840, и *Jhering* ib. S. 256 ff.

большое значеніе и объявленный sacer исключался изъ всѣхъ Sacris; но лишь законодательство сдѣлало это sacer esto средствомъ наказанія. Понтифексы (85) хотя и имѣли право освобождать отъ наказанія, но для этаго требовалось еще согласіе народа. Фиціалы также вступали въ отправленіе своей должности по востребованію и при истолкованіи авспицій. Подобно тому какъ вообще во всѣхъ религіозныхъ дѣйствіяхъ проявляется юридическій оттѣнокъ (86), имѣетъ значеніе основное положеніе закона, по которому предыдущее предзнаменованіе уничтожается послѣдующимъ, такъ что вся сущность авспицій зависѣла отъ тѣхъ, на которыхъ лежала обязанность поддерживать. совершать, продолжать и толковать ихъ. При этомъ, съ историческимъ развитіемъ и при борьбѣ партій, религіозныя вѣрованія слабѣли все болѣе и болѣе. Уже во время царей замѣтно значительное измѣненіе религіознаго духа и перевѣсъ политическаго направленія. которое во время республики выражается рѣшительнымъ пренебреженіемъ къ религіи (87). Хотя патриціи остались хранителями религіознаго принципа, но лишь въ видахъ сословнаго интереса. Религія замѣшалась въ борьбу партій и все болѣе и болѣе подчинялась политическимъ цѣлямъ, такъ что всякая побѣда плебеевъ была проигрышемъ для религіознаго принципа, пока наконецъ и государство и религія не рушились разомъ.

Римское воззрѣніе на отношеніе государства къ религіи должно быть разсматриваемо и само по себѣ и въ своихъ послѣдствіяхъ. Въ сравненіи съ востокомъ, относительно самостоятельности правовой и государственной жизни, по отношенію послѣдней къ религіи и ея органамъ, Римъ сдѣлалъ существенный успѣхъ, при чемъ весьма вѣрно выражается политическій тактъ тѣмъ, что этимъ органамъ не дано никакой внѣшней власти. Но такъ какъ съ одной стороны въ недостаткѣ истинной религіозности, вообще свойственномъ политеизму, слѣдуетъ искать коренную причину порчи, точно также, — въ совершенной несамостоятельности всѣхъ органовъ облеченныхъ религіозными функціями, — въ отказѣ

---

(85) *Mommsen* (*ib.* S. 117) характеризуетъ практическое вліяніе религіи слѣдующимъ образомъ: „жрецы, именно понтифексы, пользовались страхомъ народа передъ богами для того чтобы придать большее значеніе нравственнымъ обязанностямъ, въ особенности тѣмъ которыя, какъ казалось имъ, недостаточно гарантированы правомъ. Такъ напр. за запашку межи, за ночной грабежъ хлѣба на кораю, за оскорбленіе личности царя, кромѣ гражданскаго наказанія оскорбленнаго божества грозило еще проклятіе, соединенное съ изгнаніемъ. Но и въ случаяхъ, не имѣвшихъ общественнаго характера, когда напр: мужъ продавалъ жену, отецъ женатаго сына, когда сынъ или невѣстка били отца или свекора, когда хозяинъ не держалъ слова даннаго гостю, виновный хотя и оставался безнаказаннымъ по гражданскому праву, тѣмъ не мѣнѣе подвергался проклятію боговъ. Нельзя однако сказать чтобы такой проклятый (sacer), находящійся въ немилости у боговъ, лишался всякаго покровительства законовъ. Такое постановленіе, противное всякому гражданскому порядку, встрѣчалось у Рямзянъ исключительно во время политическихъ смутъ для того, чтобы усилить наказаніе изгнанія, и не вытекаетъ изъ того проклятія, исполненіе котораго не принадлежитъ ни суду гражданскому, ни отдѣльному гражданину, а также и не безсильнымъ жрецамъ, а только богамъ. Но благочестивыя вѣрованія народа, на которыя опиралось это проклятіе, вѣроятно были столь могущественны, что дѣйствовали даже на легкомысленныя и злыя натуры". Вмѣстѣ съ тѣмъ онъ замѣчаетъ (S. 116):" Римляне строго держались правила, чтобы въ государствѣ жрецы не имѣли никакой власти и повиновались самому незначительному чиновнику государства".

(86) Ихерингъ S. 324. замѣчаетъ, что весьма интересно прослѣдить сходство между римской юриспруденціей и религіей (напр. формализмъ, послѣдовательность, вымыслы, акты, даже нѣкоторыя матеріальныя принципы). Если *Rubino* замѣчаетъ, что весьма характеризующее римской образъ мыслей, выраженіе «justi atque injusto scientia» распространяется также и на религію, то легальное опредѣленіе юриспруденціи, какъ rerum divinarum atque humanarum notitia justi atque injusti scientia, получаетъ вѣрный смыслъ.

(87) *Ambrosch*, Studien u. s. w. S. 64. относитъ начало паденія теологіи понтифексовъ, равно какъ и дисциплины авгуровъ ко времени 2-ой пунической войны. Срав. *Ihering*, S. 317.

послѣднимъ всякой инициативы, даже не противорѣчащей самостоятельности государства и наконецъ въ тѣсномъ присоединеніи религіозныхъ органовъ къ государственной жизни и ея судьбамъ, должно видѣть существенную причину ускоренія общаго паденія. Исключительное же, неограниченное никакимъ дѣйствительно религіозно-нравственнымъ началомъ, подкрѣпляемое столь многими эгоистическими, дѣлающимися все болѣе и болѣе сильными, страстями, политическое направленіе повело за собою извнѣ къ порабощенію другихъ народовъ, внутри же къ разложенію всей римской жизни.

Теперь разсмотримъ римское воззрѣніе на государственную и правовую жизнь, по отношеніямъ къ нравамъ и нравственности (88).

Подобно тому, какъ въ семействѣ, этомъ первобытномъ нравственномъ союзѣ содержатся существенныя направленія и функціи человѣческой жизни, — религія, нравственность, право и промышленность, которыя, при дальнѣйшемъ своемъ развитіи въ болѣе обширный организмъ общественной жизни, стремятся выразиться въ отдѣльныхъ органахъ, такъ и въ Римѣ, какъ справедливо замѣчено (89), мы встрѣчаемъ въ учрежденіи цензуры, органически развивающуюся изъ семейнаго принципа, функцію получающую внѣшнюю форму ради нравственной функціи жизни, на сколько она была общественной потребностью. Здѣсь снова высказывается отличающая Римлянъ наклонность къ внѣшнему выраженію въ опредѣленныхъ формахъ и органахъ всего, что сознается потребностью жизни, ровно какъ и направленіе, подчиняющее все политическому элементу, потому-что censura morum находится въ связи съ политическимъ censio — гражданскимъ цензомъ. Но такъ какъ нравственный элементъ, выражавшійся въ цензурѣ, различествовалъ съ принципомъ права, то и цензорскій приговоръ (animadversio; notatio, auctoritas censoria) имѣлъ не одинаковое значеніе съ приговоромъ судьи judicium и его послѣдствіемъ res judicata. Приговоръ цензорской власти не могъ остановить дѣйствія закона; кромѣ того цензоръ произносилъ приговоръ, имѣвшій силу только на время отправленія его должности, lustrum, что соотвѣтствовало и возможности нравственнаго исправленія, но вслѣдствіе права вмѣшательства другаго цензора, права предоставленнаго всѣмъ высшимъ магистратамъ, такой приговоръ могъ носить на себѣ только личный характеръ. При такомъ отдѣленіи цензуры отъ обязанностей судьи, ни цензоръ въ своей функціи, ни народъ въ своемъ воззрѣніи не могли смѣшать обычая съ правомъ и въ этомъ случаѣ можно видѣть *формальное* преимущество римскаго права надъ греческомъ, въ которомъ не довольно ясно обозначено различіе между нарушеніями нравственности (ὕβρις) и права.

Цензорская власть касалась не столько частно-правовыхъ оборотныхъ отно-

---

(88) Ihering II. B. S. 48. говоритъ: „Здѣсь мы касаемся весьма труднаго вопроса, — это мысъ Горнъ философіи права. Я думаю, что заслужу скорѣе благодарность, чѣмъ упрекъ читателя, если не слишкомъ близко подойду къ этому вопросу и постараюсь его обойти, насколько мнѣ дозволяетъ цѣль моего сочиненія“; потомъ въ примѣчаніи говоритъ, что насчетъ различія права и нравственности, онъ одного мнѣнія съ Шталемъ (Rechtsphilosophie). Относительно этаго я однако не могу не замѣтить, что Игерингъ не всегда согласенъ съ Шталемъ, потому что воззрѣніе послѣдняго на римское право во многихъ пунктахъ не согласно съ воззрѣніемъ Игеринга. Вообще же этотъ вопросъ принадлежитъ къ тѣмъ жизненнымъ вопросамъ, которыхъ нельзя обойти, ни только философу права, но и юристу, который захочетъ понять право не только какъ нѣчто положительное, но въ его взаимной связи съ жизнью, (что не допускаетъ выдѣлить право изъ области нравственности), который захочетъ заняться оцѣнкой и сравненіемъ нѣмецкаго права съ правомъ римскимъ и правомъ новѣйшихъ народовъ.

(89) Ihering S. 51. Уже Самнитянамъ были извѣстны нравственные суды, относительно дѣлъ брака; такіе суды также были извѣстны и Луканцамъ, относительно другихъ случаевъ; см. объ этомъ *Göttling* ib S. 9. и *Jarke*, Versuch einer Darstellung des censorinischen Strafrechts, 1864.

шеній, сколько собственно нравственныхъ, общественно-правовыхъ и экономическихъ. Такимъ образомъ эта власть является дѣйствующей относительно: клятвопреступленія, лжи, дурнаго воспитанія дѣтей родителями, излишней снисходительности или строгости, порочности юношей, или неповиновенія родителямъ, развода безъ достаточныхъ причинъ, безпечности въ домашнемъ быту, растраты наслѣдства, жестокости къ рабамъ, которая по закону и не преслѣдовалась, мелочной торговли неприличной римскому гражданину, игры на сценѣ, расточительности, мотовства, даже простой роскоши, дурнаго веденія сельскаго хозяйства, неоказыванія должнаго уваженія начальству, злоупотребленія власти, трусости передъ непріятелемъ, отступничества отъ отечественной святыни и т. д. (90).

Цензоры произносили свои приговоры, частью по убѣжденію своей совѣсти, частью выслушавъ законныхъ обвинителей, обвиняемаго и приведенныхъ послѣднимъ свидѣтелей, равно какъ и мнѣніе своего совѣта, которое впрочемъ не было для нихъ обязательнымъ. Наказанный могъ аппелировать народу, который, еслибы виновному удалось доказать несправедливость приговора, иногда (впрочемъ весьма рѣдко) отмѣнялъ наказаніе. Наказаніе состояло для сенатора — въ исключеніи изъ сената, для всадника въ отнятіи лошади, (за дурное содержаніе которой онъ нерѣдко подвергался этому же наказанію), для гражданъ же не принадлежащихъ ни къ сенату, ни къ сословію всадниковъ въ изгнаніи изъ трибы, въ причисленіи къ эрріямъ, причемъ на виновнаго налагались большія подати, нежели сколько слѣдовало ему платить по цензу.

Въ этой власти цензоровъ мы видимъ значительное пополненіе всей римской правовой жизни. Посредствомъ Lex Ovinia (91) (время появленія котораго неизвѣстно) цензорская власть была увеличена тѣмъ, что цензоры составляли списки сенаторовъ съ согласія сената и въ присутствіи тридцати ликторовъ, представлявшихъ куріи. Эту власть можно сравнить съ властью греческихъ ревизоровъ надъ чиновниками. Но такъ какъ, по мѣрѣ разширенія города и государства, власть цензоровъ необходимо должна была ослабѣвать и наконецъ придти въ упадокъ вмѣстѣ со всею общественною жизнью, существуя лишь формально (какъ praefectura morum при императорахъ), то и въ этомъ учрежденіи видно то же абстрактное, внѣшнее направленіе свойственное духу всѣхъ римскихъ институтовъ. Это становится особенно ясно при сравненіи римской правовой жизни съ германской. Между тѣмъ какъ въ Германіи нравственныя функціи, принадлежащія цензурѣ, являются тѣсно связанными со всѣми правовыми институтами, и нравственный принципъ проявляется во всѣхъ сословіяхъ, корпораціяхъ и обществахъ, въ личныхъ и имущественно-правовыхъ отношеніяхъ, въ видѣ условій честности, нравственнаго поведенія, порядочнаго распоряженія имуществомъ и т. д., дисциплина же выполняется посредствомъ самихъ сословій, корпорацій и общества, въ Римѣ цѣлому противупоставляется внѣшнимъ образомъ одна централизованная функція. Но такъ какъ съ другой стороны нѣмецкая правовая жизнь, вслѣдствіе расчлененія или партикуляризаціи, почти утратила связующее и централизующее начало, и такъ какъ въ наше время особенно чувствуется потребность въ правовой и нравственной реорганизаціи корпоративнаго элемента, то можно утвердительно сказать, что римское право можетъ служить, въ этомъ отношеніи, существеннымъ пополненіемъ для нѣмецкаго, потому что, не смотря на связь нравственнаго начала со всѣми общественными учрежденіями, самое это начало должно подвергнуться особенной общественной организаціи посредствомъ ассоціаціи и пріобрѣсти въ

---

(90) *Göttling* ib. S. 344. *Ihering* II. S. 50.
(91) *Niebuhr* I. 586 и *Göttling* 346.

обществѣ авторитетъ, снабженный опредѣленными правами и властію въ такой однако мѣрѣ, чтобы этимъ началомъ не уничтожались дѣйствительныя границы между правомъ и нравственностью (92).

Если мы разсмотримъ отношеніе *обычая* и *нравственности* къ *частному праву*, то увидимъ, какъ уже и прежде было замѣчено (с. 288), что обычай, или выражающееся въ немъ общественное мнѣніе, подобно тому какъ позднѣе цензура, уже въ древности, смягчалъ и ограничивалъ многія отношенія, основывающіяся на принципѣ силы и власти (potestas, manus, mancipium.) Что же касается до собственно-нравственнаго начала, которое проявляется съ одной стороны въ *порочныхъ* побужденіяхъ, отклоняющихъ волю отъ истинной дѣятельности, какъ напр.: заблужденіе, обманъ, страхъ и т. п., а съ другой стороны въ *обязанностяхъ*, существующихъ объективно сами по себѣ, на которыя слѣдуетъ смотрѣть какъ на побудительное основаніе воли, то въ развитіи римскаго права въ первомъ отношеніи видѣнъ прогрессъ, вслѣдствіе котораго чисто внѣшнее воззрѣніе на правовыя отношенія видоизмѣнилось такимъ образомъ, что стали обращать вниманіе на внутреннія побужденія, влекущія за собой ошибочныя и ложныя направленія воли. Древнѣйшее право XII-ти таблицъ, въ этомъ отношеніи, характеризуется слѣдующимъ положеніемъ: Cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita jus esto, такъ что вышеупомянутыя обстоятельства вовсе не брались въ соображеніе. Но эти нравственные моменты, сдѣлались, какъ извѣстно, предметомъ особенной заботливости преторовъ, и ученіе о dolus, error, vis ac metus, culpa, равно какъ ученіе о поручительствѣ, установленномъ эдиктомъ эдиловъ и разработаннымъ наукой ради удобствъ при куплѣ и мѣнѣ, опредѣлены точно и соотвѣтственно отношеніямъ. Что же касается объективныхъ и предписанныхъ нравственностью обязанностей относительно другихъ лицъ и общества, то здѣсь слѣдуетъ различить основное воззрѣніе на нихъ отъ тѣхъ опредѣленій, которыя были выработаны неизбѣжными жизненными отношеніями. Въ послѣднемъ случаѣ римское право принимаетъ эти обязанности въ соображеніе, потому что совершенное его игнорированіе не мыслимо ни въ какомъ правовомъ обществѣ. Это подтверждается напр. тѣмъ, что въ семейственныхъ отношеніяхъ расточитель лишается права распоряжаться имуществомъ. Отношенія сосѣдства привели къ постановленіямъ XII таблицъ о стокѣ дождевой воды, о срубкѣ деревьевъ, стоящихъ близко поля, о собираніи плодовъ и проч. и проч.

Въ вещномъ правѣ не было никакаго ограниченія, относительно собственности и даже поземельной собственности, ни въ семейныхъ отношеніяхъ, въ видѣ запрещенія отчуждаемости, ни въ народно-хозяйственныхъ отношеніяхъ, въ видѣ запрещенія относительно дѣлимости или, признаннаго въ послѣдствіи столь опаснымъ, скопленія поземельной собственности въ однихъ рукахъ (latifundia perdidere Italiam; Plin). Въ облигаціонномъ правѣ XII таблицъ утвердился, прежде неизвѣстный maximum процентовъ, (foenus unciarium по $8^1/_3$ со 100). Въ наслѣдственномъ правѣ XII таблицъ дается неограниченная свобода завѣщанію, безъ всякой нравственной гарантіи для семейства, и особенно дѣтей, которыхъ отецъ могъ лишить наслѣдства безъ всякаго основанія, равно какъ и противъ ихъ воли сдѣлать ихъ наслѣдниками. Только впослѣдствіи Преторское право и юриспруденція ограничили эту безусловную свободу завѣщанія, посредствомъ querela inofficiosi testamenti, (quasi non sanae mentis fuerit testator, 1, 2, 5, D. 5, 2).

---

(92) Я, уже въ первомъ французскомъ изданіи моей философіи права 1839. S. 492, говорилъ о необходимости общественной организаціи нравственнаго принципа и хотя указалъ при этомъ на римскую цензуру и, (какъ замѣтилъ Ihering II. S. 53.), на подобную ей духовную цензуру среднихъ вѣковъ, но требовалъ собственно учрежденія, существенно отличающагося отъ той и другой, см. объ этомъ подробнѣе въ IV книг. этаго сочиненія.

Такія ограниченія, вызванныя крайнею необходимостью, нисколько не измѣняютъ основнаго характера римскаго права. Но чтобы его оцѣнить со стороны нравственности, слѣдуетъ еще сдѣлать нѣсколько замѣчаній. Право, разсматриваемое само по себѣ, не можетъ назваться ни нравственнымъ, ни безнравственнымъ; оно обладаетъ собственной своей самостоятельностью, которая и должна быть за нимъ признана. Но то основаніе, которое выставляется принципомъ права, именно то, что оно должно установить условія взаимнаго существованія, а по нашему воззрѣнію и взаимной поддержки свободныхъ личностей въ обществѣ, слѣдуетъ примѣнить и къ самому праву. Хотя право само по себѣ и самостоятельно, тѣмъ не менѣе оно существуетъ въ связи со всѣми другими благами жизни и въ особенности съ высшими благами религіи и нравственности. Въ этой-то этической связи, установленной Богомъ въ жизни, должны сохраниться равнымъ образомъ условія существованія, взаимнодѣйствія и взаимнаго споспѣшествованія. Но подобно тому, какъ общественный бытъ, установляющій лишь внѣшнія условія сосуществованія своихъ членовъ, предоставляя все остальное произволу свободныхъ личностей, можетъ назваться первобытнымъ, грубымъ состояніемъ общественной жизни, точно также и право, неохраняющее существенныя этическія отношенія, можно обвинить въ грубости, хотя бы оно въ другихъ отношеніяхъ и представляло доказательства годности и силы Такъ и римское право съ самаго начала, въ основномъ своемъ характерѣ и принципахъ, высказываетъ такое пренебреженіе ко всѣмъ нравственнымъ принципамъ, что нисколько не помогая и не споспѣшествуя послѣднимъ, оно такъ сказать едва сноситъ самыя необходимыя ограниченія. На это обстоятельство указывали многіе ученые. (93). Опять повторяемъ, что упрекъ высказывается не противъ самостоятельности а противъ сухаго и строгаго воззрѣнія и обработки права, потому что римское право вмѣсто того, чтобы выказывать сочувствіе къ нравственному началу, показываетъ совершенное отвращеніе къ нему. Допуская даже необходимость,

---

(93) *Гегель*, въ своей Philosophie der Geschichte 2. Aufl. 1840., первый указалъ хотя и не совсѣмъ вѣрно, на внутреннее основаніе права:—*Шталь* въ св. Rechtsphilosophie B. II.—1, болѣе точно обозначилъ характеръ права. Гегель говоритъ S. 351: "Несвободному и бездушному разсудку римскаго міра обязаны мы произведеніемъ и развитіемъ *положительнаго права*. Мы уже прежде видѣли какъ на востокѣ обычай и нравственныя отношенія сдѣлались заповѣдями права; даже у Грековъ убычай былъ вмѣстѣ съ тѣмъ и юридическимъ правомъ, а потому государственное устройство зависѣло отъ обычая и умственнаго направленія, и не имѣло еще въ самомъ себѣ довольно стойкости, чтобы противустоять внутренней измѣняющейся субъективности индивидуумовъ. Римляне совершили это раздѣленіе и изобрѣли (?) внѣшній, то-есть бездушный и отвлеченный принципъ права. Если они и подарили намъ форму, то мы можемъ ею пользоваться, не дѣлаясь сами жертвой ихъ сухаго разсудка, не считая ее послѣднимъ словомъ мудрости и разума. Сами Римляне сдѣлались жертвой своего изобрѣтенія; другимъ народамъ, своею гибелью, они доставили свободу духа, именно ту внутреннюю свободу, которая освободилась изъ области конечнаго и внѣшняго. Духъ, мысль, религія не должны болѣе бояться быть смѣшанными такимъ абстрактнымъ, юридическимъ разсудкомъ.„—*Шталь*, S. 394 говоритъ: "Мысль полномочія (право въ субъективномъ смыслѣ,—пріобрѣтенное право), является у Римлянъ односторонней, *какъ только полномочіе, непроникнутое и неограниченное какою либо обязанностью или высшей опредѣляющей необходимостью*. Нельзя сказать чтобы Римляне, подобно нынѣшнему естественному праву и революціоннымъ теоріямъ, принимали безсодержательныя абстрактныя человѣческія права, или чтобы они предоставляли гражданину только права, не возлагая обязанностей, напротивъ мы встрѣчаемъ у нихъ *опредѣленныя, конкретныя*, рѣзко обозначенныя права, какъ они проистекаютъ изъ природы правовыхъ институтовъ, изъ различныхъ жизненныхъ условій и смысла дѣлъ. Но мѣра и границы пользованія этими правами, зависимость ихъ отъ выполненія какого-бы то нибыло долга, что равнымъ образомъ должно бы было вытекать изъ природы правовыхъ институтовъ, совершенно неизвѣстно римскому праву; напротивъ того обязательства существуютъ отдѣльно отъ правъ. Право въ римскомъ смыслѣ, есть сфера полнаго безусловнаго произвола.„ Затѣмъ, въ существенныхъ чертахъ, *Шталь* указываетъ на такой же характеръ публичнаго, вещнаго, облигаціоннаго и семейнаго права.

что въ развитіи цивилизаціи народовъ, которая до сихъ поръ почти вездѣ впадала въ крайность, право иногда и должно было пониматься, особенно относительно своего субъективнаго источника, слишкомъ односторонне для того, чтобы опредѣлить сознаніе личности и обезпечить себѣ существованіе въ будущемъ; тѣмъ не менѣе, при объективной оцѣнкѣ права, на такое внѣшнее черезъ чуръ субъективное направленіе его слѣдуетъ указать какъ на существенный недостатокъ. Съ этой точки зрѣнія римское право имѣетъ недостатокъ не только само по себѣ, но и относительно своего происхожденія изъ римскаго характера. И такъ какъ въ римской жизни, во внутреннемъ складѣ ея, недостаетъ этическаго принципа общественности, нравственно правовыхъ жизненныхъ связей, расчлененія на различныя сословныя и нравственно правовыя области, то и въ правѣ замѣтенъ тотъ же пробѣлъ. Отъ этаго конечно получило римское право тотъ характеръ, великаго единства и равенства, который имѣетъ много привлекательнаго для созерцательнаго ума, и который споспѣшествовалъ стремленію къ равенству въ правѣ; въ этомъ же централизирующемъ направленіи римскаго права можно видѣть существенное пополненіе и укрѣпленіе для нѣмецкаго, которое затерялось въ чрезмѣрномъ корпоративномъ дробленіи. Поразительная односторонность римскаго духа является въ томъ, что въ немъ нѣтъ наклонности къ созданію внутреннихъ, органическихъ корпоративныхъ союзовъ, точно также и римское право является неудовлетворительнымъ въ томъ отношеніи, что оно лишь абстрактно смотритъ на единство и всеобщность государства съ его властями и функціями, и на атомистическую личность, являющуюся въ индивидуумахъ, стоящихъ самостоятельно относительно другъ друга и чрезмѣрно заботящихся объ удовлетвореніи лишь эгоистическихъ стремленій. Именно въ корпоративныхъ союзахъ нѣмецкаго права и является, въ надлежащей связи, нравственный и правовой элементы, при чемъ,—такъ какъ имущественныя отношенія опредѣляются не абстрактно, а сообразно цѣли союзовъ (какъ напримѣръ промышленныхъ или земледѣльческихъ), — обращается вниманіе на цѣлесообразную служебную дѣятельность, на доброе нравственное и честное поведеніе; противорѣчіе этимъ условіямъ, проявляющееся въ внѣшнихъ поступкахъ, преслѣдуется закономъ. Такимъ образомъ право и нравственность находятся въ связи между собою, но столь же мало смѣшиваются какъ и въ уголовномъ правѣ, когда съ одной стороны карается безусловно безнравственное, проявляющееся въ внѣшнихъ поступкахъ, и съ другой, когда по внѣшнимъ фактамъ дѣлается заключеніе и о нравственномъ или психическомъ состояніи дѣятеля. Поэтому римское право, чтобы не способствовать заблужденію и не распространять такаго ограниченнаго воззрѣнія на право, должно въ свою очередь пополниться нѣмецкимъ, или, такъ какъ послѣднее само еще во многихъ отношеніяхъ нуждается въ обработкѣ, это пополненіе можетъ совершиться посредствомъ этической философіи права.

Жизнь римскаго народа погибла съ упадкомъ лучшихъ древнихъ обычаевъ, (94) право же его не только что не провиводѣйствовало такому паденію, но даже способствовало ему.

Римское право рѣзко отдѣлило частное право отъ публичнаго, противупоставивъ индивидуумъ и его самоназначеніе общественному цѣлому. Этотъ процессъ раздѣленія точно также совершился еще въ XII таблицахъ. Но подобно тому какъ право, при отдѣленіи его отъ сакральнаго и жреческаго, еще долго

---

(94) Уже Цицеронъ, комментируя стихъ Энніи Moribus antiquis res sta ramana virisque, замѣчаетъ: nostris vitiis non casu aliquo, rempublicam verbo retinemus, re ipsa vero jam pridem amisimus. Августинъ первый замѣтилъ недостатокъ нравственнаго начала въ римской государственной жизни, и отчасти въ частномъ правѣ въ своемъ соч. de civitate Dei, особенно въ первыхъ книгахъ. См. также lib. II, cap. 21.

руководилось религіей и обычаемъ, такъ и въ общественности правовой оборотной жизни оставался болѣе важнымъ лишь формально-публичный элементъ. Такъ всѣ важныя дѣла и послѣ законодательства XII таблицъ обсуждались публично, предъ народнымъ собраніемъ, или предъ 5-ю свидѣтелями, представлявшими классы народа и черезъ то какъ бы получали общественную гарантію. Сначала и сами свидѣтели были лицами дѣйствительно гарантировавшими дѣло, совершенное при ихъ содѣйствіи. Публичность утратилась лишь постепенно, и мѣсто ея заступило отдѣльное (privus) дѣйствіе индивидуума въ индивидуальномъ частномъ правѣ съ различными недостатками, вытекающими изъ таинственности имущественной оборотной жизни. Въ римскомъ правѣ, какъ ни въ какомъ другомъ, индивидуумъ противупоставляется государству. Но не слѣдуетъ думать, чтобы римскому праву были извѣстны только индивидуумы и государство. Съ самыхъ раннихъ временъ (не говоря о древнемъ учрежденіи—gentes), существуютъ различныя *коллегіи*, корпораціи (corpora) и *общества* (95) (universitates), а въ послѣдствіи муниципіи или города, которымъ было дано право римскаго гражданства. Коллегіи имѣли свои собственныя Sacra, независимо отъ общественныхъ. Ромулъ учредилъ двѣ коллегіи жрецовъ, а Нума далъ тѣ же учрежденія художникамъ, которыхъ присоединилъ къ жрецамъ. Но и въ этомъ отношеніи въ XII таблицахъ было сдѣлано болѣе точное различіе между коллегіями и корпораціями, учрежденными съ общественными и частными цѣлями; членамъ такихъ обществъ было предоставлено право автономіи, на сколько это не вредило интересамъ государства (96). Но образованіе такихъ обществъ ни въ какомъ случаѣ не предоставлялось на волю частныхъ лицъ. Напротивъ и позднѣе оставалось постояннымъ правиломъ, что только законъ (часто Senatusconsultum, отсюда quibus ex St. coire licet) давалъ позволеніе на учрежденіе этихъ обществъ, равно какъ и уничтожалъ послѣднія. Единство римскаго государства высказывалось также и въ однообразномъ внутреннемъ общественномъ устройствѣ всѣхъ коллегій. Что же касается до причинъ внѣшняго образованія права, онѣ заключаются въ двухъ факторахъ: *государствѣ* съ его органами и *индивидуумахъ*. И въ этомъ отношеніи германское право является намъ совершенно инымъ: вслѣдствіе первоначальнаго самоназначенія, вслѣдствіе естественнаго права составлять общества, не испрашивая на то разрѣшенія государственной власти, образовалась богатая система сословій и обществъ для всѣхъ сферъ жизни и отраслей дѣятельности, для земледѣлія и промышленности, такъ что цѣлое является *общественной*, тѣсно связанной со всѣми ея частями, *системой органическихъ союзовъ*, въ которыхъ нѣтъ противоположностей между общественнымъ и частнымъ правомъ. Всякій, болѣе тѣсный или болѣе обширный, союзъ, совершенно справедливо, имѣетъ двѣ стороны: внутреннюю какъ самоназначеніе и дѣятельность для своихъ особенныхъ цѣлей, въ частномъ правѣ; и внѣшнюю, въ тѣсной связи со всѣми другими союзами и въ особенности съ самымъ обширнымъ союзомъ — съ государствомъ, въ публичномъ правѣ, въ образованіи котораго они участвуютъ. Такимъ образомъ римская система является болѣе государственнымъ механизмомъ; нѣмецкая же, хотя и съ недостатками, общественнымъ организмомъ. Въ этой послѣдней системѣ двѣ крайнія точки права, государственный союзъ и личность имѣютъ

---

(95) Въ новѣйшее время этотъ предметъ права, сравнительно съ другими частями права, былъ изслѣдованъ весьма мало. *Крауза* собралъ все, что было по этому поводу въ corpus juris и у древнихъ писателей въ своемъ сочиненіи Kunsturkunden der Freimaurerei B. 2. Abth. 2, S. 93—213.

(96) L. 4. D. de collegiis et corporibus (47, 22). Замѣчательно что въ послѣдствіи въ торговыхъ и промышленныхъ корпораціахъ проявился духъ монополіи, который императоры старались подавить. См. L. 1. l. de monopoliis etc. (4, 59).

слишкомъ мало самобытности, и вліянію римскаго права мы обязаны тѣмъ, что у насъ развилась въ послѣднее время идея государства, которая освободила его изъ сѣти общественныхъ условій и снабдила его большею центральною властію, съ другой же стороны предоставило большія права личности, которая то же стѣснялась излишними узами. Вмѣстѣ съ тѣмъ пали многіе корпоративные союзы, благіе по принципу, но отжившіе вслѣдствіе злоупотребленій. Здѣсь также слѣдуетъ отдать должную справедливость римскому праву за помощь оказанную имъ нашему общественному и частно-правовому развитію и постараться сохранить это вліяніе безъ ущерба германскому духу. Если мы не хотимъ идти на встрѣчу послѣднимъ событіямъ Рима, вызваннымъ рѣзкими противоположностями, то намъ слѣдуетъ пополнить пропасть, отдѣляющую государство отъ личности, посредствующими органическими союзами.

Послѣ этаго изложенія историческаго образованія отношеній права къ религіи, культурѣ, обычаю, нравственности и публичному праву, намъ предстоитъ разсмотрѣть: 2) *частное право* въ его внутреннемъ историческомъ развитіи.

Во первыхъ слѣдуетъ указать на истинно-*историческій* интересъ, представляемый, въ этомъ отношеніи, римскимъ правомъ болѣе нежели какимъ либо другимъ, не исключая нѣмецкаго, потому что въ римскомъ правѣ можно прослѣдить дѣйствительное развитіе права, а не однихъ только правовыхъ институтовъ, съ самаго начала, съ различными новыми пополненіями, отъ самыхъ простыхъ частно-правовыхъ состояній, черезъ различныя ступени, до послѣдней выработки, вмѣстѣ съ уклоненіями и заблужденіями. Это развитіе высказывается главнымъ образомъ: 1) въ естественномъ развитіи источниковъ права; 2) въ прогрессѣ отъ простыхъ къ болѣе сложнымъ отношеніямъ, отъ непосредственныхъ къ болѣе посредственнымъ правовымъ опредѣленіямъ, и отъ конкретныхъ къ абстрактнымъ понятіямъ; 3) въ прогрессѣ отъ внѣшней формы къ внутреннему опредѣленію содержанія правовыхъ отношеній, а черезъ то и къ большему обращенію вниманія на психическіе и нравственные моменты, опредѣляющіе сущность этихъ отношеній; 4) въ ретроградномъ движеніи, обнаружившемся въ исчезновеніи публичности правовой оборотной жизни и въ неумѣніи подыскать вмѣсто публичности, соотвѣтствующія формы; 5) въ пополненіи національнаго права посредствомъ jus gentium, и, въ послѣдствіи, въ соединеніи ихъ воедино; 6) въ развитіи признаннаго за основаніе права, naturalis ratio посредствомъ претора, а потомъ, посредствомъ юриспруденціи и законодательства, опирающихся на философію.

Эти моменты развитія, въ краткомъ очеркѣ, мы разсмотримъ нѣсколько подробнѣе.

Въ римскомъ правѣ достигли полнаго значенія всѣ непосредственные и посредственные источники возникновенія права: обычное право, законъ, право юристовъ вмѣстѣ съ правомъ науки. Два послѣдніе источника въ правѣ претора, а въ послѣдствіи (съ Августа) въ правѣ привеллигированныхъ и другихъ юристовъ, являются до такой степени совершенными, какими они небыли ни въ какомъ другомъ правѣ.

Прогрессъ отъ *простаго*, непосредственнаго и конкретнаго къ большему разграниченію, къ посрествующимъ *абстрактнымъ* опредѣленіямъ высказывается различнымъ образомъ. Объектъ права понимается прежде всего въ его единствѣ, при чемъ въ него входятъ и лица и вещи. Такъ XII таблицъ гласятъ: Uti legassit super pecunia tutelave rei suae, ita jus esto, положеніе, строго и послѣдовательно вытекающее изъ римскаго воззрѣнія на право, воззрѣнія, по которому право является отношеніемъ господства, гдѣ господствующій—субъектъ, а все остальное, находящееся подъ властью лица имущество – объектъ права. Простота древнѣйшаго права высказывается далѣе въ способѣ возникновенія правовой сдѣлки, для которой необходимы только двѣ главныя формы, mancipatio и nexum; первое при утвержденіи собственности и другихъ *непосредственныхъ* отношеній господ-

ства, вторая же при совершеніи обліганій. Въ XII таблицахъ сказано: Si nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit ita jus esto. При выработкѣ видовъ договора, древнѣйшими являются реальные контракты, которые состоятъ въ непосредственной передачѣ предмета (re). На этомъ основался въ послѣдствіи словесный договорный контрактъ (solennis), заключавшійся per stipulationem, который происходя быть можетъ изъ jus gentium (97), сдѣлался общей формой, для того, чтобы сдѣлать дѣйствительными даже и такіе договоры, которые прежде недовали права на искъ. Съ давняго времени, вслѣдствіе веденія приходо-расходныхъ книгъ въ каждомъ домѣ, образовались письменные договоры которые впрочемъ слѣдуетъ отличать отъ подобнаго рода договоровъ, извѣстныхъ намъ изъ Юстиніанова права. Позднѣе, при развитіи оборотныхъ отношеній и подъ вліяніемъ признаннаго jus gentium, возникли консенсуальные договоры (договоры по соглашенію), уже дававшіе права иска и совершенія договора посредствомъ nudo или solo consensu. Такимъ образомъ личности обособляются; прежнія, тѣсно соединявшіяся съ дѣломъ, отношенія расширяются и разрыхляются и право д лжно искать другихъ опредѣленій, чтобы охранить эти отношенія и придать имъ надлежащую прочность.

Изъ внѣшнихъ, болѣе общихъ, *формъ* постепенно образуется внутреннее, опредѣленное предметнымъ различіемъ, содержаніе. Подобно тому, какъ въ органическомъ существѣ образуются первоначально общія покровы, въ которыхъ въ послѣдствіи формируются органы, такъ и въ римскомъ правѣ первоначально видны только общія формы, въ которыя облекаются различныя правовыя дѣйствія. Такимъ образомъ на mancipatio, nexum, и на позднѣйшее in jure cessio передъ преторомъ, нельзя смотрѣть какъ на дѣйствительныя правовыя сдѣлки, но какъ только на общія публичныя формы для разнаго рода дѣлъ. Лишь позднѣе правовыя сдѣлки начинаютъ дробиться и образуютъ отдѣльные роды, и изъ родовъ виды; такое образованіе, относительно установленія и точнаго различенія правовыхъ сдѣлокъ, продолжалось весьма долгое время, какъ то доказываетъ долгое колебаніе между мѣной и, младшей по времени, куплей.

Когда ближе опредѣлилось содержаніе и внутренняя сущность правоваго отношенія и правовой сдѣлки, тогда преторы, начали обращать вниманіе на психическіе и нравственные моменты, какъ напр. на dolus, culpa, error, vis ac metus, и другія смягчающія обстоятельства, равно какъ и на jus gentium.

Ретроградное движеніе высказалось въ исчезновеніи публичности въ правовыхъ оборотныхъ отношеніяхъ и въ неспособности создать новыя публичныя формы, для образовавшагося, чисто частнаго, произвола въ имущественныхъ отношеніяхъ, расширеніе которыхъ, при существованіи прежнихъ формъ, было невозможно. Въ этомъ видѣ римское право перешло и къ намъ, но оно мало соотвѣтствовало нѣмецкому духу и праву, вслѣдствіи того, что въ имущественномъ особенно же въ вещномъ правѣ, у насъ всегда оставался преобладающимъ характеръ публичности, выражающейся въ новѣйшее время, въ институтѣ публичныхъ книгъ.

Наконецъ слѣдуетъ замѣтить, что основаніе права naturalis ratio все болѣе и болѣе признается въ римскомъ правѣ. Весьма несправедливо нѣкоторые ученые допускали, что Римляне видѣли основаніе права въ волѣ (98) народа или отдѣль-

---

(97 Такаго воззрѣнія держится *Мацѣевскій*, съ нимъ соглашается также *Гаимбергеръ* въ своемъ послѣднемъ сочиненіи «Rsənə römisches Privatrecht § 515».

(98) Этому заблужденію поддался сявъ особенности Schmidt; различіе между дѣйствительнымъ основаніемъ права дѣятельной причиной возникновенія или признанія права, еще мало признано въ наукѣ права, какъ я уже выше замѣтилъ; и лишь нѣкоторые ученые указали на него болѣе опредѣленно, какъ *Лейстъ* и *Игерингъ* Th. II. S. 60 (особенно противъ Шмидта) (Th. I. S. 102).

ной личности. Какъ въ первую эпоху, еще въ Fas и сакральномъ правѣ, высказывается связь права съ объективнымъ божественнымъ порядкомъ, такъ впослѣдствіи признавались и частныя права, которыя существовали независимо отъ воли народа и его государственнаго порядка и которыя закономъ, какъ выраженіемъ общей воли, только санкціонируются. Даже личная воля, которой особенно касается частное право, не является силою творящей послѣднее, но скорѣе дѣйствующей причиной, которая, опредѣляясь различными побужденіями и потребностями человѣческой природы, даетъ праву его внѣшнее бытіе. Это воззрѣніе все болѣе и болѣе развивалось вслѣдствіи философской спекуляціи, хотя оно и недостигло въ римскомъ правѣ совершенной ясности. Ибо позднѣйшей наукою, опирающейся на философію, вслѣдствіи признанія двоякаго ratio,—ratio naturalis и civilis, признано и двоякое право, jus naturale (съ которымъ Гай отождествляетъ jus gentium, а Ульпіанъ видитъ въ немъ третій членъ) и jus civile (99); но какъ въ jus gentium, такъ и въ jus civile признается naturalis ratio, такъ что jus civile есть то право, которое народъ, на основаніи naturalis ratio, установляетъ и дѣлаетъ положительнымъ, посредствомъ своей совокупной воли или посредствомъ воли отдѣльныхъ лицъ, подъ вліяніемъ свойственныхъ ему воззрѣній или потребностей. Субъективный моментъ воли остался въ общихъ чертахъ преобладающимъ, но такъ какъ и объективный моментъ никогда вполнѣ не забывался, то и послѣдній, съ помощью философской обработки naturalis ratio получилъ большее развитіе; философія же связала съ объективнымъ моментомъ воли, хотя и въ малой мѣрѣ, высшіе, нравственные, гуманные и общественные интересы (utilitas publica). Вообще римскій духъ, такъ легко усвоивающій все иностранное, въ позднѣйшей юриспруденціи, столь же легко усвоилъ себѣ философію, пришедшую къ нему извнѣ, какъ нѣкогда jus gentium преторскимъ правомъ.

---

(99) *Савиньи* въ System des heut-röm Rechts, Bd. I. S. 413., показалъ, что двоякое раздѣленіе Гая было главнымъ въ римскомъ правѣ. Это двоякое дѣленіе согласно и съ тѣмъ, которое принимаетъ Савиньи, (§ 52) говоря „что всякое народное право состоитъ изъ индувидуальнаго права, свойственнаго каждому народу, и изъ общаго права, основаннаго на одинаковости человѣческой природы“, и потомъ прибавляетъ: "оба имѣютъ мѣсто въ исторіи и философіи права„. То, что Савиньи говоритъ о задачѣ того и другаго права, можетъ здѣсь найти мѣсто, тѣмъ болѣе, что сторонники исторической школы, такъ мало обращаютъ на это вниманія. Указавъ на односторонность абстрактно-философскаго воззрѣнія "лишающаго право всякой жизни," равно какъ и чисто-историческаго „не признающаго въ немъ никакаго высшаго призванія“, *Савиньи* говоритъ: „мы избѣжимъ той и другой крайности, если признаемъ одну общую задачу, (права), которая разрѣшается въ исторіи каждаго народа по своему. Горячій споръ о противоположныхъ взглядахъ конечно послужилъ къ тому, чтобы опредѣлить ихъ точнѣе, хотя этотъ споръ повелъ также и къ тому что противники, увлекаясь, забывали предметъ его. Но если, оставя въ сторонѣ духъ партіи, (какъ ничтожное и преходящее), мы взглянемъ на направленіе науки нашего времени, то нельзя не порадоваться при мысли искренняго общаго сближенія, а слѣдовательно и истиннаго прогресса.“ Общую задачу права, (которую мы какъ конечную цѣль отличаемъ отъ непосредственной цѣли права) опредѣляетъ Савиньи слѣдующимъ образомъ, хотя и его понятіе о правѣ немного узко: „всеобщая задача всякаго права должна ограничиться лишь нравственнымъ назначеніемъ человѣческой природы, какъ оно вытекаетъ изъ христіанскаго воззрѣнія на жизнь; ибо христіанство не только мы принимаемъ за правило жизни, но и на самомъ дѣлѣ оно измѣнило міръ, такъ что всѣ наши помышленія, какъ-бы они ему враждебны и чужды ни были, подчинены его духу и имъ проникнуты. Этимъ признаніемъ общей цѣли, конечно право получитъ болѣе обширное значеніе, сохранитъ самостоятельность своего бытія, и явится необходимымъ условіемъ всеобщей задачи; въ своей сферѣ оно неограниченно царствуетъ, и получаетъ высшую истину только отъ соединенія съ цѣлымъ“ (S. 54). Въ понятіи права Краузе, само право опредѣляется какъ органическое цѣлое условій, необходимыхъ для достиженія этой цѣли.

§ 2. *Оцѣнка римскаго права самаго по себѣ, относительно содержанія и формы.*

Основной характеръ римскаго народа проявляется въ самыхъ рѣзкихъ и ясныхъ чертахъ въ правовой системѣ. Хотя характеръ этаго народа и его система права, въ историческомъ развитіи, вслѣдствіе многоразличныхъ вліяній, преобразовались, но ихъ первыя основныя черты, ихъ этническій типъ сохранились въ самыхъ послѣднихъ формахъ развитія. Но и эта самостоятельность, которую въ Римѣ пріобрѣло право преимущественно передъ всѣми другими жизненными сферами, точно также не можетъ обезсилить той общеизвѣстной истины, что право, если оно будетъ даже односторонне и абстрактно, всегда должно представлять собой выраженіе народнаго духа и отражать міросозерцаніе и жизненное направленіе народа. Слѣдовательно характеръ римскаго права можетъ быть выясненъ изъ сущности римскаго духа, изъ управляющихъ послѣднимъ основныхъ мотивовъ, и изъ высшихъ и низшихъ жизненныхъ цѣлей, которыя этотъ народъ сознательно или безсознательно преслѣдовалъ.

Этотъ основной характеръ опредѣляется слѣдующими главными моментами. Онъ выражаетъ отпечатокъ *силы воли* и *дѣйствія*, происходящей изъ внутренняго побужденія и сознанія *личной субъективности* и свободы. Эта сила, руководимая строго анализирующимъ *разсудкомъ*, отодвигая на задній планъ религію, искусство и науку, стремится сдѣлать внѣшнія жизненныя отношенія полезными для *внѣшнихъ* практическихъ цѣлей, при чемъ *эгоизмъ* является руководящимъ мотивомъ, однако не для низшей чувственной цѣли наслажденія, а для, возвышающей личность въ ея чувственныхъ явленіяхъ и укрѣпляющей ее, цѣли *господства* и увеличенія могущества, которое однако являясь не средствомъ, чѣмъ бы оно быть должно, а цѣлью для самаго себя, нигдѣ и не признается въ его высшемъ нравственномъ назначеніи. Разсмотримъ эти моменты поближе.

1) Давно, уже и неоднократно, было выяснено высокое значеніе принципа *личности* и индивидуальной *свободы*, который въ первый разъ получаетъ, посредствомъ римскаго права, прочное положеніе и формы въ обществѣ. Римскій народъ является въ этомъ отношеніи хранителемъ и умножителемъ части наслѣдства, общаго арійскимъ народамъ, наслѣдства, не получившаго правоваго развитія на востокѣ, въ Греціи, утраченнаго кельтійскими племенами уже въ историческое время и, которое позднѣе у Германскихъ народовъ (понявшихъ личность глубже и въ болѣе высокомъ значеніи, нежели римляне), вслѣдствіи неблагопріятныхъ вліяній было погребено въ историческомъ развитіи, въ особенности же въ феодализмѣ. Поэтому римское право, при своей реставраціи, проникая въ жизнь съ тринадцатаго столѣтія, было благодѣтельною помощію для новаго сознательнаго усвоенія германскими и романскими народами первоначальнаго жизненнаго принципа. Оно же помогло имъ мало по малу сбросить тяжелыя оковы, которыя влекли за собою уничиженіе личности, нравственное униженіе, какъ для притѣснителей такъ и для притѣсняемыхъ, и уничтоженіе всякаго свободнаго движенія въ правовой оборотной жизни. Слѣдуетъ удивляться до какой степени въ Римѣ было ограждено лице и его свобода; въ домашней жизни принципомъ неприкосновенности долга, этимъ принципомъ, который былъ святынею для Римлянина и вѣрнымъ ручательствомъ для послѣдняго за его правовое субъективное бытіе (100); въ публичномъ правѣ, по-

(100) См. прекрасное мѣсто у *Цицерона* pro domo c. 41. и 1. 18. D. de in jus voc. (2. 4.) и 1. 21, гдѣ сказано: sed etsi qui domi est, interdum vocari in jus potest tamen ex domo sua nemo extrahi debet.

средствомъ различныхъ гарантій противъ произвола сановниковъ: правомъ jus provocationis ad populum, правомъ вмѣшательства трибуновъ и высшихъ магистратовъ и отвѣтственностью сановниковъ; въ уголовномъ правѣ: тсутствіемъ пытки, тѣлесныхъ наказаній и жестокихъ казней (101). Но личность и свобода въ римскомъ правѣ слишкомъ абстрактны, понимаются въ недостаточной связи съ другими личностями и съ высшими этическими принципами жизни. Если каждое лице справедливо можетъ смотрѣть на себя, какъ на свободнаго члена жизненнаго порядка, охватывающаго ровномѣрно всѣ лица, созданнаго и установленнаго не ими, а высшею властію, требующей лишь признанія этаго порядка и содѣйствія; если далѣе и въ области права каждое лице должно опредѣлять свою правовую сферу не личнымъ произволомъ и не тѣмъ, на сколько оно можетъ распространить свою власть надъ другими, а общечеловѣческими и общественными жизненными связями, тогда въ римскомъ правѣ каждое лице является существующимъ само для себя, строго отдѣленнымъ отъ всѣхъ другихъ лицъ. Вездѣ, гдѣ отдѣльное лице вступаетъ съ другими лицами въ общественные союзы (societas), мы видимъ, что оно заключаетъ эти союзы по возможности слабо и обезпечиваетъ за собою свободный выходъ изъ нихъ; на правовой моментъ преходящихъ оборотныхъ отношеній оно всегда смотритъ лишь съ одной стороны, (такъ что взаимныя договорныя обязательства должны быть раздѣлены на два односторонніхъ, потому что двѣ противоположныя субъективныя точки зрѣнія не соединимы). Хотя Римлянинъ и признаетъ нравственный жизненный порядокъ такимъ какимъ онъ практически является въ *правахъ* (102), столь фактически и и существенно ограничивающихъ произволъ, и который въ послѣдствіи сводится философіей на высшій божественный порядокъ; но нравственный моментъ въ римскомъ правѣ имѣетъ лишь отрицательное, ограничивающее значеніе, такъ что его творческая сила, служащая основаніемъ жизненныхъ союзовъ, въ правѣ же руководящею нитью и мѣриломъ, не признается въ немъ во все. Римлянинъ думаетъ, что, отправляясь отъ однаго правоваго принципа, онъ можетъ понимать абстрактно, самостоятельно всѣ жизненныя отношенія и давать имъ надлежащую норму. Право есть для него всеобщая форма, долженствующая ровномѣрно обнять весь матеріалъ жизненныхъ отношеній и укрѣпить ихъ. Но это весьма важное заблужденіе,—которое присуще и формальнымъ философскимъ системамъ позднѣйшаго времени (Кантъ) и особенно перешло въ воззрѣнія новѣйшей школы романистовъ (103), находящееся въ противорѣчіи съ тѣмъ простымъ ло-

---

(101) *Ihering* II. S. 158. Cicero pro Rabirio c. 4, 5, дѣлая глубокую психологическую оцѣнку, говоритъ: carnifex vero et abductio capitis et nomen ipsum crucis absit non modo a corpore civium Romanorum, sed etiam a cogitatione, oculis, auribus. Harum enim omnium rerum non solum eventus atque perpessio, sed etiam *conditio, expectatio, mentio ipsa denique indigna cive Romano atque homine libero est*; т. е. окончательно отвергаетъ принципы устраненія, такъ малосоотвѣтствующіе нравственной природѣ человѣка, которые хотя опровергнуты въ теоріи, но еще господствуютъ въ практикѣ.

(102) Каждый народъ, съ хорошими задатками, какъ всѣ народы арійскаго племени, переживаетъ такую эпоху, когда инстинктъ еще преобладаетъ надъ рефлексіей и обычай управляетъ свободой, т. е., когда вполнѣ примѣнимо слѣдующее изрѣченіе Тацита: Plusque valent ibi boni mores quam alibi bonae leges.

(103) Новѣйшіе романисты добивались такой конструкціи помощію заимствованнаго у римлянъ понятія о могуществѣ или господствѣ воли, (см. слѣдующее примѣчаніе): одинъ новѣйшій, остроумный, германистъ Герберъ пытался, такимъ же путемъ, привести въ систему и германское право, говоря (System des deutschen Privatrechts, 1853 [Vorrede S. XXV]), что истинно-юридическая система опредѣляется не *правовыми отношеніями*, но по *системѣ правъ*, „которая разсматриваетъ все право только какъ возможное выраженіе личной воли“, вслѣдствіе чего „нѣмецкое право опять сливается съ непосредственно дѣятельной

гическимъ положеніемъ, что форма должна опредѣляться содержаніемъ, а не на оборотъ и совершенно не приложимое къ опредѣленію отношенія права, какъ формальнаго принципа къ жизненнымъ отношеніямъ, служащимъ содержаніемъ и руководящею нитью права. Потому крайне ошибаются тѣ, которые надѣются *юридически построить* этическія жизненныя отношенія, отправляясь отъ чисто абстрактнаго понятія права. Основаніе такаго односторонняго абстрактнаго воззрѣнія заключалось впрочемъ въ римскомъ характерѣ. Потому что римлянинъ, старавшійся, при своемъ эгоистическомъ направленіи, не о томъ, чтобы понять отношенія, какъ существующія сами по себѣ, объективно, а о томъ, чтобы подчинить ихъ своему господству, ради расширенія своей власти, посредствомъ имущества (причемъ правило Аристиппа: mihi res non me rebus subjungere conor, Hor. кажется вылилось у него изъ души), смотрѣлъ на все право, въ частно-правовомъ отношеніи, какъ на имущественное право, опредѣляющее кругъ власти,

---

и жизненной силой человѣческой воли, т. е. дѣлается удобнымъ для юридическаго построенія". Но чрезъ это, нѣмецкое право, противно своему духу, только романизируется и если даже такая обработка нѣмецкаго права, по своей однообразности, вполнѣ удовлетворяетъ романистическому воззрѣнію на право и направленію учащихся, отуманенныхъ римскими понятіями, то всетаки сущность германскаго права и права вообще остается не понятой. Однако не слѣдуетъ упускать изъ виду извращенности понятій, когда *Герберъ* (S. XX.) утверждаетъ, что принципъ нѣмецкаго права заключается въ образованіи *права въ субъективномъ* смыслѣ; въ Римѣ же (S. XIX) право развилось въ сумму абстрактныхъ и объективныхъ принциповъ, т. е. заключаетъ совершенно превратно, ибо римское право держится субъективной точки зрѣнія, только объобщенной посредствомъ абстракцій. *Герберъ* понялъ (S. XXII) истинное отношеніе, говоря что въ германскомъ правѣ: „юридическое является какъ второстепенное, лишь какъ формальный элементъ, который выражаетъ только штемпель правоваго признанія фактическаго отношенія, возникнувшаго въ свободномъ развитіи". Но Герберъ извращаетъ такое пониманіе: онъ хочетъ придать праву не только *формальное* значеніе, но „природу самостоятельнаго существа (?!), съ собственнымъ организмомъ и независимой жизнью (?!)," такъ что, вслѣдствіе такаго опостаспированія понятія права, послѣднее является идоломъ, которому истинная жизнь приносится въ жертву. Конечно все это только показываетъ къ какимъ заблужденіямъ могутъ быть приведены даровитые ученые, если они далеки отъ всякой философіи права и стремятся получить свои воззрѣнія на право только изъ какой нибудь односторонней системы права. Для уясненія различія нашей точки зрѣнія, здѣсь можно привести чисто романистическій взглядъ *Ленца* (см. выше), который разсматривая *право* какъ *господство воли* и, забывая заповѣди свободной *нравственности*, восклицаетъ (S. 349): общность имущества между супругами есть явленіе неправовое, а правовое есть только одна система приданнаго, даннаго супругамъ, эгоизмъ которыхъ вовсе не сливается во едино вслѣдствіе союза брачной любви. „Ваша общность имущества, точно также ваше такъ наз. condominia ex jure Germanico, *какіе бы salto mortale вы не дѣлали* ни когда немогли и не могутъ быть *юридически сформлены*".—„Даже завѣщаніе", думаетъ Ленцъ, „будетъ для *права*, по принципу, какъ владычество воли, и законное утвержденіе наслѣдованія по закону можетъ имѣть только тотъ смыслъ, что оно (т. е. законное утвержденіе) соотвѣтствуетъ предполагаемой волѣ оставившаго наслѣдство". Конечно добавляетъ Ленцъ, нравственный человѣкъ можетъ думать иначе и нравы могутъ быть лучше права, „но не должно нравы смѣшивать съ правомъ, которое дано намъ, съ его строгимъ разсѣкающимъ мечемъ Соломона, вслѣдствіе жестокости нашего сердца". Очевидно, что здѣсь выражается только строгая послѣдовательность узкаго римскаго и романистическаго воззрѣнія на право, какъ на господство воли, причемъ разумѣется чрезмѣрный эгоизмъ является любимымъ чадомъ права и внутреннія жизненныя связи,—въ которыхъ нравственныя цѣли преслѣдуются извѣстными дѣяніями и отношеніями, распознаваемыми внѣшне, а слѣдовательно и по праву,—являются лишенными права и защиты. Но слѣдуетъ вспомнить, что право изъ самаго себя не можетъ построить ни системы приданнаго, ни общности имущества между супругами, ни наслѣдованія по завѣщанію, ни наслѣдованія по закону, но что тѣ или другіе институты являются сообразно потребностямъ, существующихъ и болѣе или менѣе развившихся, правовъ и нравственности: или еще лучше: въ данныхъ отношеніяхъ проявляются такіе институты, въ которыхъ, самостоятельно желающая и дѣйствующая, отдѣльная *личность*, какъ общественный *союзъ*, связывающій отдѣльные личности въ высшее цѣлое, находитъ правовое ручательство. (Срав. объ этомъ Röder, Naturrecht §§ 95, 98 о наслѣдственномъ правѣ и мою Rechtsphilosophie S. 600 и нѣсколько подробнѣе S. 587 о брачномъ имущественномъ правѣ).

въ которомъ законно и свободно можетъ дѣйствовать лице, согласно съ своею субъективностію, все равно будетъ ли она нравственна или эгоистична. Но, въ противоположность этому римскому воззрѣнію, и въ частномъ правѣ слѣдуетъ существенно различать двѣ области. Въ одной изъ этихъ областей *преобладаетъ* воля и сила воли дѣйствующаго и существующаго *для самаго* себя лица и гдѣ эта воля находитъ въ имуществѣ поприще для своего господства, гдѣ нравственный принципъ, въ правовомъ отношеніи, можетъ имѣть лишь второстепенное, ограничивающее значеніе для того именно, чтобы пріобрѣтеніе имущества не находилось въ противорѣчіи со всѣми признанными нравственными обязанностями (напр. при нарушеніи обязанностей къ подчиненнымъ, посредствомъ расточительности). Но существуетъ и другая область, гдѣ лица, посредствомъ различнаго рода обществъ, установляютъ болѣе прочныя отношенія и гдѣ съ одной стороны воля отдѣльныхъ членовъ опредѣлятся и связуется сущностью и цѣлью общества; съ другой же стороны тѣ общества, дѣятельность которыхъ направлена не исключительно на пріобрѣтеніе имущества, но въ которыхъ есть стремленіе къ достиженію этическихъ отношеній, должны регулироваться правомъ, сообразно съ этими отношеніями.

Сюда относятся нетолько супружескія отношенія, отношенія родителей къ дѣтямъ и слугамъ, но также и всѣ корпоративные союзы, которыми такъ богата германская жизнь, и которыя установляются нѣмецкимъ правомъ не только въ имущественно-правовомъ отношеніи, но также и для нравственно-правовыхъ цѣлей, какъ вспомоществованіе, призрѣніе вдовъ и сиротъ. Такимъ образомъ эти союзы являются совершенно противоположными римской societas, бывшей ничѣмъ инымъ, какъ соотвѣтственнымъ выраженіемъ римскаго эгоизма, противящагося всякаго рода прочнымъ связямъ. Однако истинная задача народнаго хозяйства, нравственности и права нашего времени заключается въ томъ, чтобы снова возстановить, основанные на принципѣ свободы и вмѣстѣ съ тѣмъ регулирующіяся нравственно-правовыми отношеніями, союзы между напимателями и работниками. Наконецъ наша жизнь, болѣе развитая въ нравственномъ отношеніи, вызвала различныя общества, съ умственными и нравственными цѣлями, въ которыхъ участіе членовъ, посредствомъ дѣйствія или имущества, опредѣляется правомъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ имущественная сторона, какъ средство, является подчиненной цѣли, при чемъ не можетъ быть и рѣчи о господствѣ, или волѣ отдѣльныхъ лицъ.

По этому вообще совершенно слѣдуетъ отказаться отъ односторонней правовой точки зрѣнія Римлянъ (104) и право должно имѣть въ виду не отдѣльный субъ-

---

(104) Отъ такаго воззрѣнія неотказался также и *Іеринъ*, потому что онъ (II. S. 143) говоритъ: „содержаніемъ каждаго правоваго отношенія,—если отдѣлить послѣднее отъ побочныхъ обстоятельствъ и взять его юридическую основу,—будетъ воля, господство, при чемъ различіе правовыхъ отношеній есть только различные виды господства“. *Іеринъ*, не отрицая того“, что матерія права часто находится смѣшанной съ другими элементами въ различныхъ пропорціяхъ, представляя или совершенно незначительную, или самую главную, или только единую составную часть (?) каждаго правоваго отношенія“, все таки думаетъ, что “юристъ, при юридическомъ анализѣ, долженъ, такъ сказать, опредѣлить въ отдѣльномъ правовомъ отношеніи процентъ права“. Но, чтобы не впасть въ односторонность, юристъ долженъ не только анализировать, но также и поставить, въ юридическомъ синтезисѣ, правовой жизненной элементъ въ правильномъ отношеніи къ другимъ жизненнымъ элементамъ такъ, какъ послѣдніе имъ обусловливаются и его обусловливаютъ, при чемъ естественно требуется, чтобы жизненные элементы были тоже точно изслѣдованы. Главная ошибка всегда заключается въ томъ, что думаютъ устроить по праву жизненное отношеніе, чисто изъ однаго понятія права, понятаго притомъ односторонне. (Срав. пред. примѣчаніе).—*Пухта*, Cursus der Instit. II. S. 393, гдѣ онъ, при опредѣленіи всѣхъ частей права, полагаетъ основаніемъ понятія послѣдняго уполномоченную волю, какъ власть надъ подчиненнымъ предметомъ, хочетъ такимъ же образомъ опредѣлить содержаніе семейственныхъ отношеній, противъ чего уже весьма основательно замѣтилъ *Савиньи*, System des heut. röm. Rechts I. S. 348.

ектъ или его индивидуальную сферу господства, воли, но вообще служитъ для *внѣшняго регулированія взаимно предполагающихъ и обусловливающихъ другъ друга жизненныхъ отношеній*, такъ чтобы каждое жизненное отношеніе опредѣлялось и объективно, въ связи со всѣми другими, а не по одной субъективной воли однаго или нѣсколькихъ индивидуумовъ. По этому знаніе религіозныхъ, нравственныхъ, народнохозяйственныхъ жизненныхъ отношеній есть основаніе науки права, знаніе, съ которымъ не можетъ соперничать никакое исключительно историческое знаніе.

2) Изъ всего вышесказаннаго можно уже заключить и о значеніи принципа *воли*, который равнымъ образомъ въ римскомъ правѣ проявляется совершенно абстрактно. Между тѣмъ, какъ по справедливому взгляду, источники права имѣютъ двоякое основаніе, объективное въ жизненныхъ отношеніяхъ, служащихъ истинной почвой права, и образующихъ объективную ratio juris, и субъективное основаніе въ волѣ, которая есть причина возникновенія права, какъ внѣшняго видимаго проявленія. Римское же право понимаетъ исключительно волю, какъ источникъ права, такъ что главною характеристическою чертою этаго права слѣдуетъ считать *принципъ субъективной воли* (105). Хотя въ древнемъ религіозномъ воззрѣніи на право, какъ на Fas (fari, изреченіе боговъ), можно видѣть указаніе на начало его, начало стоящее внѣ человѣческой воли; хотя равнымъ образомъ Цицеронъ философскимъ пониманіемъ искалъ источникъ права въ разумной природѣ человѣка, и, такъ какъ Богъ самъ есть высшій разумъ, въ Богѣ и установленномъ Имъ разумномъ жизненномъ порядкѣ (106); но господствующимъ взглядомъ было и оставалось, какъ въ народѣ, такъ и у юристовъ, то, что все, что справедливо, установляется силою воли отдѣльныхъ лицъ или общества. По этому воля является производящей силою права, и, чрезъ то, качествомъ, свойствомъ личности нераздѣльнымъ съ силой, не замѣнимымъ ничѣмъ (какъ разсуждалъ послѣдовательно Римлянинъ). Такимъ образомъ въ публичномъ правѣ общая воля есть источникъ закона, который не создастъ правъ отдѣльныхъ личностей, такъ какъ не онъ создалъ субъективную личность, а потому законъ, исключая крайнихъ случаевъ, не можетъ отмѣнять право, а долженъ лишь охранять его. Но въ нравственныхъ направленіяхъ народа воля не отождествлялась съ произволомъ; подъ волею народъ подразумѣвалъ также истинную *свободу*, которая должна была охраняться, противу произвола, закономъ. Это произошло: частію отъ утвержденія въ гражданскомъ правѣ принципа признанной свободной личности, частію же вслѣдствіе, сдѣлавшаго объективнымъ, понятія о свободѣ, посредствомъ тѣсной связи ея съ институтами права (107). Такимъ образомъ, никакимъ договоромъ, ни одинъ римскій гражданинъ не могъ сдѣлаться рабомъ другаго. Такимъ образомъ право лишало законности всѣ иски по сдѣлкамъ противорѣчащимъ свободѣ брака, какъ напр. обѣщаніе вступить или не вступить въ бракъ, развестись или не

---

(105) То, что я уже замѣтилъ (см. выше примѣчаніе 56) о вліяніи философіи на положительное право, особенно посредствомъ Цицерона, о вліяніи, непонятно вслѣдствіе чего непризнаннаго лучшими романистами (какъ напр. *Пухтой*), теперь весьма подробно доказано въ соч. «Die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer» v. Dr. *Voigt*, (1856), гдѣ полагается также продолжительное вліяніе философіи *Цицерона*.

(106) Это отношеніе закона къ праву отдѣльныхъ лицъ весьма вѣрно изложено у *Иеринга* (ib. II. S. 58). Цицеронъ pro Caecina (c. 33.) говоритъ: Quaero abs te, putesne si populus jusserit, me tuum aut item te meum servum esse, id jussum ratum atque firmum futurum? Perspicis hoc nihil esse. Primum illud concedis, non quidquid populus jusserit ratum esse oportere; и c. 26: fundus a patre relinquitur, at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium non a patre relinquitur sed a legibus.

(107) Это весьма остроумно доказано *Иерингомъ*, ib. II. S. 224.

разводиться, точно также, по древнѣйшему праву, сговоръ или помолвка (Sponsalia) не давали права начать искъ. Точно также законъ не терпѣлъ нарушенія свободы предсмертнаго распоряженія. Особенную важность имѣло охраненіе свободы собственности, какъ составной части свободы, для того, чтобы и для потомковъ грядущихъ поколѣній сохранить эту свободу экономическаго пользованія. Ограниченіе собственности было возможно лишь посредствомъ сервитутовъ.

Вслѣдствіе этаго фамильныя fidei comissa, естественныя повинности нѣмецкаго права, равно какъ и крѣпостная собственность были неизвѣстны; отсюда ясно какое благодѣтельное вліяніе должно было имѣть усвоеніе римскаго права въ германскихъ государствахъ, въ особенности касательно устраненія послѣднихъ отношеній. Но, не смотря на признаніе объективной свободы, въ нравственныхъ и соціальныхъ интересахъ, противоположной произволу, воля, какъ причина права, понимается не въ достаточно правильномъ отношеніи къ *основанію* права, къ ratio juris, которое заключается въ жизненныхъ отношеніяхъ, вытекающихъ изъ этической стороны человѣка. Это ratio (108) требуетъ съ одной стороны, чтобы воля находила свое опредѣленіе именно въ этомъ высшемъ основаніи, съ другой же, чтобы она, вслѣдствіе органической связи между всѣми отношеніями, обращала вниманіе и на тѣ религіозныя, нравственныя, народно-экономическія и публично-правовыя отношенія, которыя касаются обусловливающимъ образомъ отношенія, долженствующаго получить правовое опредѣленіе. Такія воззрѣнія были не чужды и римскому праву, которое смотря по различію отношеній, признало humanitas aequitas, boni mores, utilitas (109). Но центръ тяжести все таки находится въ субъективной силѣ воли, которая и въ публичномъ правѣ, въ воззрѣніи на государство, какъ на договоръ, communis reipublicae sponsio, въ voluntas populi и въ consensus utentium является основаніемъ закона и обычаевъ, равно какъ въ столь характиристической imperium сановниковъ.

3) Между интеллектуальными способностями, преобладающею является, строго анализирующій и комбинирующій ради различныхъ цѣлей, *разсудокъ*, понимающій прежде всего всѣ вещи и лица въ ихъ субъективномъ и изолированномъ состояніи, а потомъ, дѣлая отвлеченіе отъ частностей и особенностей цѣлое этотъ разсудокъ, заключаетъ въ одномъ общемъ (абстрактномъ) понятіи, причемъ въ практическомъ отношеніи, сознательно или безсознательно, руководящимъ мотивомъ является эгоизмъ. Это обусловливаетъ въ римскомъ правѣ *формально и абстрактно логическій* характеръ, стремленіе къ *цѣлесообразности* и вездѣ проявляющійся мотивъ *разсудочнаго эгоизма*.

а) Формально логическій характеръ высказывается въ стремленіи подвести всѣ жизненныя отношенія лицъ между собою и къ вещамъ подъ опредѣленныя общія формулы и образцы; выразить эти формулы ясно, строго и сжато; уважать послѣднія въ ихъ существованіи, какъ бы самостоятельныя существа и при измѣненіи отношеній прибѣгать лучше къ обходамъ, фикціямъ (вымысламъ), нежели отказываться отъ старыхъ формъ. Относительно формальнаго, проявляющагося въ анализѣ въ видѣ комбинаціи, характера, сравнивали римское право съ математикой (110); но въ этомъ заключается скорѣе хула, нежели похвала. Математика, не смотря на то, что она, вслѣдствіе постоянныхъ и необходимыхъ зако-

---

(108) Понятіе ratio является въ источникахъ римскаго права имѣющимъ многоразличныя значенія, какъ *основаніе*, какъ *то, на что должно обращать вниманіе*, какъ человѣческій разумъ и какъ объективная *разумность*, присущая вещамъ или отношеніямъ. См. Voigt. ib. S. 558 u. flg.

(109) Указанія въ отдѣльныхъ случаяхъ даетъ Voigt. ib.

(110) *Leibnitz*, (Opt. vol. 4. p. 3 p. 217). Dixi sepius post scriptu geometrarum nihil exstare, quod vi ac subtilitate cum Romanorum jureconsultorum scriptis comparari possit, tantum nervi inest, tantum profunditatis.

новъ природы, можетъ дѣлать постоянныя и точныя опредѣленія формальныхъ отношеній (величинъ и чиселъ), не должна однако присвоивать себѣ права, принадлежащія матеріальнымъ естественнымъ наукамъ (физикѣ, химіи), изслѣдующимъ сущность вещей природы. Весьма ошибались тѣ математики, которые надѣялись математическими формулами опредѣлить качественную сущность какой либо вещи, явленія (напр. свѣтъ), такъ же ошибается и тотъ, кто опредѣляетъ право, какъ существующее само по себѣ, не обращая вниманія на жизненныя отношенія, и изъ правовыхъ формулъ дѣлаетъ нѣкотораго рода юридическую задачу для вычисленія.

b) Это формальное направленіе, проявляюшееся въ абстракціи и объобщеніи, было вмѣстѣ съ тѣмъ выраженіемъ и постоянной точкой опоры, столь живому въ Римскомъ народѣ, *стремленію къ равенству* (111). Въ позднѣйшія времена въ частномъ правѣ существовали, правда, общія понятія и формы (напр. res формы mancipium и nexum), но лишь какъ выраженіе бо́льшей простоты отношеній. Позднѣе же, съ развитіемъ преторскаго права и науки права, хотя и стали обращать вниманіе на различіе отношеній, тѣмъ не менѣе стремленіе къ объобщенію и уровненію оставалось преобладающимъ. Римлянинъ, не имѣвшій художественнаго чувства для того, чтобы у него могли ложиться конкретныя, индивидуальныя формы, боги котораго были лишь олицетворенными абстрактными понятіями, примѣняемыми къ практическимъ цѣлямъ и отношеніямъ, старался и въ правѣ заключить все индивидуальное и конкретное въ общихъ формахъ. 12-ю таблицами exaequatio juris уничтожило сословное различіе между патриціями и плебеями и въ Римѣ съ тѣхъ поръ было лишь одно *гражданское* сословіе, одно сословное право, право civis romanus. И въ гражданскомъ правѣ преобладающимъ направленіемъ было стремленіе смотрѣть на все, подходящее подъ общее абстрактное понятіе, по возможности одинаковымъ образомъ, что въ особенности замѣтно въ вещномъ правѣ, гдѣ столь важное различіе между движимою и недвижимою собственностью, исключая нѣкоторыхъ имущественныхъ моментовъ, какъ напр. относительно времени пользованія, не имѣло никакаго правоваго значенія для владѣнія, собственности, залога, наслѣдственнаго права и облигацій. Тогда какъ германское право напротивъ, дѣлая существенное различіе между поземельною собственностію и движимымъ имуществомъ, опредѣлило различно самыя права, согласно различіямъ жизненныхъ положеній, сословія и званія, дворянства, гражданина, крестьянина и ремесленника. Правда, что оно слишкомъ мало обратило вниманія на общее гражданское и правовое равенство. Въ этомъ отношеніи опять такое усвоеніе римскаго права споспѣшествовало признанію всеобщей равноправности, точно также какъ и его сравнительно большая простота, ясность и всеобщность много способствовали къ уничтоженію многихъ безполезныхъ различеній и частностей, положивъ вмѣстѣ съ тѣмъ основаніе большаго единства права. Потому и здѣсь возможно примирить нѣмецкое и римское право (112). Единство права и равноправность требуютъ, чтобы для всѣхъ отношеній существовало одно общее и равное право и судъ, въ которыхъ бы отдѣльныя лица, какъ люди и граждане, были равны, вмѣстѣ же съ тѣмъ, чтобы различныя, образующіяся вслѣдствіе

---

(111) Объ этомъ стремленіи къ равенству см. *Ihering* II. S. 86—123.

(112) Всякій разумный Германистъ вѣроятно согласится съ замѣчаніемъ *Иеринга* (II. S. 122. Not.), что истинный путь къ нашему освобожденію отъ римскаго права состоитъ не въ томъ, чтобы опредѣлить разницу между римскимъ централизирующимъ и нашимъ индивидуализирующимъ воззрѣніемъ на право, но совершенно въ противномъ, именно въ томъ, чтобы обработать моментъ централизаціи нѣмецкаго права и показать, что мы вовсе не такъ бѣдны и не нуждаемся занимать изъ римскаго права, недостающій въ нашемъ правѣ, моментъ централизаціи.

раздѣленія общественнаго человѣческаго труда, положенія различно регулировались правомъ (113).

с.) Въ разсудочномъ направленіи жизни римскаго народа заключалась также причина яснаго пониманія, расчета и пользованія всѣми отношеніями для практической цѣли. Это направленіе проникло также и въ частное право, которое испытывало постепенныя преобразованія и измѣненія. Развитіе права нигдѣ не шло такъ объ руку съ жизненными отношеніями, какъ въ Римѣ, и именно не вслѣдствіе неясной потребности, или инстинкта, а вслѣдствіе сознательной дѣятельности, какъ магистратовъ и преторовъ, такъ и самаго народа, посредствомъ законодательства. Ничто не было столь чуждо римскому духу, какъ предоставить отношенія и учрежденія самимъ себѣ, позволить развиваться имъ подобно естественной растительности, такъ сказать, прозябать. Вездѣ обнаруживается сознательное намѣреніе, ясность въ цѣли и въ средствахъ, а потому и мужественная стойкость въ преслѣдованіи цѣли. Римскій народъ никогда не жертвовалъ жизнію ради понятія или теоретическаго вывода. Между тѣмъ какъ теперешніе романисты слишкомъ часто смотрятъ на жизнь чрезъ очки римскихъ понятій, римлянинъ же смотрѣлъ на жизнь своими глазами и, съ измѣненіемъ жизненныхъ отношеній, сознательно преобразовывалъ правовыя нормы и формы.

Въ цѣломъ римское право является *имущественнымъ правомъ*, проникнутымъ мотивомъ *эгоизма* ума, расчитаннымъ для эгоистическихъ интересовъ, принявшимъ юридическую форму господства воли. Эгоизмъ (114), рычагъ всей національной жизни, направленный во внѣшнихъ отношеніяхъ къ покоренію другихъ народовъ римскому могуществу и господству, стремился и во внутреннихъ отношеніяхъ, въ частномъ правѣ, лишь на увеличеніе имущества, какъ на распространеніе господства надъ вещами и дѣйствіями другихъ, причемъ на личный интересъ, обдуманно ищущій выгоды на счетъ другаго, смотрится какъ на естественный принципъ (in emendo ac vendendo naturaliter concessum est, sese invicem circumscribere I. 22, § 3. D. locati). Какъ одностороннее, абстрактное имущественное право, римское право исключаетъ изъ юридической области всѣ отно-

---

(113) Поэтому большая часть новѣйшихъ германистовъ разсматриваетъ отдѣльно правовыя отношенія отдѣльныхъ сословій, и было бы совершенно противно духу нѣмецкаго права и природѣ вещей, сглаживать, подобно романистамъ, различія и разрывать то, что, будучи всесторонне обусловленнымъ въ государствѣ, должно существовать вмѣстѣ

(114) На эгоизмъ *Иеринга*, по примѣру *Гегеля* и *Ганса*, смотритъ какъ на внутренній мотивъ римскаго характера и права. Такъ (I. S. 298) онъ говоритъ: „римскія учрежденія добродѣтели, и т. д. соединяются въ организмъ, который поддерживается идеей эгоизма, но эта побудительная сила высказывается лишь въ строеніи и дѣятельности *цѣлаго*, а не отдѣльныхъ частей.... Сила римскаго эгоизма сказывается въ томъ, что онъ имѣетъ постоянно въ виду совокупную связь и никогда не жертвуетъ ею ради моментальнаго удовлетворенія.... Такимъ образомъ римскій характеръ, съ его достоинствами и заблужденіями, можно назвать системой дисциплинированнаго эгоизма. Главнѣйшее основное положеніе этой системы есть то, чтобы подчиненное приносилось въ жертву высшему, индивидуумъ государству, отдѣльный случай абстрактному правилу, моментъ продолжительному состоянію.... Народъ, у котораго, при высшей любви къ свободѣ, самообладаніе сдѣлалось второю природою, былъ призванъ для господства надъ другими. Но римское величіе было куплено слишкомъ дорогой цѣною. Ненасытный демонъ римскаго эгоизма жертвуетъ всѣмъ ради своей цѣли: счастіемъ и кровью своихъ гражданъ, національностью чужихъ народовъ.... Міръ, принадлежащій ему бездушенъ, лишенъ лучшихъ благъ; этотъ міръ, управляемый не людьми, а абстрактными формулами и правилами, можетъ назваться грандіозною машиной, достойной удивленія вслѣдствіе ея прочности, вѣрности и точности, съ какой она исполняетъ работу, силы, которую она обнаруживаетъ, стирая въ прахъ все, что ей сопротивляется, и который тѣмъ не менѣе есть ничто иное какъ машина; ея господинъ былъ вмѣстѣ ея рабомъ.“ И въ этотъ міръ входитъ и удерживается въ немъ на долгое время занимающееся юношество, при самомъ началѣ изученія, часто прежде, нежели оно успѣло пріобрѣсти высшій масштабъ, посредствомъ этики или философіи права; нечему удивляться если трудно, или совсѣмъ не пріобрѣтается высшаго нравственнаго взгляда на право, государство и жизнь.

шенія, которыя не допускаютъ эгоистическаго могущества или господства, и въ которыхъ проявляются болѣе прочныя жизненныя связи, нравственныя жизненныя цѣли, или подчиненіе имущества такимъ цѣлямъ. Совершенно иное видимъ въ Германскомъ правѣ. Въ духѣ болѣе соотвѣтствующемъ нравственности и праву, вмѣсто того, чтобы совмѣстить всѣ правовыя отношенія въ имущественномъ правѣ, не будучи вообще знакомо съ абстрактнымъ понятіемъ имущества и самостоятельнымъ, юридическимъ единствомъ права, оно опредѣляетъ имущественныя и облигаціонныя отношенія, сообразуясь съ различіемъ лицъ и жизненныхъ отношеній; оно допускаетъ различныя нравственныя ограниченія и въ общественныхъ союзахъ, кампаніяхъ и корпораціяхъ различнаго рода, соединяетъ имущество съ различными нравственными цѣлями. Эгоизмъ нашего времени, стремящійся подчинить себѣ новую, экономически выгодную, свободу движенія имущества и уничтоженіе древнихъ союзовъ, былъ бы вполнѣ удовлетворенъ, если бы онъ, въ духѣ римскаго права, предоставленный совершенно свободному движенію какъ въ жизни отдѣльныхъ лицъ, такъ и въ общественныхъ союзахъ, могъ не обращать вниманія на нравственно-правовыя обязательства; но нравственный принципъ, не смотря на господство римскаго права, не исчезъ еще въ нѣмецкомъ правѣ и германской жизни; онъ заявляетъ свои требованія и долженъ получить новое подкрѣпленіе посредствомъ, все болѣе и болѣе развивающейся на этическихъ основаніяхъ, философіи права.

§. 3. *Вліяніе римскаго права на развитіе жизни и права новѣйшаго времени и значеніе его для правовой жизни и изученія права настоящаго времени.*

Въ, только что сдѣланной нами, оцѣнкѣ внутренняго достоинства римскаго права, его принциповъ, съ указаніемъ отличія его отъ германскаго права, мы обращали неоднократно вниманіе и на измѣненія, произведенныя мало по малу усвоеніемъ этаго права въ германской жизни. Въ этомъ параграфѣ мы разсмотримъ главнѣйшіе моменты съ другой точки зрѣнія.

1. *Вліяніе усвоенія римскаго права на новѣйшее образованіе жизни и права.* На усвоеніе римскаго права, усвоеніе, исторіи котораго имѣющей столь важное значеніе еще нѣтъ, (115) съ высшей точки зрѣнія слѣдуетъ смотрѣть, какъ на обусловленное внутренними причинами событіе, какъ на звено цѣпи, соединяющей труды и пріобрѣтенія народовъ. Часто правда слышались жалобы на то, что это усвоеніе помѣшало естественному развитію нѣмецкаго права; но нельзя отрицать, что оно было благодѣтельно съ одной стороны, потому что римское право, именно въ то время, когда нѣмецкая жизнь начала процвѣтать вслѣдствіе развитія промышленности и торговли, сдѣлалась цѣлесообразнымъ дополненіемъ нѣмецкаго права, по причинѣ своихъ болѣе развитыхъ правовыхъ принциповъ, относительно движимаго имущества; точно также съ другой стороны нельзя не почесть за счастіе и того, что оно послужило препятствіемъ развитію нѣмецкаго права, потому что послѣднее попало на ложный путь: всякое жизненное и правовое движеніе было опутано феодальными сѣтями; достоинство человѣческой личности и свободы, какъ вообще, такъ и относительно пріобрѣтенія имущества, почти совершенно исчезло изъ нравственнаго и правоваго сознанія. Римское право помѣшало дальнѣйшему отклоненію отъ настоящаго пути; оно напомнило германскому духу о принципѣ личности и свободы, находившемся въ

(115) *Блюнчли* указалъ на недостатокъ такой, въ высшей степени интересной, исторіи, въ предисловіи къ своему соч. Deutsches Privatrecht, 1853; въ этомъ предисловіи высказывается полный жизни нѣмецкій юридическій смыслъ, возстающій противъ извращенныхъ и, до сихъ поръ не чуждыхъ многимъ ученымъ, взглядовъ на положеніе, занимаемое римскимъ правомъ въ нѣмецкой жизни, при чемъ указуется на своевременность составленія нѣмецкаго законодательства.

такомъ существенномъ согласіи съ древнимъ нѣмецкимъ правомъ, и сдѣлавшимся перь вспомогательнымъ средствомъ къ освобожденію отъ гнетущихъ оковъ.

Усвоеніе римскаго права вообще согласовалось съ новѣйшимъ умственнымъ направленіемъ, которое, послѣ неудавшихся крестовыхъ походовъ, заставило всѣхъ обратить вниманіе на внутреннія святыя мѣста разума и, вызвавъ развитіе философіи (послѣдній уже слабый крестовой походъ 1248, — Альбертъ Великій 1280 и Фома Аквинскій 1274), вступило потомъ на болѣе самостоятельный путь, отрѣшенный отъ прежнихъ авторитетовъ. Новый, подкрѣпленный знаніемъ древней философіи, философскій духъ; усвоеніе римскаго права и религіозная реформація—были тремя исходными пунктами и, взаимно опирающимися другъ на друга, рычагами новѣйшаго духа. Человѣческое я, какъ оно проявляется въ интелектуальномъ мірѣ, посредствомъ самомышленія и сознанія, и требующее въ религіи жизни, развивающейся изъ внутренней вѣры, получило въ римскомъ правѣ ручательство за его свободное дѣйствіе во внѣшней гражданской жизни. Римское право прежде всего освободило государство отъ узъ церкви, привело въ сознаніе самостоятельность гражданской жизни и понятіе объ общемъ гражданствѣ государства и освободило государственную власть отъ феодальной запутанности. Въ частномъ правѣ оно способствовало признанію гражданской личности, равенства передъ гражданскимъ закономъ, свободы въ имущественныхъ отношеніяхъ, въ особенности свободы относительно поземельной собственности, наконецъ оно повело за собою лучшее судопроизводство, уничтоживъ ордаліи. Вотъ благодѣянія, за которыя мы должны быть благодарны римскому праву. Съ другой стороны надо признаться, какъ уже и выше было замѣчено, что подобно тому какъ философія и сама реформація частію уклонялись отъ истиннаго пути, такъ и римское право, уже вслѣдствіе односторонности своихъ принциповъ, повело ко многимъ заблужденіямъ. Къ тому же присоединилось и то обстоятельство, что оно присвоило себѣ роль побѣдителя и властителя и старалось, столь различныя, нѣмецкія жизненныя отношенія вмѣстить въ свои формы. Но именно здѣсь-то и выказалась сила нѣмецкаго духа и живое здоровое стремленіе нѣмецкаго народа къ праву и именно въ то время, когда его юристы за чужимъ правомъ совершенно забыли право туземное. Съ нѣмецкимъ упрямствомъ, живучестью и терпѣніемъ онъ сохранилъ, вопреки юристамъ и судамъ, весьма важные правовые институты въ своихъ обычаяхъ; самообороной (116) онъ отражалъ нападенія, относительно брака, родительской власти опеки, наслѣдственнаго права, многихъ важныхъ облигацій и особенно въ общественномъ правѣ онъ удержалъ свои воззрѣнія, отличающіяся отъ воззрѣній римскаго права. Единовременно съ началомъ изученія нѣмецкаго права, въ особенности когда *Конрингъ* (1681) съ большою ясностью и силою доказалъ національную самостоятельность нѣмецкаго права, и юристы, не смотря на свое расположеніе къ римскому праву и не смотря на свое желаніе соединить, вопреки исторіи, нѣмецкія правовыя отношенія и институты съ римскими понятіями, сдѣлались справедливѣе къ германскимъ нравамъ. Они выказали болѣе здравый, болѣе обращающій вниманія на существующія отношенія, юридическій смыслъ, нежели нѣкоторые ригористы римско-исторической школы, которые впродолженіе нѣкотораго времени старались возстановить нѣмецкую правовую жизнь въ ея первоначальной чистотѣ, уничтоживъ уже совершившееся сліяніе нѣмецкихъ и римскихъ принциповъ. Правильное отношеніе между римскимъ и нѣмецкимъ правомъ все яснѣе и яснѣе сознается проницательными романистами и германистами. Наконецъ пришли къ сознанію что римское право не можетъ быть взято во всей его чистотѣ, но что при усвоеніи его должны быть сдѣланы

---

(116) Объ этомъ см. особенно Röder, Grundgedanken u. s. w. S. 91. ff.

существенныя измѣненія, что долженъ произойдти особеннаго рода процессъ ассимиляціи, потому что нѣмецкая жизнь могла усвоить лишь то, что соотвѣтствовало ея дѣйствительно существеннымъ потребностямъ. Римское право въ Германіи, какъ въ жизни, такъ и въ самой наукѣ, сдѣлалось не совсѣмъ тѣмъ, чѣмъ оно было въ Римѣ. Нѣмецкая наука разработала его въ такое систематическое цѣлое, какъ это едвали въ состояніи былъ сдѣлать римскій духъ. Да, подобно тому какъ во Франціи римское право нашло примѣненіе, какъ ratio scripta, такъ и въ Германіи въ судахъ сдѣлалось руководствомъ не столько, такъ называемое, легальное господство corpus juris, сколько наука, разработавшая римское право. Послѣдняя степень такаго развитія еще впереди. Германская правовая жизнь должна найдти научное и жизненное выраженіе своего единства и цѣлостности. Задача науки заключается въ томъ, чтобы, отрѣшившись отъ исключительно римско-правовой или германско-правовой точки зрѣнія, обративъ вниманіе на дѣйствительную жизнь, въ которой римское и германское право не раздѣляются рѣзко, а срослись внутренно, изобразить все дѣйствительно дѣйствующее право во всей его цѣлостности и единствѣ. Этимъ конечно не исключается спеціальное изученіе чисто римскаго и нѣмецкаго права, посредствомъ основательной исторической разработки, а отдается лишь должное живому единству права въ наукѣ (117). Такая научная обработка должна проложить дорогу національному законодательству, если бы оно замедлило явиться.

2) Если мы обратимъ вниманіе на римское право, относительно его *практическаго* значенія для настоящаго времени, то безпристрастное изслѣдованіе, снова окрѣпшей, германской науки права доказало, что это значеніе не столь велико, какъ прежде полагали, такъ какъ германская правовая жизнь во всѣхъ отношеніяхъ удержала свои собственныя воззрѣнія (118). Если же взять во вниманіе состояніе права въ германскихъ странахъ, имѣющихъ общее право, состояніе, произведенное совмѣстнымъ существованіемъ и взаимнодѣйствіемъ обѣихъ правовыхъ системъ, то мы найдемъ его крайне плачевнымъ и этому не поможетъ одно историческое направленіе науки римскаго или нѣмецкаго права. Историческія изысканія имѣли тотъ благопріятный результатъ что уяснили особенности каждой правовой системы, уничтожили смѣшеніе институтовъ, соединенныхъ по одному внѣшнему сродству и такимъ образомъ, сохранивъ собственную природу каждаго права, болѣе точно опредѣлили область и границы ихъ примѣненія. Но взгляды германистовъ и романистовъ на отношеніе римскаго права къ нѣмецкой практической жизни еще значительно разнятся и ведутъ въ практикѣ къ неточности и неустойчивости. Во многихъ случаяхъ вопросъ объ усвоеніи римскихъ правовыхъ институтовъ есть неудоборѣшимый quaestio facti.

---

(117) Радуюсь, что могу указать на одного весьма почтеннаго романиста раздѣляющаго со мною это воззрѣніе, руководившее мною при развитіи основныхъ положеній частнаго права въ третьей книгѣ настоящаго труда. *Виндшейдъ*, въ своей университетской актовой рѣчи, содержащей много превосходныхъ взглядовъ на римское право и усвоеніе его, Recht und Rechtswissenschaft, Greifswalde, 1854, говоритъ: „Предстоитъ устранить еще одно зло, къ которому мы до такой степени привыкли, что оно для насъ почти совсѣмъ не чувствительно. То, что можетъ назваться жизненнымъ зерномъ римскаго права должно составить *одно цѣлое* съ специфически-нѣмецкимъ правомъ. Послѣ всего вышесказаннаго такое требованіе понятно: это жизненное зерно римскаго права имѣетъ такое же право на названіе нѣмецкаго права, какъ и специфически-нѣмецкое право, и служитъ для насъ предметомъ изученія только потому, что оно нѣмецкое, а не потому что оно римское право. Научное изслѣдованіе до сихъ поръ еще разлагаетъ правовой матеріалъ на римскую и нѣмецкую составныя части, на которыя оно смотритъ раздѣльно, какъ на двѣ несоединимыя массы.... Можетъ быть, что время (такого раздѣленія труда) еще не прошло, тѣмъ неменѣе остается истиннымъ то, что оно должно пройдти".

(118) См. въ слѣдующей за симъ, исторіи нѣмецкаго права, третье отдѣленіе.

Поэтому нѣмецкая оборотная жизнь страдаетъ не только массою противорѣчій римскаго права,—нисколько не уменьшенныхъ историческою школою въ практикѣ, а скорѣе увеличеныхъ (119),—но и не ясностію, и въ этомъ то заключается существенный источникъ недовольства, которое можетъ быть уничтожено лишь новымъ законодательствомъ; послѣднее если и не можетъ удовлетворить чрезмѣрнымъ ожиданіялъ и надеждамъ, которыя возлагались на него прежде, то въ состояніи покрайней мѣрѣ исправить существенные недостатки.

Вообще въ настоящее время слѣдуетъ согласиться, и это признаютъ передовые германисты и романисты, что исключительно историческая обработка права не удовлетворяетъ потребностямъ и требованіямъ жизни. Мечта о чисто исторической наукѣ права можетъ почесться столь же неосуществимой, какъ и мечта о старомъ естественномъ правѣ, которое въ видѣ всемірнаго права, не обращая вниманія на различія, обусловливаемыя народнымъ характеромъ, нравами и исторіей, хотѣло всѣ отношенія, по нѣсколькимъ абстрактнымъ формамъ, подвести подъ одну мѣрку. На науку права слѣдуетъ смотрѣть какъ на науку жизни, связующую философскій, историческій и непосредственно практическій элементы, науку, представители которой сами должны вызывать въ себѣ и поддерживать правовой смыслъ, просвѣтленный, посредствомъ высшей связи права съ его послѣднимъ основаніемъ, посредствомъ знанія и признанія дѣйствительныхъ жизненныхъ отношеній.

3. *Изученіе римскаго права*, впрочемъ, еслибъ даже послѣднее перестало быть дѣйствующимъ, удерживаетъ за собою огромное научное значеніе. На Римское право вообще слѣдуетъ смотрѣть, какъ на составную часть того наслѣдства, оставленнаго древностію новѣйшимъ европейскимъ народомъ, которое было принято послѣдними въ радостной надеждѣ найдти въ немъ источникъ жизненныхъ силъ. Римское право есть часть римской литературы, но въ немъ отражается римскій духъ и жизнь въ конкретныхъ образахъ. Подобно тому какъ греческая философія преслѣдуетъ идеальное направленіе и греческое искусство выражаетъ идеальное въ изящныхъ формахъ, римскій народъ создалъ въ своемъ правѣ разумное жизненное, художественное произведеніе. Но точно также какъ греческая философія и искусство живутъ въ идеальной свободѣ и пробуждаютъ послѣднюю въ наукѣ, такъ и римское право, проникнутое свободою субъективной воли, питаетъ живое чувство свободы. Духъ свободы, вѣющій изъ древняго римскаго и греческаго міра, былъ встрѣченъ съ радостью и съ любовію. Но римское право вызвало не одно только болѣе свободное движеніе жизни; оно просвѣтило германскій духъ во многихъ отношеніяхъ. Вообще германскому праву нельзя отказать въ формализмѣ; напротивъ тамъ, гдѣ формы должны служить для распознаванія и прочности права, оно обращало на нихъ болѣе вниманія, нежели римское право. Но чему можетъ и долженъ научиться германскій духъ, такъ это—пластическому изображенію всеобщаго понятія во всѣхъ его проявленіяхъ,—подчиненію всего правоваго матеріала центральнымъ принципамъ; относительно же изученія источниковъ,—выработкѣ конкретнаго воззрѣнія на жизнь, посредствомъ богатой казуистики. Это умственное направленіе должно поддерживаться постояннымъ изученіемъ, хотя, согласно съ справедливыми требованіями германскаго духа и жизни, слѣдуетъ вмѣстѣ съ тѣмъ развивать пониманіе различій въ общей одинаковости и, обращая вниманіе на органическую жизненную связь, избѣгать односторонніхъ выводовъ. Наконецъ и само изученіе римскаго права будетъ въ состояніи сложиться болѣе свободно и болѣе научно, когда оно перестанетъ быть, какъ это часто бываетъ, средствомъ для добыванія куска хлѣба, и когда оно перестанетъ быть дѣйствующимъ

---

(119) См. объ этомъ ниже, въ вопросѣ о кодификаціи, взглядъ *Зеуферта*.

правомъ. Такое освобожденіе должно имѣть значеніе и для нѣмецкаго народа и для нѣмецкаго юношества. Точно также какъ новѣйшая литература, создавшись по древнимъ образцамъ, освободилась отъ исключительнаго подражанія и сдѣлалась выраженіемъ германскаго генія, такъ и нѣмецкая наука права и законодательство, окрѣпнувъ съ помощію духа римскаго права, должны освободиться отъ этаго права, какъ дѣйствующаго, и развиваться далѣе, сообразно потребностямъ и генію нѣмецкаго народа. Пришло время, когда изученіе права не должно ограничиваться тѣснымъ кругомъ римскаго права. Подобно тому какъ одностороннее изученіе древности во Франціи, во времена революціи, повело за собою пелѣпое подражаніе греческимъ и римскимъ государственнымъ формамъ (и délivrez nous des Grecs et des Romains сдѣлалось желаніемъ всѣхъ передовыхъ людей), такъ одностороннее и чрезмѣрно преобладающее изученіе римскаго права, воспитало не мало весьма узкихъ правовыхъ воззрѣній и субъективно-абстрактное стремленіе къ свободѣ, которое послѣдовательно перенесено было съ частнаго на публичное право. Изученіе нѣмецкаго права представляетъ въ этомъ отношеніи совершенную противоположность и существенное дополненіе. Однако его одного не достаточно, потому что для изученія права вообще слѣдуетъ искать высшаго критеріума.

Если не желаютъ, чтобы лучшія задатки, заключающіеся въ юношескомъ духѣ, были подавлены, и быть можетъ навсегда, если не желаютъ положить основаніе направленію ума, которое послѣ трудно будетъ измѣнить, то не слѣдуетъ юношескій умъ занимать исключительно и столь чрезмѣрно римскимъ правомъ; его слѣдуетъ знакомить, посредствомъ серьезнаго изученія философской этики и философіи права, съ высшими требованіями жизни, равно какъ съ послѣдними основаніями права, въ ихъ тѣсной связи со всѣми существенными жизненными отношеніями и уже въ началѣ сообщить ему, въ народной экономіи (120), живой взглядъ на столь важныя, лежащія въ основаніи столь многихъ правовыхъ отношеній, народно-хозяйственныя отношенія.

---

(120) Собственно говоря и народное хозяйство въ нѣмецкихъ университетахъ слушается слишкомъ поздно. Оно есть истинное основаніе оборотнаго права, поэтому Vollgraf, въ своемъ соч. [Erster Versuch einer wissenschaftlichen Begründung sowohl der allgemeinen Ethnologie durch die Anthropologie, sowie auch der Staats und Rechs philosophie durch die Ethnologie» въ 3-й части, содержащей сравнительную философію государства и права, стр. 434 справедливо замѣчаетъ:“ Въ нашихъ учебникахъ частнаго права обыкновенно говорится, что *облигаціи* вытекаютъ изъ *договоровъ* и т. д. Нигдѣ однако не задается вопросъ, откуда же вытекаютъ *договоры?* Въ читателѣ или слушателѣ при этомъ всегда какъ будто предполагается знакомство съ теоріей оборота, такъ что каждый начинающій изучать юридическія науки долженъ бы прежде изучить народное хозяйство и потомъ приступать къ частному праву, потому что можно быть не юристомъ и, зная теорію оборота, понимать частное право, но никакъ не на оборотъ.“ Римское право есть самое абстрактное оборотное право и слѣдовательно тѣмъ болѣе должно предполагать знакомство съ вышеупомянутыми основаніями.

ПОДРАЗДѢЛЕНІЕ ТРЕТЬЕ.

ОБЗОРЪ ИСТОРІИ ПРАВА У ХРИСТІАНСКИХЪ НАРОДОВЪ, ВЪ ОСБЕННОСТИ У ГЕРМАНЦЕВЪ (1).

ВВЕДЕНІЕ.

О происхожденіи, характерѣ, пониманіи жизни и права кельтскихъ, германскихъ и славянскихъ племенъ вообще.

Послѣдніе двигатели всемірно-историческаго образованія, Римляне, когда совершенно изсякъ источникъ ихъ нравственной жизни, пали. Паденіе было такъ глубоко и сдѣлалось до такой степени всеобщимъ, что даже спасительная сила истины, принесенная христіанствомъ, нашла слабую точку опоры и Провидѣніе должно было выдвинуть, вмѣсто Римлянъ, хотя и грубые, но за то неослабленные и воспріимчивые народы, которые внѣшнимъ образомъ довершили паденіе Римской имперіи и въ вновь основавшихся государствахъ должны были сдѣлаться представителями болѣе высокаго религіознаго и нравственнаго порядка. Если мы оставимъ всторонѣ Иберійцевъ (2) и Финновъ (3) (вовсе не принадлежащихъ

---

(1) Исторія нѣмецкаго права будетъ изложена здѣсь нѣсколько подробнѣе, частію по ея большей важности, которую я ей придаю вообще, частію же по отношенію къ Австріи, гдѣ эта отрасль права получила истинное значеніе и стала преподаваться теперь въ университетахъ. Въ этомъ изложеніи я думалъ также придать большее значеніе характеру народа, его религіи, древнѣйшему быту и древнѣйшему состоянію права, какъ главнымъ и постояннымъ исходнымъ пунктамъ всего позднѣйшаго историческаго развитія.

Главнѣйшія и замѣчательнѣйшія сочиненія по исторіи нѣмецкаго государства и нѣмецкаго права суть слѣдующія: 1) отличающееся основательностію и ясностію, хотя во многихъ отношеніяхъ не полное и несоотвѣтствующее новѣйшимъ изслѣдованіямъ, соч. *Эйхгорна*, deutsche Staats-und Rechtsgeschichte, 5 (letzte) Ausg., 1844, 4 Bde; 2. *Цёпфля*, deutsche Staats-und Rechtsgeschichte. 2 Bde., 2. Ausg., 1844, сочиненіе, въ которомъ каждая главная часть внѣшней и внутренней исторіи права, а также и источниковъ права, обработана отдѣльно и проведена по всѣмъ періодамъ; и 3, почтенный трудъ *Фр. Вальтера*, deutsche Rechtsgeschichte, 1853, одинаково обработанный во всѣхъ частяхъ, (выключая внѣшней исторіи права), сообразно новѣйшимъ изслѣдованіямъ, и представляющій лучшее руководство. Въ предлагаемомъ обзорѣ исторіи нѣмецкаго права я преимущественно пользовался этимъ сочиненіемъ.—Хорошее и подробное изложеніе литературы по всѣмъ отраслямъ права въ сочиненіи *Генглера*, ко сожалѣнію неоконченномъ, deutsche Rechtsgeschichte im Grundrisse. 1849. Систематическое изложеніе литературы можно найдти также у *Филлипса*, deutsche Reichs-und Rechtsgeschichte, 1850.

(2) Ихъ первоначальное и племенное происхожденіе достовѣрно неизвѣстно; кромѣ баскскаго языка отъ нихъ неосталось ничего. Но вѣроятно, какъ замѣчаетъ *Grimm*, geschichte der deutschen Sprache, I. S. 174, въ древнѣйшее время они имѣли значительное вліяніе на италійскіе и кельтскіе народы, что уже показываетъ названіе Кельто-Иберійцы.

(3) Это племя, заходящее за Уралъ, въ сѣверо-западную часть Азіи, вѣроятно было вытѣснено, изъ средней Азіи въ сѣверную, Кельтами, Германцами и Славянами. *Grimm. ib.*

индо-европейскому племени), пришедшихъ на западъ и сѣверъ Европы, вѣроятно ранѣе Италійцевъ и Грековъ, то изъ трехъ племенъ народовъ: Кельтовъ, Германцевъ и Славянъ (4), происходящихъ, подобно Грекамъ и Римлянамъ отъ одного основнаго племени Арійцевъ, въ особенности *Германцы* являются исполнителями новой всемірно-исторической задачи. Несмотря на длинный переходъ отъ восточныхъ склоновъ Гималая и недружелюбныя столкновенія съ другими племенами, — что разумѣется нетолько долгое время было препятствіемъ къ осѣдлой жизни и развитію образованія, но даже отчасти было причиною упадка послѣдняго, — они все таки сохранили въ себѣ крѣпкія силы жизни и способность къ высшему развитію. Въ то время, когда христіанству, ради его божественной этической истины, сдѣлались необходимы новые этническіе двигатели, начинается переселеніе Германцевъ въ римскую имперію, причемъ большее внѣшнее спокойствіе возстановляется между народами, лишь съ принятіемъ послѣдними вѣры христіанской. Христіанство явилось высшей связью между этими народами, и, если, — что весьма вѣроятно, — главную причину выселенія арійскихъ племенъ нужно искать въ происшедшихъ на ихъ родинѣ расколахъ религіи и культа (5), то они, равно какъ позднѣе и другіе народы, снова нашли въ христіанствѣ религіозное единеніе.

Эти три племени, которыя разсмотримъ теперь ближе, были снабжены каждое особыми задатками духа и характера, — и эти то національныя особенности они сохранили до настоящаго времени.

Кельты (6),—называемые въ малой Азіи Галатами (гдѣ они еще во время

---

(4) Къ Индо-Европейскимъ народамъ, выселившимся въ Европу, принадлежатъ также: *Литовцы* (Litthauer), *Фракійцы* и, какъ полагаютъ новѣйшіе ученые, *Скифы* (конечно смѣшанный народъ), которые впрочемъ для христіанскаго времени не имѣютъ никакого значенія. Литовцы почти неизвѣстны въ исторіи, но, какъ замѣчаетъ *Гримм*: „драгоцѣнный языкъ говоритъ за нихъ.“ Ихъ языкъ распался на три нарѣчія, изъ которыхъ: древнепрусское почти совершенно вымерло, литовское существуетъ въ восточной Пруссіи и Самогитіи, латышское въ Курляндіи и Лифляндіи.

(5) Для подтвержденія этаго, уже не разъ высказаннаго взгляда, я укажу на одно, сколько мнѣ извѣстно не упоминаемое нигдѣ, мѣсто въ законодательствѣ Ману, X. 43, которое гласитъ: „вслѣдствіе невыполненія жертвоприношеній и избѣжанія всякихъ сношеній съ брамінами (la non fréquentationdes bramanes, по переводу Langoi) слѣдующія народныя племена (races), принадлежащія къ военной кастѣ, постепенно въ этомъ мірѣ низошли къ низкому роду судръ. „Между этими униженными, выселившимися или изгнанными племенами, которыя трудно узнать и послѣ въ исторіи, упоминаются и такія, о которыхъ новѣйшія изслѣдованія дали почти что вѣрныя свѣденія, которыя для насъ особенно важны. Сюда относятся Явонны, въ которыхъ оріенталисты снова узнаютъ Іонійцевъ (точно также какъ въ трагедіи Эсхила „Персы“ послѣдніе называютъ греческій народъ Ἰάονες); далѣе Пахлавы, вѣроятно древніе Персы (Pehlvi); Саки, (въ которыхъ *Гримм* узнаетъ Саксовъ), Парады, вѣроятно древніе Парѳяне и Тчины или древнѣйшее арійское племя, которое проникло въ Китай. Судя по этому мѣсту закд. Ману, становится весьма вѣроятнымъ, что выселеніе было слѣдствіемъ борьбы, возгорѣвшейся между сословіемъ воиновъ и сословіемъ жрецовъ, кончившейся побѣдою жреческаго сословія и окончательною организаціей кастоваго быта. Выселившіяся племена были поэтому болѣе сильныя, такъ сказать, болѣе свѣтскаго образа мыслей, и которыя не желали подчиниться игу жреческаго сословія. Замкнутое сословіе жрецовъ, въ особенности система кастъ, были для нихъ всегда чужды. *Лео*, Universalgeschichte II, 50, также думаетъ, что связь нѣмецкихъ племенъ съ Индусами установилась никакъ не прежде вѣка Ведъ, а лишь впослѣдствіи.—Въ первый разъ *Лео*, въ св. Vorlesungen über die Geschichte des deutschen Volkes und Reichs 1854, Band 1, S. 1—36, сдѣлалъ попытку подробнѣе изложить отношенія древне-нѣмецкой жизни и вѣрованій къ индійскимъ Арійцамъ. Многое въ его соч. можетъ конечно назваться лишь намеками, требующими дальнѣйшихъ изслѣдованій.

(6) О Кельтахъ см. новѣйшія сочиненія: die Celtika v. *Dieffenbach*, 1839; Grammatica celtika v. *Zeuss* 1853; *Mone*, Geschichte des Heidenthums im nördlichen Europa, 1822; *его же*, gallische Sprache u. s. w. 1851; *K. Eckermann*, Lehrbuch

Христа говорили на гальскомъ языкѣ), въ Европѣ Галлами, Гелами, Валонами Вельшами,—вѣроятно весьма рано пришли въ Европу и заняли Галлію, потому что, оставивъ безъ вниманія разсказъ Ливія (V. 34) о вторженіи Кельтовъ (Витурійцевъ) черезъ Альпы въ Италію при Тарквиніѣ Прискѣ, уже въ 392 г. до Р. Х. они явились изъ Галліи (по О. Мюллеру по причинѣ разможенія народонаселенія) подъ предводительствомъ Бренна подъ стѣнами Рима, съ которымъ потомъ продолжали войну, вступивъ въ службу къ Этрускамъ (7). Нѣкогда различныя племена Кельтовъ владѣли сѣверною и почти всею среднею частью Европы и исторически можно доказать, что они занимали почти всю сѣверную Италію, Галлію, Германію, на западъ отъ Рейна и на югъ отъ Майна, и альпійскія страны, простирающіяся отъ Австріи до Фракіи. При вторженіи въ Галлію, Кельты вытѣснили оттуда Иберійцевъ въ Испанію, часть которыхъ, подъ именемъ Аквитанцевъ, заняла, кромѣ Испаніи, южною Галлію, Балеарскіе острова, Корсику, Сардинію и Сицилію. Изъ смѣшенія Кельтовъ съ Иберійцами произошли *Кельто-Иберійцы.* Кельты, языкъ которыхъ весьма сродственъ латинскому (Grimm G. d. d. Spr. S. 1027), весьма рано пришли въ соприкосновеніе съ итальянскими народностями и выказали съ ними близкое родство характеровъ.

Характеръ Кельтовъ выражается въ сангвиническомъ, легко возбуждаемомъ, темпераментѣ, въ преобладаніи субъективности, въ любви къ индивидуальному и, въ особенности, въ томъ направленіи духа, которое понимаетъ отдѣльное не какъ органическую часть цѣлаго, но подводитъ его подъ внѣшнія, отрѣшенныя (абстрактныя) понятія (8). Не обладая, отличающимъ Германцевъ, глубокомысліемъ относительно пониманія порядка и правилъ, заключающихся въ самихъ предметахъ и отношеніяхъ; не обладая особенной наклонностью къ общежитію и спокойному подчиненію внѣшней власти, что замѣтно въ Славянахъ, Кельты живы, храбры, неустрашимы въ битвахъ, но лишь на короткое время; любятъ перемѣны и между собою легко распадаются на партіи (9), такъ что всюду и вездѣ проявляется индивидуальная субъективность въ ихъ отдѣльныхъ направленіяхъ и цѣляхъ. Но, при этой субъективной подвижности является, какъ и у другихъ подобныхъ народовъ (напр. Латинянъ), настоятельная нужда въ внѣшней правительственной власти, чѣмъ конечно и объясняется у Кельтовъ огромная власть

---

der Religionsgeschichte und Mythologie, 3. Bd, 1846 (компиляція изъ богатой, но не обработанной литературы); и послѣднее соч. v. *Ad. Holzmann:* Kelten und Germanen, 1855, въ которомъ авторъ, противно свидѣтельству лучшихъ древнихъ писателей, каковы Цезарь и Тацитъ, желаетъ доказать тождество Кельтовъ и Германцевъ, отличая отъ нихъ въ тоже время Геловъ и Кимвровъ. Но все, что онъ ни приводитъ въ подтвержденіе этаго тождества объясняется племеннымъ родствомъ.

(7) Въ Италіи, послѣ нашествія Галловъ (400 до Р. Х.), между Альпами и Апеннинами, остались незначительные Кельтійскіе народы подъ названіемъ *Зеноновъ, Бойевъ, Инсубровъ, Лингоновъ, Кеноманновъ и Салассовъ.* Около этаго времени, по эту сторону Альпъ и внѣ Галліи, жили: *Гельветы* занимая большую часть нынѣшней Швейцаріи; *Ретійцы,* горный народъ на вост. отъ Гельветовъ; *Винделики* между *Лехомъ,* Дунаемъ и Инномъ; *Норики,* въ нынѣшнемъ Крайнѣ и Зальцбургѣ; *Бойи,* вокругъ Платтенскаго озера и нѣкоторое время въ Богеміи (Bojerheim); *Карны* на Ю. отъ Нориковъ, до Тріеста; еще далѣе на В. *Скордиски,* по Дунаю, Савѣ и Дринѣ.

(8) Объ особенности Кельтскаго языка, свойственной такому характера народа, *Лео,* II. S. 13. ff, говоритъ: „Субъективное чувство, проглядывающее всюду, вотъ характеръ Кельтійскаго языка, между тѣмъ какъ нѣмецкій языкъ, при торжественной точности твердыхъ согласныхъ, вращается въ тѣсномъ кругу возможнаго, по большей части въ прочной достовѣрности настоящаго и прошедшаго, касаясь будущаго лишь на столько, на сколько оно является точно опредѣленнымъ".

(9) Caesar de b. g. VI. 11. In Gallia non solum in omnibus civitatibus atque pagis partibusque sed paene etiam in singulis domibus factiones sunt.

жреческаго сословія друидовъ (10). Такимъ образомъ, съ другой стороны, они весьма легко преклонились предъ дисциплиной и владычествомъ Римлянъ и только позднѣе, вслѣдствіе смѣшенія съ германскимъ элементомъ и подъ управленіемъ германскихъ королевскихъ династій, сдѣлались народомъ государственнымъ, придавъ вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ представители латинизма въ продолженіе столѣтій, посредствомъ все большой и большой централизаціи, полное значеніе въ государствѣ—внѣшней, абстрактной и механической римской идеѣ господства, что можетъ быть правильнымъ образомъ устранено только посредствомъ возстановленія древне-германскихъ учрежденій.

Германцы (происхожденіе названія Germanen до сихъ поръ еще неизвѣстно) (11), или, какъ они сами себя называли Deutsche отъ *Thiuda*-народъ, хотя, становятся извѣстными въ Европѣ подъ этимъ общимъ именемъ только въ 9 ст. послѣ Р. Х., ранѣе, вѣроятно, назывались *Ассами*, или *Асками* (Asen, Asker) (12),

---

(10) О власти Друидовъ, заключающей въ себѣ функціи судебную и карающую, см. Caesar l. c. VI. 13, 14. Рядомъ съ Друидами существовали также Барды, пѣвцы (подобные richis древнихъ Индусовъ). Впрочемъ друидство, въ видѣ жреца снабженнаго столь громадной властью, такое не нормальное явленіе у Галловъ, сравнительно со всѣми другими индоевропейскими народами, что его можно объяснить лишь глубокимъ упадкомъ народа, или же можно допустить, что друидство,—которое, по свидѣтельству Цезаря, перенесено изъ Британіи въ Галлію, при чемъ британскіе острова уже рано подверглись вліянію финикійской культуры,—образовалось изъ соединенія столь чуждыхъ элементовъ съ туземными.

(11) Объ этимологіи слова Germanen отъ *Ger*=Wehr, Spiess и, какъ предлогаетъ *Leo* съ чѣмъ согласенъ и I. Гриммъ, отъ кельтійскаго слова gairm, schrei (крикъ), вслѣдствіе чего Кельты и дали названіе одному германскому племени, названіе перенесенное впослѣдствіе на весь народъ (противъ чего и основательно возражаетъ Holzmann, ib. 40—50), см. уже цитированное нами сочиненіе Phillips'a. Нѣкоторые думаютъ, что germanus есть латинскій переводъ слова theodisk, т. е. союзникъ. Я не могу не высказать того мнѣнія, что это названіе первобытно и имѣетъ связь съ санскритскимъ Karman. Послѣднее состоитъ изъ Kr, образовать, дѣлать, и arjaman, или откинувъ ja, arman (ar, очагъ и man) сожитель, вообще товарищъ и обозначаетъ слѣдовательно образующихъ союзъ товарищества. Санскритское слово arjaman германцы, откинувъ ja, измѣнили въ ermen, irmin eormen, yrmen и въ собственныя имена Herman, Erman и т. д. На такое предположеніе меня навела статья v. M. Haug «über den ältesten Namen der s. g. Indogermanen und ihren Stammesgott» въ allgemeinen Monatsschrift für W. u K. 1854 S. 788. *Савиньи*, Geschichte des r. R. (1. Ausgabe, S. 193), высказываетъ, по примѣру Мёзера, предположеніе, что между именемъ ариманны (вѣроятно древнее arjaman, т. е. свободные мужи народа, или истинно свободные, которые въ лонгобардскихъ лѣтописяхъ называются Гериманами и даже Германами) и народнымъ названіемъ Германы можетъ быть есть родство. Савиньи S. 193 полагаетъ, что можно идти далѣе и находитъ различіе между Алеманами, Ариманами и Германами лишь въ произношеніи, такъ какъ *л* и *р* часто смѣшиваются.

(12) Названіе Asen или Ansen должно связывать съ санскритскимъ as—сіять и anga—лучь свѣта, такъ что Asen, по отношенію къ божественному происхожденію, суть лучи свѣта божества, (подобно asvini индійской миѳологіи). Позднѣе, лишь герои и благородные получали названіе ans (Hans). Точно также названіе Готы (Gauten, Geáta, Gautar) сродственно съ Gut, Gott и выражаетъ это божественное происхожденіе. Названіе Asen и Asker встрѣчается неоднократно въ исторіи. Уже Гомеру, (Иліада 862), извѣстна въ Малой Азіи страна Асканія, откуда герой Асканіосъ вывелъ Фригійцевъ (Арійцевъ). Отъ Асканіоса Саксы ведутъ свое происхожденіе (Grimm, G. d. d. Spr. S. 862), что потверждаетъ также сага о Троѣ, встрѣчающаяся у Галовъ и Италійцевъ и намѣкающая на ихъ происхожденіе. Птоломею извѣстенъ народъ, жившій въ бассейнахъ Дона, который онъ называетъ Асеями. *Страбонъ* въ этой же мѣстности указываетъ на ἀσβουργιανοι т. е. Асбурги. *Тацитъ* говоритъ объ германскомъ городѣ Asciburgium (Asenburg), не вдалекѣ отъ Рейна, а Птоломей называетъ Ризенгебирге, лежащій въ срединѣ Германіи, ὀρο ἀσκιβουργιον. Названіе Ассебургъ еще и теперь носитъ одинъ древній разрушенный замокъ въ сѣверной Германіи (около Вольфенбюгеля).

на что указываетъ одна изъ древнѣйшихъ сагъ сѣверо-германцевъ, заселившихъ за долго до Р. Х. нынѣшнюю Скандинавію, равно какъ и саги Готовъ и Саксовъ. Германцы, какъ кажется, пришли въ Европу двумя направленіями, именно: на сѣверо-западъ по Вислѣ къ Балтійскому морю, и черезъ послѣднее въ Скандинавію и на западъ по Дунаю къ Альпамъ и Рейну. Позднѣйшее выселеніе изъ скандинавскаго сѣвера въ нынѣшнюю Германію, какъ это часто принимали, не вѣроятно.

О сродствѣ Германцевъ съ другими народами, имѣвшими значеніе въ исторіи, именно съ Фракійцами (13), еще менѣе съ Скифами (перемѣшанными, вѣроятно съ монгольскими элементами), въ особенности же съ Готами и Гетами, (14),—племенное тождество которыхъ, доказываемое Гриммомъ, уже опровергнуто, по тому что если бы родство это было доказано, то слѣдовало бы отнести начало нѣмецкой исторіи за нѣсколько столѣтій назадъ,—при современномъ состояніи историческихъ изслѣдованій, ничего нельзя сказать съ достовѣрностью.

Характеръ германскаго племени будетъ изложенъ въ началѣ исторіи нѣмецкаго права.

Во время своего переселенія въ Европу и Германію, германскія племена встрѣтились съ Кельтами, клинообразно проникли въ земли послѣднихъ, откуда мало по малу вытѣснили ихъ, при чемъ, разумѣется, множество побѣжденныхъ Кельтовъ сдѣлались рабами или крѣпостными, такъ что въ этой побѣдѣ одного племени надъ другимъ и заключается начало крѣпостнаго состоянія.

Наконецъ пришли въ Европу *Славяне* (15), оттѣснили Германскія племена далѣе на западъ; но потомъ, особенно со времени Карла Великаго, снова были

---

(13) Grimm G. d. d. Spr. 821. говоритъ: „многое въ нравахъ и обычаяхъ Фракійцевъ и Германцевъ подтверждаетъ родство этихъ народовъ".

(14) Это воззрѣніе *Гримма* встрѣтило однако рѣшительное противорѣчіе со стороны замѣчательнѣйшихъ историковъ, въ особенности Зибеля, Вайтца (deutsche Verfassungsgeschihte, Bd. 2.), Гервинуса (Gesch. d. d. Lit. 1. S 23). Впрочемъ это повлекло за собой лишь то, что *Гримм* въ (G. d. d. Spr. S. 176. ff.) еще подробнѣе развилъ свое воззрѣніе, нисколько не опровергнувъ важнѣйшихъ возраженій. Что всего скорѣе могло бы рѣшить споръ, это *языкъ;* но у насъ нѣтъ памятниковъ гетскаго языка. Но если, вмѣстѣ съ римскими писателями перваго и втораго столѣтія и большею частью новѣйшихъ, мы будемъ различать Готовъ отъ Готовъ и смотрѣть на нихъ какъ на отрасль фракійскаго племени, то тѣмъ не менѣе, такъ какъ фракійское племя есть безспорно членъ организма арійскихъ народовъ, между ними будетъ существовать родство. Во всякомъ случаѣ слѣдуетъ видѣть высокую заслугу *Гримма* въ томъ, что онъ, послѣ того какъ сравнительная филологія установила раннюю связь и точку исхода индоевропейскихъ народовъ, постарался изслѣдовать метаморфозы, которымъ подверглись племена, въ особенности германскія, и по возможности возстановить между ними историческую связь. Мнѣніе Гримма о тождествѣ Гетовъ и Готовъ принято многими историками, именно *Лео*, Universalgeschihte Bd. II. VI, (который предполагаетъ также родство Гетовъ съ Массагетами и отыскиваетъ путь гетскихъ народовъ изъ странъ Инда въ Дунайскія мѣстности чрезъ Паропамизусъ по Оксу въ земли, лежащія къ с. отъ Каспійскаго и Чернаго моря). Уже *Пиѳеасъ*, изъ *Массиліи*, путешествовавшій въ 4 вѣкѣ до Р. Х., по сѣвернымъ берегамъ Германіи, нашелъ на берегахъ нѣмецкаго моря Гутоновъ (Plin Hist. nat. 3. 11). Замѣчаніе *Гримма*, G. d. d. Spr. 226, именно что на одной древне-персидской клинообразной надписи, прочтенной Раулинсономъ, Дарій сынъ Гистаспа, перечисляя снова покоренныя государства, рядомъ съ Тотагушемъ упоминаетъ о *Сака* (Тотагушъ земля Саттагидовъ, Геродотъ 3, 91), можетъ быть дополнено извѣстіемъ о томъ, что Rougé счастливо прочелъ египетскій гіеротическій, т. наз. grand papyrus Sallier, содержащій поэтическій разказъ о походахъ Рамезеса Великаго (19 династія около 1400 г. д. Р. Х.) противъ Гетовъ (Geta) въ Месопотаміи, которые составляли великую и могущественную конфедерацію. (Revue des deux mondes 1. Sept. 1855, p. 1068 и 1076)

(15) Слово slava значитъ величественный, славный и относится къ названію этаго народа также какъ къ Ассамъ и Арійцамъ вообще. Славяне назывались также *Вендами*. Послѣднее названіе, *Лео*, II., S. 266, принимаетъ за нѣмецкое,—*Шафарикъ* же (slav. Alterthümer I, 43) за древнѣйшее и туземное названіе Славянъ.

отчасти вытеснены Германцами, отчасти же германизировались. Только спустя нѣсколько столѣтій послѣ Р. Х., Славяне являются раздѣленными на два большія племени (и это раздѣленіе въ языкѣ сохранилось до сихъ поръ), изъ которыхъ одно называлось тогда *Славянами*, другое же *Антами*. Теперь эти племена, по ихъ мѣсту-жительства и народамъ ихъ составляющимъ, образуютъ двѣ отрасли: *Богемско-Польскую*, или сѣверо-западную.—къ которой принадлежатъ Моравы, Чехи, Ляхи, или Поляки и Венды, въ тѣсномъ смыслѣ (по среднимъ частямъ Эльбы и по Саалѣ),— и *Русско-Сербскую*, называемую также *Русско-Иллирійской*, или, юговосточной, къ которой принадлежатъ Русскіе, т. е. Великоруссы и Малоруссы, Русняки, (Руссины, или Рутены), Болгары и различныя племена Иллирійскихъ Славянъ.

Между Германцами и Славянами въ языкѣ и въ характерѣ болѣе сродства, нежели между Германцами и Кельтами; но славянскій характеръ отличается отъ германскаго, частью преобладаніемъ чувства (19) и воображенія, частью же большимъ стремленіемъ къ общности, которое выражается въ устройствѣ всей ихъ общественной жизни. *Семейство*, первое естественное общество, осталось у Славянъ, болѣе нежели у Германцевъ, образцомъ устройства общественной жизни, подобно тому ка къ и религіозное міросозерцаніе Славянъ примѣнено болѣе къ жизни природы и органическому развитію, на что указываетъ ихъ богиня Жива-жизнь. Въ противуположность образовавшимся у Германцевъ понятіямъ о самоопрѣделеніи и свободѣ, Славяне усвоили моментъ *управленія* и того, какъ быть управляемыми, подобно тому какъ всѣ *управляющія* міромъ силы были поняты ими какъ одно божество Ріедкостъ (Радигостъ, Радегастъ), а для понятій порядка и гармоніи была даже особенная богиня Лада (17).

Древняя религія Славянъ еще болѣе, нежели религія Кельтовъ, кажется происшедшей изъ одпаго источника съ Германской, хотя впослѣдствіи и та и другая, сообразно племенному характеру, развились различно (18).

---

(16) Потому, какъ замѣчаетъ *Лео*, Univ. Gech. II. S 226, славянскіе языки, подобно кельтскимъ, болѣе удобны къ субъективной разговорной рѣчи, нежели языкъ нѣмецкій.

(17) О *Радегастѣ*, *Ладѣ* и этимологическомъ происхожденіи этихъ именъ у *Лео*, II. § 269., гораздо правильнѣе, нежели у *Гримма* (Mythologie XXVII).

(18) *Leo*, ib.; *Grimm*, Mythologie, 2 Ausg., 1844, XXVII.

РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

ОБОЗРѢНІЕ ИСТОРІИ ГЕРМАНСКАГО ГОСУДАРСТВА И ПРАВА.

ОТДѢЛЪ ПЕРВЫЙ

ДРЕВНѢЙШІЙ ИСТОРИЧЕСКІЙ БЫТЪ И ПРАВОВОЕ СОСТОЯНІЕ ГЕРМАНЦЕВЪ.

§ 1. *Мѣсто жительства и племена древнихъ Германцевъ.* (19)

Германскія народности, о которыхъ въ концѣ перваго столѣтія намъ даетъ извѣстіе Тацитъ, жили въ странахъ къ востоку отъ Вислы и Карпатскихъ горъ, къ югу отъ Дуная, къ западу отъ Рейна и Шельды до Сѣвернаго моря; они поселились здѣсь такъ давно, что о времени ихъ переселенія въ эти мѣста нѣтъ положительныхъ извѣстій, кромѣ сагъ нѣкоторыхъ племенъ.

Три главныя племена Германцевъ, *Истевоны* или Истевоны, *Ингевоны* и *Герміоны*, какъ ихъ различаетъ Тацитъ (20), производятся сагами отъ трехъ сыновей *Манпуса*, который въ свою очередь былъ сыномъ Бога *Туиско* (21). Сага о Туиско и Маннусѣ относится не столько къ происхожденію Германцевъ, сколько къ происхожденію всего человѣчества вообще, такъ что собственно національная сага о племенахъ начинается только съ трехъ сыновей Маннусса. Это раздѣленіе на три племени, подъ другими только названіями и въ разнообразныхъ измѣненіяхъ, сохранилось во всей германской исторіи до нашихъ временъ.

По извѣстіямъ Плинія, *Истевоны* еще до переселенія народовъ жили въ болѣе установившихся отношеніяхъ, въ странахъ, лежащихъ по обоимъ берегамъ средины Рейна, въ Нидерландэхъ, и были вытѣснены оттуда пришедшими впослѣдствіи германскими народами въ Галлію, которую они и завоевали. *Ингевоны* жили при сѣверномъ морѣ; къ нимъ принадлежали, по мнѣнію Плинія, жители кимврскаго полуострова и сосѣдніе имъ Кимвры (22), Тевтоны, Хауки, Англы къ югу отъ

---

(19) Замѣчательнѣйшее сочиненіе относительно этого предмета Gaspar Zeuss, die Deutschen und die Nachbarstämme, München 1837.

(20) Многіе писатели, какъ напр. Sachsse и Waitz, принимаютъ четверное дѣленіе. Вайцъ св. I, XVII.) считаетъ Готовъ четвертымъ племенемъ: Заксе же, принимающій вообще четверное число, какъ основной принципъ дѣленія германскихъ племенъ и земель, считаетъ четвертымъ племенемъ Вандаловъ.

(21) О названіи Туиско или Туисто взгляды существуютъ различные, *Zeus*, S. 67, *Wackernagel* въ Zeitschrift für d. Alterth. Bd. 6. S. 15). *Leo*, Vorles. über d. d. geschichte S. 201, сравниваетъ Туиско съ отцомъ индійскаго Ману—*Туаштри*, или Вивасватомъ, творческою силою солнца. Ману, сынъ Туаштри, есть человѣкъ какъ сынъ солнца. Маннусъ безъ сомнѣнія тотъ-же индѣйскій Ману, названіе находящееся и у др. народовъ, какъ напр. manes, menes, minos.

(22) О довольно проблематическомъ производствѣ этого имени отъ cetrere. chemphari т. е. рыцари грабежа см. g. d. d. Spr. 637. Можно ли смѣшивать Кимвровъ съ древними Кимерами у чернаго моря (въ Крымѣ), вопросъ не рѣшенный; это принято Gllörer'омъ въ его Urgeschichte d. m. Geschlechts. 1853 S 29.

Эльбы и Фризы къ западу отъ нея. Еще въ до христіанское время Истевоны и Ингевоны предпринимали походы въ Германію. Самымъ многочисленнымъ германскимъ племенемъ было племя *Герміоновъ*, къ которому принадлежали Свевы, Гермундуры или Тюринги, Лонгобарды: у низовьевъ Эльбы, сосѣдніе имъ Семионы, Маркоманы, покорившіе Бойевъ въ Богеміи, и Квады, жившіе въ Моравіи и части Венгріи. Къ этому племени причисляются обыкновенно и Готы (которыхъ однако нѣкоторые писатели, какъ напр. Zeuss, причисляютъ къ *Истевонамъ*), раздѣлявшіеся на *Грейтунговъ* или Остготовъ и *Тервинговъ* или Вестготовъ, далѣе *Вандалы* у истоковъ Эльбы, Лигійцы у верховьевъ Одера, Бургундцы между Одеромъ и Вислой (которые около 250 г. были вытѣснены Готами къ Рейну), Ругіи, Герулы въ Помераніи, Скиры на Вислѣ и Гепиды въ Польшѣ и Венгріи.

Въ третьемъ столѣтіи названіе *Алеманновъ* (23) дается многимъ герміоно-свевскимъ народамъ. Они, во второй половинѣ 3-го столѣтія, вторгаются чрезъ Рейнъ въ Галлію, Гельвецію и даже Италію. Въ третьемъ-же столѣтіи многія истевонскія племена средняго и нижняго Рейна носятъ названіе *Франковъ* (24), первоначально называвшихся *Сигамбрами* (въ Паноніи, возлѣ нынѣшняго Офена), и раздѣлявшихся на *Салическихъ* (25) и *Рипуарскихъ*, изъ которыхъ первые обитали у устьевъ Шельды въ Батавіи, послѣдніе-же въ началѣ пятаго столѣтія обладали лѣвымъ берегомъ Рейна отъ Андернаха до Кёльна. Наконецъ многія ингевонскія племена называются также общимъ именемъ *Саксовъ* (первый ихъ назвалъ такъ Птоломей въ половинѣ втораго столѣтія), которые вмѣстѣ съ Англами, завоевателями Британіи, въ половинѣ шестаго столѣтія находились въ безпрерывной войнѣ съ Франками, до тѣхъ поръ пока въ 803 г. ихъ не покорилъ Карлъ В; съ этаго времени вся сѣверная Германія носитъ одно общее названіе Саксоніи.

Это племенное раздѣленіе Германцевъ сохранилось до нашего времени: удержало ихъ отъ централизирующаго единства и въ своемъ разнообразіи содѣйствовало многостороннему развитію цѣлаго организма германскихъ народовъ.

§ 2. *Характеръ и религія древнихъ Германцевъ.*

Характеръ народа. Въ характерѣ Германцевъ выказываются высокія добродѣтели, не безъ примѣси однако и многихъ недостатковъ. Въ немъ соединяются прежде всего два направленія духа и жизни, которыя у другихъ народовъ весьма часто расходятся и лишь внѣшнимъ образомъ связываются. Въ германскомъ характерѣ про-

---

(23) О значеніи этаго слова см. Гриммъ G. d. d. spr. S. 498, по которому оно означаетъ совершенно доблестныхъ мужей отъ *ala* (совершенно) и *man*. См. также Савиньи, §. 381.

(24) О различной этимологіи этаго названія см. писателей, приведенныхъ Phillips'омъ ib. S. 84.

(25) Это имя, въ первый разъ приведенное Аміаномъ Марцеллиномъ (390), принимается обыкновенно происшедшимъ отъ названія нидерландской рѣки Исселя, прежде Isala, гдѣ долгое время жила большая часть этого племени; напротивъ Rein, die Namen der Salier u. s. w. 1847" гораздо правильнѣе называетъ Салическихъ Франковъ собственниками большихъ, свободныхъ имѣній (Salgüter) и отъ этого производитъ названіе народа. Нѣчто подобное гораздо ранѣе высказалъ Zöpfl ib. S. 30, sal значитъ домъ, въ особенности господскій и барской домъ, salicus, а въ высшемъ значеніи nobilis. См. Grimm, G. d. d. Spr. S. 529 и Zöpfl S. 30. Слѣдовательно рѣка получила свое названіе отъ салическихъ Франковъ, а не они отъ нея.

является глубокое понятіе высшаго, лежащаго внѣ человѣческаго произвола, божественнаго *порядка*, вмѣстѣ съ сознаніемъ *самостоятельности* и свободы, которыя не позволяютъ этому порядку сдѣлаться внѣшнею, давящею силою и смотрятъ на себя самихъ какъ на представителей и исполнителей этаго порядка. Оттого Ассы и Готы производятъ свое названіе отъ göttlichen, которое, по своемупроисхожденію, они сознаютъ въ самихъ себѣ. Поэтому какъ вообще въ божественномъ порядкѣ вещей, такъ и въ порядкѣ общественномъ, я и свобода являются внутреннимъ зерномъ жизни. На этомъ основана *честь*, которая проявляется у нихъ въ болѣе высокомъ смыслѣ, нежели у другихъ народовъ. Такъ какъ слово Ehre означаетъ блескъ (26), то честь и есть отраженіе свободы въ обществѣ; она есть по этому выраженіе и видимое проявленіе высшаго и божественнаго во всемъ свободномъ; моментъ свободы, равно какъ и принципъ *общественности*, понимается глубже и полнѣе. Общественность основывается на высшемъ божественномъ *союзѣ* и требуетъ не одного совмѣстнаго существованія, но дѣятельности съ другими другъ для друга, на всѣхъ ступеняхъ и во всѣхъ родахъ общежитія. Союзъ этотъ соединяетъ одно лицо съ другимъ; отсюда начало *вѣрности*, нравственнаго принципа, проявляющагося въ отдѣльныхъ обязательствахъ и во всемъ личномъ самопожертвованіи, на чемъ въ особенности позднѣе основывается вся германская ленная система, (отличающаяся отъ ленной системы другихъ народовъ, Китайцевъ, Персовъ, Кельтовъ и. т. д. именно своимъ принципомъ вѣрности). Такъ какъ Германецъ проявляетъ свое я въ самонадѣянности, въ которой онъ, какъ говоритъ Тацитъ, видитъ себѣ защиту отъ людей и боговъ, въ собственномъ сознаніи и автономіи, такъ онъ и свое практическое я не желаетъ затерять въ обществѣ, но желаетъ сохранить ему свое мѣсто. Въ германскомъ духѣ и характерѣ являются такимъ образомъ тѣсно связанными между собою высшій *объективный* принципъ порядка, общности въ всѣхъ сферахъ въ жизни—въ религіи, правѣ и обществѣ, вмѣстѣ съ *субъективнымъ* принципомъ я, самосознанія, свободы, или самоопредѣленія. Чувство самосознанія придаетъ ему постоянное мужество, которое часто впрочемъ переходитъ въ гордость, упорство, самоволіе и страсть къ *особенности*. Древній Германецъ часто преувеличиваетъ свое субъективное сознаніе посредствомъ опьяненія виномъ и чрезъ это самое нравственнымъ образомъ лишается своего я и своей свободы, и ставитъ часто въ игру свое я, свою свободу и свое имущество. При всемъ томъ мы замѣчаемъ, въ основаніи германскаго характера, направленія и добродѣтели, охранявшія и по нынѣ этотъ народъ отъ необузданной свободы и деспотизма и которыя можно поддерживать и подкрѣплять духовно-нравственнымъ образованіемъ.

Религія (27) древнихъ Германцевъ, имѣющая много сходнаго съ религіозными воззрѣніями другихъ арійскихъ народовъ — Грековъ, Римлянъ, Кельтовъ и Славянъ и въ нѣкоторыхъ чертахъ съ религіей древнихъ индійцевъ (28), развилась однако сообразно ихъ характеру и особеннымъ силамъ духа, въ особенности фантазіи, подвергаясь многимъ измѣненіямъ; этой религіи дошли до насъ одни остатки, изъ которыхъ трудно возстановить всю систему. Такъ какъ первоначальное раздѣленіе арійскихъ племенъ, вѣроятно, произошло въ Индіи до того

---

(26) Слово *Ehre* совпадаетъ съ англійскимъ iron желѣзо, см. Phillips. ib. § 34; оба же слова имѣютъ одинъ санскритскій корень ar. жечь, палить, блистать, который встрѣчается во многихъ арійскихъ нарѣчіяхъ (ardere, ara по латыни) см. выше.

(27) Главныя сочиненія по этому предмету, суть слѣдующія: Grimm Deutsche Mithologie 2 Aus. 1844; W. Müller. G. d. d. Relig. 1844; Siemrock, Handbuch d. d. Mithologie, 1853.

(28) Отношенія эти еще мало изслѣдованы. *Leo*, Geschichte d. d. Volkes 1854, только теперь началъ ближе изслѣдовать эту связь съ древними индійскими религіозными ученіями.

времени, когда выработался культъ Брамы, Вишны и Сивы и Буддизма, то религіозное воззрѣніе Германцевъ не могло по этому имѣть никакаго близкаго отношенія къ этимъ культамъ (29).

Глубокимъ, хотя, нѣсколько и не яснымъ, основаніемъ религіознаго воззрѣнія древнихъ германцевъ служитъ монотеистическая идея высшаго, всеобъемлющаго, вездѣсущаго и всѣмъ управляющаго существа. Это существо служитъ основаніемъ порядка міра посредствомъ установленной мѣры, и есть мѣритель и обладатель мѣры (miötudr, или по саксонски mötod т. е. единство, мѣра всего, почему и проявляется во всей германской жизни столь важное понятіе расчлененія, какъ внутренняго органическаго дѣленія и разграниченія). Эта мѣра вѣчно присуща Богу и міру и представляетъ собою какъ бы судьбу (Örlog, Orlag). Но въ мірѣ естественномъ и нравственномъ существуютъ, какъ особенныя силы, и другія божественныя качества, которыя политеистически и были представляемы личными божествами. Эти божественныя силы понимались какъ лучи (as, ans, Asen, Ansen), порядки и число которыхъ были представляемы различно, въ различныя времена и у различныхъ племенъ. Высшими богами, или Анзами, считались божества, которымъ были посвящены четыре дня недѣли (30), именно: *Ціу* (31) (или Tiy), Воданъ (Wuotan, Othin, Odin), *Донаръ* (Thorr) и Богиня *Фрикка*. Хотя, Воданъ (Odin) и занимаетъ высшее мѣсто въ сѣверной миѳологіи (32), но все таки нужно принять, что Ціу выражаетъ собой болѣе древнее представленіе неба. Съ Воданомъ почти всегда неразлучна его супруга *Фрикка* (древ. Frigg), иначе называемая *Гольда* (Frau Holle) и Перта (Pertha блестящая), какъ женское олицетвореніе божественнаго духа, какъ властительница надъ женскими святилищами и желаніями женщинъ и какъ глава женскихъ анзовъ, подобно тому, какъ Воданъ глава анзовъ мужескихъ.

Между Анзами были и *Ваны*, почитаемые (вѣроятно уже позднѣе), какъ происходящіе отъ боговъ. Между Ванами, *Локи* (33) имѣли назначеніе уни-

---

(29) *Лео*, въ своей Universalgeschichte II. S. 30 u. f. f. старался подробно выставить сходство культа Водана съ культомъ Сивы; но вѣдь многія религіозныя воззрѣнія, развившіяся въ послѣдствіи въ культѣ Сивы въ Индіи, могли независимо отъ того развиться и въ культѣ Водана. Многое у нихъ напоминаетъ собою и Вишну, есть даже поразительное сходство между Воданомъ и Буддою. Гриммъ въ своей Gesch. d. d. Spr. S. 226, замѣтилъ; что Будда не безъ основанія принимается за Водана. Замѣчательно, что день Водана (Wodanstag, dies Mercurii и въ санскритскомъ называется Budhuvaras). Еще нужно принять въ соображеніе, что скифское Βουδινοι у Геродота, Βωδηνοι у Птоломея, и древнее названіе *Gauti*, которое, по Эддѣ (Grimismal), когда то имѣлъ Одинъ, можно сравнить съ названіемъ Будда-Cautama т. е. просвѣщенный, свѣдующій, мудрый, добрый; но его нельзя сравнивать съ Буддою, основателемъ религіи (которому кромѣ того еще предшествовали шесть прежнихъ Буддъ, т. е. богомъ просвѣщенныхъ), уже по одной хронологіи. см. выше.

(30) Такъ вторникъ Dienstag (для Ціу или Tiy), Среда, Mittwoch или день Водана (по англ. wendesday), Четвергъ (Donnerstag для Доннера), и Пятница Freitag для Фриккн.

(31) *Гримм* G. d. d. Spr. S. 119, сопоставляетъ трилогію главныхъ боговъ у индогерманскихъ народовъ; по его мнѣнію древ. герм. *Ціу*, Вуодану, Донару, соотвѣтствуютъ: скапд. Тиръ, Одинъ, Торръ; лат. Mars, Mercurius, Jupiter; греч. Αρης, Ερμης, Ζευς; Кельт. Hesus, Teutates, Taranis; Слав., Святовитъ, Радигастъ, Перунъ и Инд. Сива, Брама и Вишну.

(32) Wuotan происходитъ отъ wuot, которое означаетъ духовное движеніе также желаніе и гнѣвъ см. Гриммъ ib.

(33) О *Локи* подробнѣе см. статью *Вайнгольда* въ Zeitschrift für d. Alterthum, herausg. v. Haupt, Bd. 7. S. 1—94, въ которомъ (иначе чѣмъ у *Уланда* и *Лео*) Локи справедливо сравнивается съ индійскимъ *Агни* и особенно хорошо изложена метаморфоза, которой подвергался миоъ о Локи, переходя отъ высшаго къ низшему представленію. Локи есть олицетвореніе огня, благодѣтельнаго и пагубнаго. Изъ чистаго и блестящаго Бога свѣта и огня, возбуждающаго повсюду плодородіе, онъ былъ сдѣланъ впослѣдствіи Богомъ погибели и былъ обращенъ въ злодѣя.

чтожить весь родъ боговъ. Но истинно глубокая, полная предчувствія, мысль германской миѳологіи заключается въ томъ, что германскіе боги чувствуютъ надъ собою грозную судьбу неминуемой гибели, которой, не смотря на драматическую борьбу, они и подвергаются. Это уже не греческіе боги, живущіе въ вѣчной радости и уже пережившіе свою борьбу съ гигантами, гдѣ (исключая поэтическихъ пророчествъ), даже и не существуетъ миѳа о погибели боговъ. Во время пожара вселенной, или страшнаго суда (muspilli, гибели всего сущаго), погибнетъ все невѣчное, послѣ чего новый міръ и новая земля возникнутъ изъ моря, какъ бы просвѣтленными, даже Анзы, только не старые, а сыновья ихъ, молодые боги, будутъ царствовать надъ святымъ и праведнымъ народомъ, управляемые въ свою очередь, *могущественнымъ Богомъ* (Timbulyr — позднѣйшій христіанскій *Богъ-Отецъ*). Такое воззрѣніе сдѣлало для германскихъ народовъ весьма легкимъ воспринятіе христіанскаго ученія о всемогущемъ Богѣ, какъ источникѣ всякаго блага и мира.

Въ богахъ и сагахъ о геройхъ отражается особенная черта германскаго характера — *вѣрность*, но уже надломленная; она понимается лишь въ ея противоположности къ *измѣнѣ*, которая проявляется иногда въ чудовищныхъ формахъ. (Такъ она проявляется уже во времена историческія. Арминій, вслѣдствіе измѣны своего собственнаго тестя Зегеста, попадаетъ въ руки германскихъ князей). Измѣна, вмѣстѣ съ страшною кровавою местію и отвратительнымъ корыстолюбіемъ, вотъ нравственныя недостатки, представленные въ сагахъ, ясно показывающіе упадокъ религіи и самаго народа и еще болѣе увеличивающіе въ нашихъ глазахъ блага христіанства, какъ источника перерожденія къ лучшему.

§ 3. *Правовой порядокъ.*

1. *Правовое воззрѣніе Германцевъ вообще.* Право, въ высшемъ своемъ значеніи, понималось *объективно*, какъ *законъ*, *связь*, союзъ (Ewa, Ehe, бракъ) (34), такъ что въ ближайшемъ опредѣленіи права выражается соразмѣрность извѣстнаго дѣйствія по отношенію къ этому союзу, а слѣдовательно дѣйствія, которое необходимо для возстановленія союза, нарушеннаго какимъ либо преступленіемъ («уничтоженный бракъ»). Самъ союзъ представлялся союзомъ для *защиты* и *мира* въ обществѣ или общинѣ *свободныхъ* людей. Союзъ этотъ долженъ удовлетворять нуждамъ цѣлаго общества, равно какъ и его отдѣльныхъ членовъ, ибо свобода отдѣльныхъ лицъ въ древне-германской правовой жизни не есть неограниченный произволъ каждаго; она простирается только на тотъ кругъ дѣйствій, среди котораго воля признается и защищается обществомъ. Общество, понимаемое не какъ безсодержательная абстракція, но какъ живое *расчлененное* цѣлое, состоящее изъ соединеній различныхъ родовъ и ступеней отъ кровнаго и другаго родства до гражданско-политическаго общества, имѣло большое вліяніе на правовыя отношенія своихъ членовъ (на объявленіе молодыхъ полноправными, на освобожденіе отъ рабства, а можетъ быть, и на заключеніе браковъ), и защищало личность и имущество. Въ общинѣ каждый отдѣльной членъ удерживалъ однако свою относительную самостоятельность и свободу. Конечно въ древнія времена, когда образованіе находилось еще на низшей ступени развитія когда общественная связь еще не была скрѣплена, отдѣльнымъ членамъ предоставлялось больше свободы и большее правовое значеніе, нежели въ обществахъ болѣе развитыхъ.

---

(34) Выраженіе êwa, сокращенное êa, означаетъ законъ, связь, союзъ (lex, vinculum, не matrimonium) см. Grimm, deutsche Rechts alterthümer S. 417. Это такое же основопонятіе, какъ и латинское jus, союзъ. (см. выше стр. 20 пр. 6).

Поэтому право предоставленное отдѣльному, свободному лицу для защиты его личности, подвластныхъ ему и его имущества, слишкомъ велико; оно получаетъ свое внѣшнее выраженіе и красу въ *правѣ носить оружіе (Wehrhaftigkeit)* (35). Свободный человѣкъ есть поэтому и вооруженный человѣкъ (wer какъ въ латин. vir; отсюда waro, или baro). Какъ не важно это понятіе, но мы все таки не можемъ его принять за основной принципъ древне-германскаго быта, еще менѣе для послѣдующихъ временъ. Этотъ основной принципъ должно искать въ принципѣ союза и *разчлененнаго* общества, въ которомъ охранялась область права каждаго члена, но вмѣстѣ съ тѣмъ и ограничивалась взятіемъ во вниманіе отношеній къ другимъ членамъ и къ обществу, такъ что *субъективный* моментъ свободы правильно уравновѣшивался *объективнымъ* моментомъ закона и обычая.

2) *Отношеніе права къ религіи.* Въ древнія времена, мы находимъ у Германцевъ такую же связь между правомъ и религіею какъ у древнихъ народовъ Индіи и въ древнимъ Римѣ (см. выше). Почитаніе боговъ еще просто и совершается не въ храмахъ а въ священныхъ рощахъ. Воля боговъ, въ важныхъ случаяхъ, познается въ жребіяхъ, по полету птицъ и въ ржаніи священныхъ коней. Есть впрочемъ и особое сословіе жрецовъ, но отецъ семейства отправляетъ однако самъ всѣ религіозныя функціи своего дома; ни гау, ни даже цѣлое государство, не имѣетъ особеныхъ святилищъ и жрецовъ. Власть жрецовъ была извѣстнымъ образомъ ограничена и была гораздо слабѣе чѣмъ у Кельтовъ. Жрецы не только приносили общественныя жертвы, подъ которыми подразумѣвались и человѣческія, казнь военноплѣнныхъ, но они имѣли такъ же вліяніе и на судебно-политическія дѣла (на что и указываетъ названіе жрецовъ — Ewart); они предсѣдательствовали въ народныхъ собраніяхъ, на войнѣ могли наказывать тѣлесно по праву, предоставленному имъ Богомъ, а не людьми.

3) *Поселеніе и устройство территоріи* (36). Поселеніе Германцевъ, случившееся только отчасти во времена историческія, происходило различными путями. Извѣстная мѣстность заселялась, или цѣлымъ племенемъ, которому присуждено было покинуть свою родину, (какъ напр. Тенхтеры, Марзы), или отдѣльными родами, соединившимися для войны и мира и даже предводителями дружинъ (Аріовистъ). Самое поселеніе сопровождалось символическими обрядами завладѣнія и освященія.

Земли, заселенныя Германцами, раздѣлялись по различію народностей. Каждая народность составляла большую самостоятельную общину, государство (civitas); заселенная земля, называемая Gau, раздѣлялась, въ свою очередь, на малеенія гау (pagi), изъ которыхъ каждая подраздѣлялась на села (vici). Городовъ не было, а были укрѣпленныя мѣста (oppida, castella). Сельское устройство Германцевъ имѣетъ въ себѣ много своеобразнаго. Впрочемъ относительно этаго предмета есть еще много спорныхъ, не рѣшеныхъ вопросовъ.

---

(35) *Филлипсъ*, въ своемъ соч. deutsches Privatrecht S. 23, сдѣлалъ попытку установить, еще мало изслѣдованный, высшій руководящій принципъ германскаго права и думалъ найдти его *въ правѣ носить оружіе* (Wehrhaftigkeit) какъ общемъ основаніи: 1) *свободы*, или самоохраненія; 2) *опеки*, или защиты другихъ и 3) *охраненіи*, или защиты вещей. Впрочемъ этотъ принципъ едва ли вполнѣ опредѣляетъ специфическій характеръ германскаго права и его отличіе отъ римскаго. Весьма трудно подвести богатую разнообразіемъ правовую жизнь Германцевъ подъ эти три формы. Это воззрѣніе кромѣ того слишкомъ выставляетъ на первый планъ *субъективный* моментъ, съ точки зрѣнія *отдѣльнаго* лица, и не достаточно обозначаетъ *союза* расчлененнаго общества и вытекающихъ отсюда правовыхъ отношеній.

(36) Главное соч. *G. L. v. Maurer*, Einleitung zur Geschichte der Staats-Hof-Dorf-und Stadtverfassung und der öffentlichen Gewalt. München. 1854. Срав. также *Waitz* ib. S. 19; *Bethmann-Hollveg*, über die Germanen vor der Völkerwanderung 1850, и хорошую статью *Блюнчли*, въ *Kritische Ueberschau* d. d. Gesetzg. u. Rechtsw. Bd. II. S. 291.

Въ началѣ, отдѣльные дворы и села (Urdörfer) существовали одни возлѣ другихъ; въ послѣдствіи первые увеличились въ села, которые позднѣе, въ средніе вѣка, пріобрѣли самостоятельность отдѣльныхъ дворовъ и обратились въ господскія имѣнія. Въ селѣ слѣдуетъ различать три части: 1) домъ со дворомъ, 2) полевой участокъ соединенный съ дворомъ (постоянный или мѣняющійся), который назывался Hube, или Hufe и 3) общинная земля (Almende). Когда избиралось мѣсто для устройства села, то каждый свободный членъ получалъ столько земли, сколько ему нужно было на устройство дома, усадьбы и сада. Это называлось домомъ и дворомъ и составляло его *собственность*, въ полномъ смыслѣ. Кромѣ того каждый свободный членъ получалъ и полевой участокъ, т. е. Hube, или Hufe (hoba, называемые въ позднѣйшихъ юридическихъ памятникахъ sors, portio). Но составляла ли эта губа постоянную собственность, или ежегодно мѣняющееся владѣніе, это вопросъ спорный. Важныя свидѣтельства Цезаря (37) и Тацита, если не смотрѣть на нихъ съ намѣреніемъ вывести какой нибудь взглядъ, сходятся почти въ слѣдующемъ: 1) что древніе Германцы не знали частнаго владѣнія и 2), что они ежегодно мѣняли полевые участки. Цезарь прибавляетъ къ тому, что земли ежегодно распредѣлялись начальствомъ (magistratus ac principes). Тацитъ же въ одномъ мѣстѣ, подвергавшемся различнымъ толкованіямъ, сообщаетъ, что ежегодная мѣна полевыми участками установлялась общиною, сообразно мѣняющемуся числу отцовъ семейства (pro numero cultorum) и сообразно высшему положенію лица (secundum dignationem), такъ что важныя лица могли получить и нѣсколько Гуфъ, прибавляя, при этомъ, что послѣ надѣла, отъ обширныхъ участковъ, оставалось еще довольно свободной земли (et superest ager), какъ пустошей для пастьбищъ. Но ни Цезарь, ни Тацитъ не объясняютъ того, переходила ли община изъ однаго мѣста на другое при этомъ обмѣнѣ участками, или мѣна совершалась одними и тѣми-же участками. Первое могло быть при Цезарѣ, когда германскіе народы были еще въ большомъ движеніи, второе при Тацитѣ, который засталъ уже больше постоянства и болѣе установившіяся отношенія. Вообще трудно опредѣлить исторически время пере-

---

(37) Цезарь de. b. g., говоря (IV) тоже самое о воинственныхъ Свевахъ, разказываетъ (VI) вообще о германцахъ (исключая нѣкоторыхъ не земледѣльческихъ писменъ), слѣдующее: neque quisquam agri modum certum aut fines habet proprios: sed magistratus ac principes in annos singulos gentibus cognationibusque hominum qui una coïerint, quantum et quo loco visum est, agri adtribuunt, atque anno post alio transire cogunt. Тацитъ, Germ. 26, говоритъ: agri pro numero cultorum ab universis in vices (in vicem по др. рукописямъ) occupantur, quos mox inter, se secundum dignationem partiuntur. Facilitatem partiendi camporum spatia praestant, arva per annos mutant et superest ager. Эти мѣста, признаные темными и Гримомъ R. A. 1828, S. 495, различно толковалось и новѣйшими писателями. О различныхъ толкованіяхъ этихъ мѣстъ см. въ кратцѣ *Orellius*, Taciti opera Turici 1848, Tom II p. 365; въ особенности *Eichhorn* ib. § 14; *v. Sybel* ib. S. 5; *Waitz* ib. S. 23; v. *Bethmaan-Hollweg* ib. S. 10. Такъ какъ я не вижу существеной разницы въ извѣстіяхъ Цезаря и Тацита, который, я думаю, выразился бы яснѣе, если-бы хотѣлъ сообщить что нибудь другое нежели Цезарь, а потому я принимаю вмѣстѣ съ *Зибелемъ*, *Бетманъ-Гольвегомъ*, *Мауреромъ* и др. что и Тацитъ не засталъ еще у Германцевъ частнаго владѣнія полевыми участками, что и соотвѣтствовало состоянію тогдашней, еще простой культуры Германцевъ. Sybel, ib. S. 9., замѣчаетъ: „намъ нечего болѣе разбирать коментаріи и аналогіи къ Тациту; я укажу на статью *Hanssen'a*, приведенную *Dahlmann'омъ*(*Valke*, neues staatsbürgerliches Magazins, Bd. 3. u. 6.) о владѣніи землею у Датчанъ, въ началѣ ср. вѣковъ, гдѣ мѣна уже исчезла, но остались однако всѣ ея послѣдствія, относительно положенія нѣкоторыхъ округовъ въ Гундсрюкѣ и въ наше время, гдѣ вся земля принадлежитъ общинѣ, которая надѣляетъ отдѣльныхъ лицъ по жребію на 3, 5 и 18 лѣтъ участками этой земли, съ правомъ пользованія, отчужденія, и наслѣдованія по общимъ правиламъ общины". Паралели къ извѣстіямъ Цезаря приводитъ *Zeus* изъ быта славянскихъ народовъ и нѣкоторыхъ кельтскихъ племенъ.

хода къ частному владѣнію, который всегда случается послѣ переселенія народовъ; отъ того-то многіе ученые и принимаютъ такое владѣніе существовавшимъ во время Тацита. Перемѣна правовыхъ отношеній уже достаточно объясняется измѣненіемъ жизненныхъ отношеній. Въ сельскомъ устройствѣ Германцевъ выказывается ихъ отличительный характеръ въ томъ, что они въ сельской общинѣ хотятъ сохранить самостоятельность семейной жизни, посредствомъ отдѣленія и огражденія дворовъ (38).

4) *Личныя и сословныя отношенія.* По состоянію, лица раздѣлялись на *свободные, не свободные и благородные роды.* Свобода имѣетъ свое видимое выраженіе въ правѣ носить оружіе, и тотъ, кто пользуется этимъ правомъ, имѣетъ голосъ въ народномъ собраніи (39). Самая свобода состояла въ томъ, что свободный подчинялся лишь выбраннымъ земщиной властямъ и судился равными, по общимъ законамъ, наслѣдованнымъ отъ предковъ, или утвержденнымъ обществомъ. Отъ свободы зависѣла честь въ общинѣ (см. выше).

Не свободными были послушные (Hörigen, Hintersasse), которымъ предоставлялись не значительные крестьянскіе участки за постоянныя подати и службу для ихъ господина. Представителями ихъ были господа; поэтому у нихъ не было голоса въ народномъ собраніи и никакое начальство не защищало ихъ отъ воли этихъ господъ. Главною причиною происхожденія несвободныхъ былъ плѣнъ и покореніе посредствомъ войны; и, безъ сомнѣнія, Германцы, вторгнувшись въ землю Кельтовъ, обратили послѣднихъ въ послушныхъ (hörige). Несвободное состояніе возникало также вслѣдствіе чрезмѣрныхъ долговъ, происходящихъ отъ игры; несвободные могли быть продоваемы иностранцамъ (40). Несвобода могла прекращаться отпущеніемъ на волю, что не давало однако еще всѣхъ правъ свободнаго; только у тѣхъ германскихъ народовъ, которые управлялись королями, отпущенный могъ достигнуть, посредствомъ службы королю, правъ свободнаго.

Изъ свободныхъ выдавались нѣкоторые *благородные*, наслѣдственные *роды* (41); отличіе которыхъ состояло впрочемъ главнымъ образомъ въ большей вирѣ (Wehrgeld). Произошли ли эти роды изъ касты жрецовъ, на что впрочемъ нѣтъ историческихъ данныхъ, были ли они наслѣдственными предводителями войскъ, или-богатые поземельные владѣльцы, произошли ли они изъ королескихъ родовъ, или наконецъ образовалось ли это сословіе вслѣдствіе всѣхъ этихъ обстоятельствъ взятыхъ вмѣстѣ.—все это остается необъясненною загадкою.

Кромѣ благородныхъ родовъ были князья для каждаго гау (Gaufürsten, principes), которые выбирались въ народномъ собраніи, чтобы чинить судъ. Несправедливо принимать, что выборными могли быть только благородные; къ выбору допускались всѣ свободные. Вслѣдствіи этаго выбора, князья Гау получали также исключительное право имѣть военную дружину, что вѣроятно и было главнымъ поводомъ многихъ завоеваній.

---

(38) Tacitus, 26. Vicos locant non in nostrum morem, connexis et cohaerentibus aedificiis, suam quisque domum spatio circumdat. *Блюнчли*, ib. S. 297, справедливо замѣчаетъ, что германское село охраняетъ и въ общинѣ самостоятельность семейства, въ противоположность *римскому* сельскому устройству, гдѣ, при абсолютно-индивидуальномъ господствѣ надъ землею, выказывается *внѣшнее единство* села въ тѣсномъ соединеніи дворовъ, и *славянскимъ* селеніямъ, въ которыхъ соединяются каждые два двора, какъ братья.

(39) Мнѣніе *Вайца* ib. S. 39, (которому слѣдуетъ и Вальтеръ S. 8), по которому право голоса зависѣло отъ владѣнія землею, не находитъ подтвержденія ни у Цезаря ни у Тацита; послѣдній c. 13. даже противорѣчитъ этому мнѣнію. Это мнѣніе вообще не соотвѣтствуетъ древнему быту; потому что нельзя допустить, что вліятельная дружина князя гау, состоявшая изъ свободныхъ и благородныхъ, не имѣла права голоса въ собраніяхъ. Можетъ быть, послѣ переселенія народовъ, и существовало то, что предполагаетъ Вайцъ.

(40) Тацитъ 24.

(41) См. подробно объ эт. *Waitz* I, 65 u. ff.

5. *Семейный союзъ.* По пониманію Германцевъ семейство, какъ членъ общины, не есть только частный, но и общественно-правовой союзъ, обнимающій собою не только кровныхъ родственниковъ (42), но и родныхъ по мужу и женѣ и который является, во время мира, какъ кровная дружба (43), во время же нарушенія мира и войны, какъ *кровавая месть*. Въ сѣмействѣ нужно различать тѣсный и болѣе обширный кругъ. Представителемъ перваго былъ отецъ семейства, на которомъ лежитъ право защиты (онекунство mundium отъ munt, которое первоначально означало рука, нѣчто подобное римскому manus) подчиненныхъ ему жены, дѣтей и слугъ. Отецъ семейства имѣлъ право наказывать членовъ семейства, онъ могъ также принять въ семью и исключить изъ нея новорожденное дитя. Собраніе всѣхъ родственниковъ имѣло однако высшую, контролирующую власть надъ отдѣльными отцами семействъ и является какъ фамильный совѣтъ, или какъ семейный судъ (44). Вообще родственники, жившіе большею частію по сосѣдству, должны были присутствовать при распряхъ и въ судѣ, какъ *соприсяжники* (Eideshelfer).

Бракъ существовалъ въ формѣ монагаміи; полигамія, какъ исключеніе, встрѣчается въ однихъ благородныхъ родахъ и между князьями (даже позднѣе у христіанскихъ меровинговъ было по нѣскольку женъ). *Законный* бракъ совершался первоначально посредствомъ купли (какъ у Римлянъ, посредствомъ coemtio), чрезъ что мужъ получалъ право защиты (munt) надъ своею женою, которая этаго права не имѣла, а постоянно находилась подъ защитою отца, родственниковъ, или мужа. Послѣ купли слѣдовало жертвоприношеніе изъ муки (Opfermahl, похожее на римское confarreatio); за тѣмъ свадьба, послѣ которой мужъ и жена получали названіе супруговъ (Gemahle); потомъ торжественная передача невѣсты мужу. Кромѣ покупной цѣны (pretium), которую платилъ мужъ прежнему защитнику своей жены, онъ вручалъ, на утро послѣ свадьбы, своей женѣ такъ называемый *утренній подарокъ* (Morgengabe). Сверхъ того онъ удѣлялъ ей извѣстное имущество, называвшееся Witthum (не отъ слова Wittwe — вдова, а Widmung-посвященіе). Приданое, полученое женою отъ ея семейства, называлось Phader-phium (отцовскій скотъ, pecunia paterna). Между свободными и несвободными законный бракъ былъ невозможенъ, ибо въ такомъ союзѣ свободное лицо могло подпасть подъ защиту несвободнаго. Въ древнѣйшее время разводъ зависѣлъ отъ произвола мужа и состоялъ въ томъ, что послѣдній лишалъ жену свою права защиты. Въ древнихъ сагахъ мы встрѣчаемъ еще обычай, подобный индейскому, сжигать вдовъ съ умершими мужьями; во время же переселенія народовъ существовалъ другой ужасный обычай, который передаютъ намъ нѣкоторыя извѣстія и саги, убивать (какъ у Массагетовъ) неизлечимо больныхъ и слабыхъ стариковъ, причемъ, конечно, желаніе убиваемыхъ было рѣдко свободнымъ (45). Что касается *имущественныхъ отношеній* между супругами, то мы подъ понятіемъ о древнемъ mundium отнюдь не должны разумѣть общность имущества, которая развилась позднѣе (46). Жена имѣла свое отдѣльное имущество, которое состояло изъ ея, такъ называемаго, утренняго подарка и приданаго; но мужъ, въ силу mundium, имѣлъ право пользоваться и распоряжатся этимъ имуществомъ.

---

(42) Родство обозначалось также названіями членовъ человѣческаго тѣла. См. *Leo*, Vorlesungen über die Geschichte d. d. Volkes, I. S. 183.

(43) Sippe отъ слова sibba означаетъ мирныя отношенія, кровную дружру и вообще сношеніе съ кѣмъ либо, короче жизненный союзъ, связывающій извѣстныя лица. См. *Leo*, ib. S. 183.

(44) т. е., какъ у Римлянъ и у другихъ италійскихъ народовъ.

(45) см. *Leo*, ib. S. 137.

(46) *Grimm*, Rechtsalterthümer, S. 449.

Но уже въ самыхъ первыхъ законахъ слѣдующаго періода, жена, послѣ смерти мужа, получаетъ часть пріобрѣтеннаго имъ имущества.

Въ тѣсной связи съ семействомъ находилось у Германцевъ право наслѣдства. Завѣщаній, а также договоровъ о наслѣдствѣ, не было (47). Основаніемъ права на наслѣдство было кровное родство, потому что связь между родными была такъ тѣсна, что отнять у кого нибудь изъ нихъ это право считалось дѣломъ предосудительнымъ. О порядкѣ наслѣдованія мы не имѣемъ никакихъ положительныхъ свѣденій; вѣроятно и тутъ слѣдовали праву крови (Parentenfolge). У всѣхъ германскихъ народовъ мы встрѣчаемъ, въ *позднѣйшія времена*, преимущество мужскаго пола надъ женскимъ. Сыновья очень часто устраняли отъ наслѣдства дочерей; впрочемъ Тацитъ ничего не говоритъ о такомъ преимуществѣ.

Кромѣ семейныхъ союзовъ часто встрѣчаются также, между свободными лицами, союзы десяти (Zehnschaften), а всѣ эти союзы состовляли одинъ, такъ называемый, союзъ общей поруки (Gesammtbürgschaft), всѣ члены котораго отвѣчали за вину каждаго изъ нихъ. Мы не можемъ впрочемъ указать на несомнѣнное существованіе такой круговой поруки въ древнее время (48). Родовыхъ отношеній (Gentilitätsverhältnisse), подобныхъ римскихъ, тоже не существовало (49). Гильдіи образовались уже позднѣе, съ расширеніемъ жизненныхъ отношеній.

6) *Государственное устройство*. Раздѣленіе народа было одинаковое, и во время войны и во время въ мира, поэтому и устройство его было одинаковымъ въ обоихъ случаяхъ. Войско раздѣлялось на сотни, изъ которыхъ каждая составляла особое отдѣленіе. Вѣроятно, что маленькія гау первоначально также распредѣлялись на сотни (50). Такъ какъ народъ есть войско, а народное собраніе — судъ, то судья есть и предводитель войска.

Нужно полагать, что народное собраніе составлялось изъ отдѣленій каждой народности, такъ что каждая сотня (Gau) и цѣлый народъ имѣли свои особыя собранія, хотя Тацитъ и видитъ у Германцевъ одно только собраніе народа. Это послѣднее, такъ назыв. Landgemeinde (thiodmâl), имѣло въ своихъ рукахъ собственно власть политическую. Къ этимъ то общимъ сеймамъ посылались уполномоченные отъ всѣхъ отдѣльныхъ народностей; (Тацитъ насчитываетъ ихъ 39 для однихъ жертвоприношеній). Здѣсь главнымъ образомъ обсуждались важнѣйшія дѣла страны, какъ то: установленіе новыхъ законовъ, объявленіе войны, или заключеніе мира и разсматривались уголовныя жалобы противу свободныхъ. Рѣшеніе дѣлъ менѣе важныхъ представлялось собраніямъ князей гау. Но важные случаи, подлежавшіе рѣшенію цѣлой общины, предварительно обсуждались князьями гау (51). Въ каждой гау князь былъ представителемъ суда, рѣшеніе котораго зависѣло отъ всей сотни (52).

Войско. Изъ каждаго гау выбиралось сто человѣкъ, способныхъ носить оружіе. Даже во время битвы, воины соединялись по семействамъ и родству (familiae et

---

(47) *Tacitus*, 20. Heredes tamen successoresque sui cuique liberi; et nullum testamentum si liberi non sunt, proximus gradus in possessione fratres, patrui, avunculli. объ этомъ см. *Eichhorn* § 65; *Grimm* ib. 407, 472; Zöpfl, II, 2, § 112.

(48) См. опроверженіе этаго особенно у *Вайца* S. 225.

(49) Этотъ взглядъ *Зибеля* § 1. 2. 3. былъ опровергнутъ *Вайцомъ* I. 219 и *Бетманомъ Гольвегомъ* S. 35.

(50) См. *Waitz*, I. S. 32—37 и *Walter*, S. 12.

(51) Въ этомъ предварительномъ обсужденіи князьями гау и въ достигаемомъ такимъ образомъ единствѣ можно видѣть существенное ограниченіе, даже подчиненіе, демократическаго принципа, какъ въ предварительномъ обсужденіи и одобреніи дѣлъ римскимъ сенатомъ и совѣтомъ 400 Солона (βουλη).

(52) Тацитъ, 12., говоритъ о сотнѣ, сопровождавшій князя, какъ о его совѣтѣ. Конечно, со стороны Тацита, это только недоразумѣніе; за избранныхъ онъ принималъ саму общину. Bethman-Hollweg, S. 47.

propinquitates). Предводитель войска (dux) избирался всею общеною страны, или же, какъ это было позже у Саксовъ, по жребію. Жрецы сопровождали войско для отправленій аустицій и для водворенія военной дисциплины. Здѣсь жрецы имѣли право наказывать тѣлесно (см. выше).

Дружина (Comitat). Кромѣ этаго войска, существовала еще княжеская дружина (Gefolgschaft), основанная на безусловной вѣрности и преданности, образовавшаяся изъ выбранныхъ княземъ молодыхъ людей и возмужалыхъ, согласившихся идти къ нему на службу, которымъ онъ, по достоинствамъ и храбрости, назначалъ должности въ своей дружинѣ. Служба эта не ограничивала ни чьей свободы, не чернила ни чьей чести; въ нее вступали и благородные. Во время мира дружина составляла почетную свиту князя, на войнѣ она имѣла свое особое положеніе, честь дружины состояла въ отличной храбрости. Князю не позволялось начать войну по своимъ особеннымъ причинамъ (53); оттого, во время долгаго мира, дружина распускалась за недостаткомъ средствъ содержать ее.

Устройство такой дружины было крайнимъ противорѣчіемъ всему остальному демократическому порядку. Въ то время, какъ здѣсь все существенное рѣшается снизу, тамъ одинъ, по произволу, правитъ лицами и обстоятельствами. Дружина сдѣлалась учрежденіемъ опаснымъ для общей свободы; она поддерживала страсть къ войнѣ, давала поводъ ко многимъ завоеваніямъ и угрожала общественной свободѣ, которую въ послѣдствіи и подкапала.

Короли. Во времена историческія, нѣкоторыя изъ германскихъ племенъ управляются посредствомъ свободныхъ общинъ; другія же (какъ Маркоманы, Квады, Бруктеры, Готы, Суйоны, или Шведы) Королями. Происхожденіе королевской власти у однихъ изъ нихъ можно прослѣдить путемъ историческимъ, у другихъ же оно теряется во временахъ до историческихъ. Воззрѣнія, относительно происхожденія королевской власти, различны; вообще причины возникновенія этой власти, какъ въ до-историческія времена, такъ и позднѣе, смотря по различнымъ обстоятельствамъ, были различны. Уже въ древнѣйшее время причиною выбора главнаго предводителя изъ извѣстнаго рода послужило, вѣроятно, то значительное положеніе послѣдняго, которое этотъ родъ пріобрѣлъ заслугами и умомъ своихъ предковъ. Это совершенно согласно съ воззрѣніемъ Германцевъ по которому отъ родителей къ дѣтямъ, вмѣстѣ съ кровію, переходятъ и ихъ духовныя способности. Нельзя также упустить изъ виду и вліяніе жреческаго достоинства, связаннаго съ званіемъ главнаго предводителя. Но такъ какъ у насъ нѣтъ историческихъ данныхъ чтобъ принимать за одно и тоже сословіе дворянъ и жрецовъ, то мы и не можемъ разсматривать королевскую власть, какъ развитіе или произведеніе жречества (54). Въ послѣдствіи, на происхожденіе королевской власти, вѣроятно, имѣли вліяніе: внутреннія и внѣшнія войны, соединенія нѣсколькихъ племенъ въ одно цѣлое, долгія странствованія и походы, перевороты и примѣръ сосѣднихъ народовъ. Поэтому также ошибочно выводить начало королевской власти изъ дружины. Хотя дружина и могла дать первый поводъ къ утвержденію такой власти, но все таки было необходимо еще и согласіе народныхъ общинъ. Неосновательно также и то воззрѣніе, что будто бы въ древнія времена короли были не больше какъ старшины отдѣльныхъ родовъ, или сотенъ, и ничѣмъ существенно не отличались отъ principes, изъ которыхъ

---

(53) Этотъ важный, относительно характера дружны, вопросъ хорошо выяснили Waitz I. § 124 и Roth 17.

(54) Основная черта германскахъ и вообще всѣхъ значительныхъ индо-германскахъ племенъ состоитъ въ томъ, что жреческое достоинство соединялось, какъ въ семействѣ въ лицѣ отца, такъ въ общинѣ и гау, въ ея представителѣ, въ королѣ, вслѣдствіе его общественно-политическаго положенія. Потому, при большемъ развитіи жизненныхъ отношеній, жречество можно понимать какъ власть, выдѣлившуюся изъ правительственной власти, а не на оборотъ.

образовались stirps regia, и что поэтому древнѣйшая королевская власть вытекала только изъ родоваго государства и выработалась позднѣе въ другомъ видѣ уже на римской почвѣ и подъ вліяніемъ римскихъ понятій (55). Какъ вообще не основательно принимать у Германцевъ раздѣленіе родовъ не по родственнымъ а по гражданскимъ союзамъ, подобно римскому, такъ вообще и королевская власть развилась здѣсь совершенно инымъ путемъ, хотя и нельзя отрицать, что римскія понятія, и еще болѣе христіанство, вліяли на усиленіе этой власти.

Степень королевской власти не у всѣхъ народовъ была одинакова; такъ у сѣверныхъ народовъ (у Готовъ, еще больше у Суйоновъ т. е. Шведовъ) власть эта была сильнѣе, не вредя однако ихъ свободѣ (nondum tamen supra libertatem, Tacit 43); у другихъ же народовъ мы видимъ эту власть ограниченною. Во всѣхъ извѣстныхъ случаяхъ король, подобно каждому отдѣльному князю, былъ предводителемъ народныхъ войскъ и предсѣдательствовалъ въ судѣ. Хотя, въ народныхъ собраніяхъ голосъ короля особенно былъ принимаемъ во вниманіе (auctoritate suadendi magis quam jubendi potestate, Tacit 11.), но рѣшеніе принадлежало все таки общинѣ.

Наслѣдственность и выборъ, относительно королевскаго достоинства, были тѣсно связаны между собою. Хотя, народъ и выбиралъ королей, но всегда изъ извѣстнаго рода, такъ что этотъ выборъ былъ только признаніемъ того кто уже самъ по себѣ былъ того достоенъ (56).

Уголовное право. Уже въ древнѣйшія времена, германцы отличали преступленія, непосредственно касающіяся цѣлаго общества (proditores, transfugae), или выказывающія недостойность однаго изъ членовъ (ignavi, imbelles, corpore infames), которыя наказывались различными видами смертной казни, отъ преступленій, направленныхъ только противъ отдѣльныхъ лицъ (57). Въ послѣднемъ случаѣ судъ, по *требованію* обиженнаго или его родственниковъ, возлагалъ на обидчика, смотря по преступленію, извѣстную денежную пеню (mulcta, Busse), изъ которой одна часть отдавалась пострадавшему за понесенную имъ обиду, или вредъ, другая же шла въ пользу общины, или короля. При извѣстныхъ же преступленіяхъ, которыя могли угрожать общественному спокойствію, и за которыми слѣдовало лишеніе покровительства законовъ (Friedlosigkeit), допускалась месть (58), простиравшаяся до права на жизнь обидчика. Не было однако обязательствомъ для причастныхъ къ дѣлу мстить, или защищаться (59); и, вообще здѣсь нельзя принимать существованіе полнаго права своевольнаго возмездія, возможнаго лишь при грубомъ состояніи свободы (60). Особенымъ видомъ мести была *кровная месть* за убійство, при чемъ семейство и прежде всего мужскіе кровные родственники убитаго были обязаны мстить убійцѣ; но если они довольствовались вирою (Wergeld, Manngeld), то убійца былъ принуждаемъ общиною къ уплатѣ этой виры, а семейство его должно было поручится въ томъ (61).

Въ этихъ основныхъ чертахъ мы видимъ у Германцевъ общественную жизнь, устроенную соотвѣтственно простымъ отношеніямъ жизни (62), которая однако

---

(55) Противъ этого воззрѣнія *Зибеля* см. *Вайца*, II, 14 и Вальтера, § 24.

(56) Позднѣе, даже при Каролингахъ, народъ имѣлъ голосъ при вступленіи Королей на престолъ. См. Bethmann-Gollweg, S. 54.

(57) *Тацитъ*, 12.

(58) *Eichhorn*, I. § 18.

(59) *Waitz*, I. S. 209.

(60) *Waitz*, I. S. 191.

(61) *Walter*, §. 17.

(62) Въ другомъ мѣстѣ Roth (ib. S. 32) въ слѣдующихъ словахъ весьма хорошо очерчиваетъ характеръ древняго германскаго устройства. Германскіе народности имѣли до переселенія не только государственныя учрежденія, но и общественный бытъ, лучше организо-

существеннымъ образомъ измѣнилась въ своемъ характерѣ, вслѣдствіи переселенія народовъ и смѣшенія съ чужими элементами.

ванный, чѣмъ у всѣхъ другихъ древнихъ и новыхъ народовъ, стоявшихъ на той же ступени цивилизаціи. У нихъ не было, какъ въ Римѣ, дворянской касты, присвоившей себѣ одной всѣ права гражданства и владѣнія землей и принужденной впослѣдствіи подѣлиться своими правами съ многочисленнымъ плебсомъ, борьба съ которымъ погребла Римское государство въ его же собственныхъ руинахъ. У нихъ не было также необузданнаго господства черни, какъ въ Аѳинахъ; ни дикаго солдатскаго управленія, какъ въ Спартѣ, гдѣ бѣдные илоты служили мишенью для стрѣльбы дѣтей своего господина. Наконецъ у нихъ не было позорнаго деспотизма восточыхъ кочевыхъ ордъ, гдѣ палачъ есть высшее правительственное лице. Равноправность всѣхъ свободныхъ,—вотъ основа германскаго государства. Дворянство не имѣетъ политическихъ преимуществъ предъ другими соплеменниками. Начальствующія лица лишены произвола и отвѣтственны передъ общиной. Дѣятельность ихъ проявляется лишь въ дѣлахъ общественныхъ: въ войнѣ, въ отправленіи правосудія и въ народныхъ собраніяхъ. Все проникнуто принципомъ самоуправленія. Какъ отдѣльное лице, въ своемъ семействѣ, такъ и деревня, и союзъ марокъ, и гау, управляются сами собою. Однако эта, столь развѣтвленная, организація не лишена и общей централизаціи. Главою племени является народное собраніе изъ всѣхъ свободныхъ; въ рукахъ этого собранія все общее управленіе; уже по самому составу своему оно должно парализировать всякую попытку на злоупотребленія ко вреду общественной свободы. Дѣлопроизводство въ высокой мѣрѣ мудро; нескончаемыхъ дебатовъ нѣтъ;—есть только предложеніе, со стороны начальствующихъ, и принятіе, или непринятіе, со стороны общины. Вотъ почему у германскихъ племенъ мы не встрѣчаемъ тѣхъ кровавыхъ переворотовъ, того насильственнаго, или коварнаго употребленія во зло своей власти, со стороны могущественнаго лица, что у другихъ народовъ влекло за собою утвержденіе королевской власти, намѣсто демократіи. Королевская власть у Германцевъ утверждалась, посредствомъ свободнаго выбора народа; она не была у нихъ позорной деспотіей, гдѣ princeps legibus solutus est, но была въ первое время по преимуществу только административной, пока наконецъ, мало по малу, не сдѣлалась монархической. Напротивъ кельтическое устройство, разлагающееся передъ нашими глазами (?), шло совершенно противоположнымъ путемъ развитія.

Причины позднѣйшихъ преобразованій заключались не въ самомъ устройствѣ, какъ въ Римѣ. Я ищу ихъ не столько въ ретроградномъ движеніи народа отъ общинаго устройства,—результатомъ чего могло только быть увеличеніе королевской власти,—сколько въ несчастномъ вліяніи романскихъ и кельтскихъ учрежденіи на германскія отношенія. Такъ мы видимъ это вліяніе прежде всего касается германскаго имущественнаго права и производитъ полнѣйшее измѣненіе относительно распредѣленія поземельной собственности. Непосредственнымъ слѣдствіемъ такой реформы было подавленіе свободнаго сословія и образованіе необузданной аристократіи, мятежной провъ правительства и грубой относительно ея подчиненныхъ. Англія обязана счастливымъ сохраненіемъ своей свободы, не столько своему географическому положенію, сколько отсутствію вліянія кельтическихъ и романскихъ элементовъ.

РАЗДѢЛЪ II.

ОБЗОРЪ ИСТОРІИ ГЕРМАНСКАГО ГОСУДАРСТВА И ПРАВА ОТЪ ПОСЕЛЕНІЯ ГЕРМАНСКИХЪ ПЛЕМЕНЪ ВЪ ПРЕДѢЛАХЪ РИМСКАГО МІРА ДО НАШЕГО ВРЕМЕНИ.

Предварительное замѣчаніе.—Послѣдующій очеркъ исторіи государства и права, имѣющій цѣлью представить только ходъ развитія и преобладающій характеръ права, какъ онъ выразился въ важнѣйшихъ событіяхъ каждаго періода, распадается на три главныя эпохи: 1) Отъ поселенія германскихъ племенъ въ предѣлахъ Римскаго государства до окончательнаго отдѣленія Германіи отъ западно-франкской монархіи 888 г.; 2) отъ 888 г. до утвержденія вѣчнаго земскаго мира Максимиліяномъ I. 1495 г. 3) Отъ 1495 г. до уничтоженія Германской Имперіи 1806 г. Слѣдующая за тѣмъ, еще не законченная, эпоха можетъ быть разсмотрѣна только въ ея начаткахъ.

Этотъ историческій очеркъ, съ точки зрѣнія энциклопедіи права, долженъ, согласно тремъ областямъ послѣдней, заключать въ себѣ изложеніе: 1) публичныхъ отношеній; 2) источниковъ права и 3) главныхъ отношеній частнаго права (63).

(63) Я нарочно отступаю здѣсь отъ порядка, которому слѣдовалъ при обозрѣніи римскаго права, ибо болѣе обширный обзоръ развитія публично-правовыхъ отношеній, по большей важности предмета, будетъ здѣсь всего болѣе у мѣста. Дѣленіе, подобное нашему, (или какъ напр. у Цёпфля), представляетъ нѣкоторыя преимущества при болѣе подробномъ изложеніи исторіи права и государства.

ОТДѢЛЪ I.

ОЧЕРКЪ ИСТОРИЧЕСКАГО РАЗВИТІЯ ПУБЛИЧНО-ПРАВОВЫХЪ ОТНОШЕНІЙ.

ЭПОХА ПЕРВАЯ.

ОТЪ ПЕРЕСЕЛЕНІЯ ДО 888 г.

Эта эпоха заключаетъ въ себѣ главнымъ образомъ: вторженіе въ римскія владѣнія, переселеніе народовъ, основаніе новыхъ германскихъ государствъ и внѣшнее соединеніе ихъ на континентѣ Европы при Карлѣ Великомъ.

§ 1. *Обзоръ внѣшней исторіи.*

Германцы, по отношенію къ римлянамъ, были предвозвѣстниками новаго юнаго міра и свободы. Провидѣніе назначило имъ роль основателей новаго нравственно-правоваго порядка. Кельты не могли влить свѣжій жизненный сокъ въ жилы одряхлѣвшаго римскаго міра. Государственный бытъ Кельтовъ, особенно въ Галліи, находился, въ эту эпоху, уже въ періодѣ разложенія, вслѣдствіе упадка общественной свободы и чрезмѣрнаго преобладанія дворянскаго и (древняго) жреческаго сословій. Нужна была та свѣжая оживляющая сила само-сознающей свободы и личности, какою было проникнуто германское племя, чтобы воздвигнуть, на развалинахъ стараго, новый порядокъ, посредствомъ новаго жизненнаго начала. Переселеніе германскихъ народовъ въ предѣлы Римской Имперіи началось съ 113 г. до Р. Х. и съ этихъ поръ въ Италіи стали раздаваться, все громче и громче, наводящіе страхъ, дикіе воинственные крики Кимвровъ и Тевтоновъ. Это переселеніе, по этому направленію, продолжалось семь вѣковъ—отъ временъ Кимвровъ до поселенія Лонгобардовъ въ Италіи. Сношенія съ Римлянами были то мирныя, то воинственныя, но результатомъ всѣхъ этихъ сношеній было все, болѣе и болѣе усиливающееся, вторженіе этихъ народовъ въ Римскую Имперію. Разсмотримъ прежде всего главнѣйшія событія.

Еще до переселенія народовъ, страсть къ войнѣ побудила многихъ Германцевъ, даже изъ княжескихъ родовъ, какъ напр. Арминій, вступить въ римскую военную службу. Цѣлые роды присоединялись къ римскому государству; они сохраняли свою самостоятельность и имъ были указаны особыя мѣстности, за что они, въ свою очередь, обязывались военной службой. Эти колонны (laeti, deditícii) пользовались личной свободой и состовляли маленькія общины, съ правомъ самоуправленія. Въ половинѣ третьяго столѣтія, Германцы являются римскими сановниками и даже получаютъ высшія государственныя должности. Нѣмецкіе князья, какъ Вандалъ Стилихонъ (опекунъ Гонорія, 395 г.) и

Свевъ Рицимеръ, достигаютъ въ Римѣ огромнаго могущества, но они не пользуются имъ, чтобы присвоить себѣ господство, пока наконецъ Одоакръ, предводитель Геруловъ, свергнувши послѣдняго Римскаго Императора въ 476 г., уничтожилъ и эту внѣшность. Вообще Римское государство пало болѣе вслѣдствіе внутренняго разложенія, нежели отъ насильственныхъ завоеваній Германцевъ· Но борьбы Германцевъ съ Римлянами было довольно. Со времени Батавскаго возстанія противъ Римлянъ, при Клавдіи около 70 г. по Р. Х., спокойствіе имперіи не было нарушено до, такъ называемой, Маркоманской войны. Эта послѣдняя война, причины которой еще не довольно изслѣдованы, подавленная Коммодомъ, въ 180 г., кажется, была поводомъ къ тому, что мелкія германскія племена, утрачивая свое названіе, стали соединяться въ обширные племенные союзы. Такъ около 213 г. въ первый разъ являются въ такихъ соединеніяхъ *Алеманны*, нѣсколько позднѣе *Франки*, Салическіе и Рипуарскіе, также *Саксы* (въ первый разъ упоминаемые Птоломеемъ) и *Готы*.

Но что повело къ основанію германскихъ государствъ на почвѣ Римской имперіи такъ это—великое переселеніе народовъ, которое произошло въ 374 г. отъ монгольскихъ Гунновъ, напавшихъ прежде всего на Алановъ, а потомъ на Вестъ и Остъ-Готовъ. Впрочемъ нѣмецкія государства продержались не долго, вслѣдствіе многихъ причинъ; особенно-же потому, что между ними и общимъ цѣлымъ Германцевъ не было той живой связи, которую мы встрѣчаемъ напримѣръ у Франковъ въ Галліи (64).

---

(64) *Вестъ-Готы*, вытѣсненные Гуннами, были приняты императоромъ Валентомъ въ Мизію и Ѳракію, за что они и обязались къ военной службѣ и принятію христіянской религіи. Вскорѣ послѣ того они распространились въ сѣверныхъ областяхъ восточной и западной Имперіи, заняли (въ 419 г.) Аквитанію и распространили свои владѣнія до того, что, при *Эрихѣ* (466—483), они занимали юговосточную Галлію и почти всю Испанію.

Одоакръ *въ Италіи*, избранный королемъ германскими наемными солдатами, напрасно требовавшими отъ правительства третій части италійской земли, положилъ (въ 475 г.) конецъ существованію Западной Имперіи. На первыхъ порахъ онъ долженъ былъ однако признать Византійскаго Императора Зенона повелителемъ Востока и Запада и довольствовался титуломъ Патриція и Правителя Италіи. Но и это новое государство было разрушено въ 494 г Остъ-Готами.

Остъ-Готы, часть которыхъ еще въ 427 году вторгнулась во Ѳракію, а другая подпала подъ владычество Гунновъ, послѣ паденія гуннскаго царства, снова соединились при королѣ Теодорихѣ 481 г., который былъ усыновленъ императоромъ Зенономъ, и который, низложивъ въ Италіи Одоакра, основалъ тамъ государство, заключавшее въ себѣ не только всю Италію, но также Норику, Рецію и часть южной Галліи. Юстиніанъ снова возстановилъ въ Италіи владычество Восточной Имперіи и утвердилъ тамъ свое законодательство.

Бургундцы (Burgunden), послѣ долгихъ странствованій по землямъ Одера, Вислы, Дуная и многократныхъ вторженій въ Римскую Имперію, поселились (около 443 г.) въ Савойѣ, гдѣ и основали свое государство, распространившееся потомъ на всю юговосточную Галлію. Въ 534 году они были покорены Франками.

Лонгоборды, (Langbärte), переселившись отъ низовьевъ Эльбы на Дунай, вторгнулись отсюда, подъ предводительствомъ Альбоина (598), въ Италію, завоевали всю страну и основали здѣсь государство, которое было разрушено Карломъ Великимъ (въ 774 г.).

Вандалы, Свевы и германскіе Аланы проникли въ 406 г. чрезъ Рейнъ и чрезъ южную Галію въ Испанію, откуда Вандалы (въ 329 году) перешли въ сѣверную Африку, гдѣ они были покорены (въ 533 году), полководцемъ Юстиніана, Велисаріемъ. Свевы основали въ Испаніи государство, продержавшееся отъ 411—585 г., когда оно было разрущено Остъ-Готами.

Англы и *Саксы*, съ 449 года, подготовляли покореніе Британіи, въ которомъ впослѣдствіи приняли участіе и Юты.

Двоякій способъ основанія германскихъ государствъ въ Римской Имперіи, вслѣдствіе добровольной уступки территоріи римскимъ правительствомъ (какъ въ большей части случаевъ), или посредствомъ завоеванія, остался не безъ вліянія на государственныя отношенія Германцевъ и Римлянъ между собою, а также и на раздѣленіе земель. Въ первомъ случаѣ отношеніе Римлянъ къ германскимъ владѣтелямъ было довольно мирное; они оставались совершенно свободными и сверхъ того получали во владѣніе одну (Одоакръ), или двѣ трети (Бургундцы, Вазиготы), земли. Напротивъ Лонгобарды, вторгнувшись насильственно, уни-

Большее, всемірно-историческое, значеніе, имѣли два другихъ германскихъ племени—*Саксы* и *Франки*, изъ которыхъ первые, покоривъ Британію, съумѣли сохранить у себя германскій бытъ и характеръ, послѣдніе-же, посредствомъ внѣшней роли господства, соединили въ одно цѣлое германскія и романскія племена. Займемся теперь Франками.

Завоеванія *Салическихъ* Франковъ повели за собою основаніе великаго франкскаго государства. Племя это, жившее сначала въ нынѣшней Голландіи на рѣкѣ Исселѣ и покоренное въ четвертомъ столѣтіи Римлянами, свергнуло съ себя въ V ст. римское иго и, мало по малу распространило свои владѣнія въ 445 г. до рѣки Соммы. Рипуарскіе Франки основали въ пятомъ столѣтіи королевство, столицею котораго былъ Кельнъ; съ ними были въ союзѣ франкскія племена, жившія внутри Германіи. Король Салическихъ Франковъ, Хлодвикъ (Лудовикъ) первый утвердилъ франкское владычество въ Галліи и покорилъ Франковъ Рипуарскихъ.

Впослѣдствіи, именно *Хильдерикъ*, братъ *Меровія* (Мервегъ), родоначальника франкской королевской династіи, отнялъ у римскаго намѣстника Сіагрія почти всѣ его владѣнія. Сынъ его Хлодовикъ (481—511), нанесши Сіагрію окончательное пораженіе, распространилъ свои владѣнія до Лоары и Роны и основалъ свою ризиденцію, сперва въ Суасонѣ (позднѣйшая столица Нейстріи), а потомъ въ Парижѣ. Побѣдивъ Алеманновъ въ битвѣ при Цюльпихѣ (въ 496 г.), онъ, во время сомнительнаго исхода этой битвы, далъ обѣтъ принять христіянство, которое послѣ побѣды и принялъ съ тремя тысячами Франковъ, черезъ что еще болѣе упрочилъ свое владычество въ Галліи, потому что обитатели послѣдней уже исповѣдовали католичество. Потомъ въ 500 г. онъ подчинилъ себѣ бургундскаго короля Гундобальда, за тѣмъ въ 507 г. онъ отнялъ у аріанскихъ Вестъ-Готовъ, при ихъ королѣ Аларихѣ, всю землю до Гаронны; и наконецъ, частью убійствомъ, частью предательствомъ, уничтоживъ всѣхъ франкскихъ князей, провозгласилъ себя королемъ соединенныхъ франкскихъ племенъ.

Точное знакомство съ подробностями *поселенія* Франковъ въ римскихъ провинціяхъ было бы особенно важно для науки. Къ сожалѣнію вопросъ этотъ покрытъ мракомъ неизвѣстности и даже нѣтъ свѣденій, предприняли ли Франки раздѣленіе земли и на какихъ основаніяхъ это раздѣленіе произошло (65). Во всякомъ случаѣ не должно смѣшивать земель, занятыхъ до Хлодовика, съ тѣми, которыя были завоеваны при немъ. Въ первыхъ римское населеніе, по всей вѣроятности, было мало пощажено и владѣнія его были отнимаемы, завоевателями смотря по надобности; Хлодовикъ напротивъ былъ гораздо снисходительнѣе къ побѣжденнымъ; онъ раздалъ своему войску только коронныя земли, или же тѣ, которыя не принадлежали никакому частному владѣльцу.

По смерти Хлодовика его государство много разъ распадалось и снова соединено при Лотарѣ I въ 558 г. и Лотарѣ, II (613—622). Два ближайшихъ преемника Хлодовика продолжали его завоеванія противъ Тюринговъ, Бургундцевъ, Алеманновъ, Баварцевъ и многихъ Саксонскихъ земель. Но, по смерти Лотаря, вслѣдствіе слабости государей, начался упадокъ королевскаго дома. Правленіе, мало по малу, фактически перешло въ руки маіоръ-домовъ (majores domus), могущество которыхъ возросло вслѣдствіе зависти другихъ германскихъ племенъ къ

чтожили римское муниципальное устройство. Римляне, хотя и пользовались личной свободой, не были поставлены, во отношеніе къ побѣдителямъ, какъ колонаты. Только впослѣдствіи, отъ смѣшенія Римлянъ съ ихъ побѣдителями, образовались новые классы: Арнмановъ, или свободныхъ воиновъ; полусвободныхъ, или Альдгновъ; отпущенныхъ на волю, и несвободныхъ. Дѣленіе это произошло главнымъ образомъ со времени принятія Лонгобардами католической религіи при Арибертѣ въ 651 г.

(65) О различныхъ воззрѣніяхъ по этому поводу см. *Roth*, Beneficialwesen, S. 63 u. ff. и Walter, §. 49.

владычеству Франковъ и вслѣдствіе стремленія вельможъ и герцоговъ къ независимости. Личности королей, одна блѣднѣе другой, ознаменовавшія себя безнравственностью, убійствами, междоусобными войнами и безумiемъ, смѣняютъ другъ друга на престолѣ, пока наконецъ совершенное паденіе меровингскаго королевскаго дома,—приготовленное Пипиномъ Геристальскимъ и незаконнорожденнымъ сыномъ его Карломъ Мартелломъ, который своею побѣдою надъ Сарацынами 732 г. спасъ въ Европѣ христіанство,—не свершилось окончательно при сынѣ Мартелла Пипинѣ младшемъ. Послѣдній, по желанію князей и съ согласія папы, на народномъ собраніи въ Суасонѣ, въ 753 г. былъ помазанъ на царство Бонифаціемъ. Послѣдній изъ Меровинговъ, слабоумный король Хильдерикъ, былъ заключенъ въ монастырь. Такимъ образомъ утвердился на французскомъ престолѣ домъ *Каролинговъ* (онъ былъ такъ названъ въ честь Карла Великаго). На это возвышеніе новаго королевскаго рода, изъ Нѣмецко-франкской земли, Австразіи, справедливо смотрѣли какъ на вторичную побѣду германскаго принципа.

Карлъ Великій (771—814 г.), сынъ Пипина, пріобрѣлъ всемірно-историческое значеніе и величіе вслѣдствіе той непреклонной энергіи, съ которою преслѣдовалъ высокую цѣль соединить въ высшемъ единствѣ всѣ племенные этическіе и этническіе жизненные элементы, обусловливающіе государство, и связать преданія прошедшаго съ настоящимъ. Карлъ соединилъ въ одну національность всѣ германскія народности, (за исключеніемъ Англо-Саксовъ и остатковъ Готскаго племени въ Астуріи). Въ 774 году онъ превратилъ въ франкскую провинцію государство Лонгобардовъ, спустя 32 года онъ покорилъ Саксовъ, которые, вслѣдствіе договора въ Зельцѣ (803), признали верховное владычество Франковъ и приняли христіанство, такъ что, послѣ основанія Восточной Мархіи, (изъ которой возникла Австрія), государство Карла Великаго простиралось отъ Эйдера до Тибра, отъ Эбро до Эльбы и Раабы. Въ духовномъ отношеніи, Карлъ старался привить Германскимъ народамъ всѣ элементы цивилизаціи, посредствомъ основанія различныхъ учрежденій съ цѣлью воспитанія и образованія. Апогей его величія составляетъ возобновленіе Западной Римской Имперіи. Въ день Рождества Христова 800 г., папа Левъ III возложилъ на него императорскую корону. Такимъ образомъ римскій и германскій міръ были внѣшне связаны и образовалась тѣсная связь между свѣтскою и духовною властью; но, вмѣстѣ съ тѣмъ, вслѣдствіе соединеніе Запада, Римъ окончательно отдѣлился отъ Византійской Имперіи.

Вскорѣ по смерти Карла (въ Ахенѣ 28 янв. 814), родъ его пришелъ въ упадокъ. Сынъ Карла, Людовикъ благочестивый (814—840), не могъ поддержать статутъ 817 года о раздѣленіи государства, по которому старшій сынъ его Лотарь долженъ былъ сохранить верховную власть надъ всѣмъ государствомъ, а младшіе сыновья, Пипинъ и Людовикъ, должны были управлять указанными имъ землями съ титуломъ королей. По смерти Людовика благочестиваго возникла между названными его сыновьями война, кончившаяся *Вердюнскимъ раздѣльнымъ договоромъ* (843), по которому право на верховную власть уничтожилось на всегда. Между ихъ преемниками произошли новыя раздѣленія государства. Карлъ толстый снова, на короткое время, соединилъ подъ свою власть всѣ земли имперіи; но, по сверженіи послѣдняго съ императорскаго трона на Трибурскомъ Сеймѣ (887) и по смерти его (13 янв. 888), имперія Каролиновъ распалась навѣки. Съ *Арнульфа* начинается самостоятельное *нѣмецкое королевство*.

Примѣчаніе. Хотя, съ этѣхъ поръ Франція и Нѣмецкое государство остались навсегда раздѣленными внѣшнимъ образомъ, однако, какъ главные представители новѣйшей культуры, они образуютъ въ исторіи высшее *единство* (66), въ томъ отноше-

(66) Воззрѣніе, относительно высшаго историческаго единства романскихъ народовъ вообще съ народами Германіи, впервые высказано у *Ранке*, въ его сочиненіи: Geschichten der germanischen und romanischen Völker vom 1494—1535.

ніи, что съ одной стороны, результатъ ихъ развитія былъ одинаковъ (феодализмъ), что оба они принимали одинаковое участіе въ великихъ міровыхъ событіяхъ (крестовые походы), оба отражали, съ двухъ противоположныхъ сторонъ, опасности грозившія Европѣ отъ чужихъ племенъ (Арабовъ, Турокъ, Маджьяровъ, Славянъ); съ другой стороны потому, что и въ развитіи внутреннихъ религіозныхъ и политическихъ противоположностей (монархической централизаціи и федеративныхъ государствъ, католицизма и реформаціи), между тѣмъ и другимъ существовало тѣсное взаимное вліяніе и взаимнодѣйствіе. Подобно тому какъ въ Германіи, реформація была поддержана сильною государственною властью Франціи, вслѣдствіе различныхъ политическихъ соображеній послѣдней, точно также и идея свободы, выработанная реформаціей, послѣ того какъ она пустила корни въ политическій порядокъ Англіи, въ свою очередь, имѣла важное вліяніе на развитіе политическихъ мнѣній во Франціи. Съ своей стороны, французская революція дала сильный толчекъ къ отмѣненію въ Германіи феодальныхъ и крѣпостныхъ отношеній, къ утвержденію дѣйствительнаго государственнаго гражданства, къ усиленію государственной власти и такимъ образомъ, посредствомъ медіатизаціи территоріальныхъ условій, она образовала большее политическое единство Германіи. Съ другой стороны, Франція испытала, со временъ реставраціи, сильное вліяніе Германіи въ области философіи, исторіи, науки права и изящной литературы. Обѣимъ странамъ, безъ сомнѣнія, предназначено, при всемъ сохраненіи особенностей вытекающихъ изъ народнаго характера, сравниться между собою въ политическомъ отношеніи. Здѣсь посредствомъ усиленія централизаціи, тамъ, по средствомъ оживленія и укрѣпленія посредствующихъ членовъ общественнаго порядка. Племя славянское, третье въ союзѣ, должно еще развиться внутренно, чтобы успѣшно дѣйствовать на поприщѣ внѣшнихъ событій.

§ 2. *Главныя перемѣны, происшедшія въ германской народной жизни, вслѣдствіе поселенія на римской территоріи.*

Относительно самаго поселенія, прежде всего нужно отстранить прежнее воззрѣніе, давно опровергнутое новѣйшими изслѣдованіями, воззрѣніе, по котрому поселеніе разсматривалось какъ прямое слѣдствіе дружныхъ отношеній (смот. выше) (67). Если даже, во многихъ случаяхъ, эти отношенія и дали первый толчекъ, то все таки наступательныя войны не исходли преимущественно отъ дружинъ, а отъ цѣлыхъ племенъ, какъ это указываютъ Цезаръ и Тацитъ. Германскія вспомогательныя войска, участвовавшія въ предпріятіяхъ другихъ народовъ, состояли большее частью не изъ дружинъ, а изъ цѣлыхъ племенъ; наконецъ и тѣ германскія вспомогательныя войска, которыя служили въ римскихъ арміяхъ, также не состояли изъ однихъ только дружинъ. Отсюда вытекаетъ важное заключеніе: что не дружина и предводители ихъ должны считаться основателями новыхъ государствъ,—которымъ они будто бы и сообщили свой особенный характеръ (какъ особенно утверждаетъ Гизо и другіе французскіе ученые), — но иниціатива этого принадлежитъ тому стройному государственному порядку древнихъ Германцевъ, который изображаетъ Тацитъ, и, въ которомъ дружина во всемъ была подчинена общинѣ.

Важнѣйшыя перемѣны въ народной жизни произошли вслѣдствіе принятія *христіянской религіи*, которую Германцы впервые узнали отъ соприкосновенія съ

---

(67) Честь опроверженія этой важной ошибки, бросавшій ложный свѣтъ на позднѣйшее государственное устройство Германіи, принадлежитъ *Вайцу* и *Зибелю*. Но всего болѣе развитъ этотъ вопросъ у Рота въ его сочиненіи, Beneficialwesen, S. 22—41.

римской имперіей (68). Нужно было однакожъ почти пять столѣтій, для того, чтобы сломить могущество германскаго язычества; даже послѣ принятія христіанства трудно было привить Германцамъ не одни внѣшніе обряды, но и христіанскіе нравы. Извѣстно какое нравственное растлѣніе господствовало въ Галліи, во времена Меровинговъ, не только при дворѣ и между свѣтскою аристократіей, но и между духовенствомъ. Но, несмотря на то, духъ христіанства мало по малу проникъ въ общественную жизнь (69). Бракъ получилъ высшую санкцію. Право германскихъ отцевъ семейства, въ извѣстныхъ случаяхъ, оставлять своихъ новорожденныхъ дѣтей на произволъ судьбы было укоренено, до такой степени, что на первыхъ порахъ можно было только *ограничить* это право, — указавши на извѣстныя мѣста, куда позволялось подкидывать дѣтей, какъ напр. лѣстницы и паперти церквей, и гдѣ можно было разсчитывать на христіанское милосердіе въ пользу отверженныхъ,—пока наконецъ нѣкоторые короли не стали разсматривать подкидываніе дѣтей какъ уголовное преступленіе, равное смертоубійству. Еще труднѣе было утвердить въ Германцахъ христіанское ученіе о Богомъ установленной свободѣ всѣхъ людей, при существованіи съ рабства, которое было только смягчено, посредствомъ облегченія законовъ объ отпущеніи на волю. Наконецъ когда, при большемъ развитіи монархической власти, уголовное право, особенно въ Галліи, слишкомъ часто сдѣлалось употребительнымъ, голосъ религіи и теперь, какъ прежде при римскихъ императорахъ, взывалъ къ большему милосердію, указывая на возможность исправленія преступника (70).

Огромныя перемѣны испытало положеніе *королевской власти* въ германской государственной жизни. Короли, временъ Тацита, во время мира, не пользовались ни какой значительной самостоятельной властью (71). Но теперь власть эта значительно увеличилась; многое способствовало тому. Уже болѣе продолжительное предводительство на войнѣ, во время великаго переселенія, должно было пріучить Германцевъ къ той усиленной власти, которая обыкновенно принадлежитъ военоначальнику; пріобрѣтеніе новыхъ земель, посредствомъ завоеванія, еще болѣе увеличило эту власть. Но что особенно способствовало къ увеличенію этой власти, такъ это двоякое населеніе, изъ котораго Романское подверглось болѣе строгому господству, распространившемуся потомъ и на Германцевъ, что прежде всего случилось въ Галліи, гдѣ положеніе Франковъ было болѣе изолировано. Къ этому присоединилось еще вліяніе соединенія съ Римомъ и принятіе его государственныхъ формъ (72); наконецъ и самая церковь начала переносить на нѣмецкаго короля понятіе о власти св. писанія. Но эти понятія преж-

---

(68) Уже на Никейскомъ соборѣ 325 г. засѣдалъ готскій епископъ (см. Gieseler K. G. I. 617) Но самое важное вліяніе на распространеніе христіанства между германскими народами имѣло переводъ священнаго писанія сдѣл. *Ульфилой*, въ 360—380 г. Впослѣдствіи обращеніе германскихъ племенъ, собственно въ Германіи, началось съ Британскихъ острововъ (въ особенности чрезъ Виндфрида Бонифація). Кровавымъ обращеніемъ Саксовъ при Карлѣ В. заканчивается дѣло утвержденія христіанства.

(69) Краткія указанія объ этомъ предметѣ можно видѣть въ академической рѣчи Генглера Ueber den Einfluss des Christenthums auf das altgermanische Rechtsleben. Erlangen. 1854.

(70) Такъ въ старинномъ народномъ правѣ Баваріи сказано: „нѣтъ столь тяжкаго преступленія, чтобы виновному нельзя было даровать жизнь, изъ любви къ Богу и изъ уваженія къ святымъ, ибо самъ Господь сказалъ: кто прощаетъ, тотъ самъ будетъ прощенъ; кто же не прощаетъ, тотъ и самъ прощенъ не будетъ.“ См. рѣчь *Генглера*. См. lex Bajuv. tit. I. c. 7, 3.

(71) Въ другомъ мѣстѣ, *Генглеръ* справедливо замѣчаетъ, что они были только королями гау (Gaukönige) и въ развитіи своей власти ни на шагъ не подвинулись отъ общинныхъ главъ древне-индійскихъ Арійцевъ "vicpati„ типъ которыхъ безъ сомнѣнія сохранился въ германскомъ Konigthum.

(72) *Waitz*, II. *S.* 128—143.

де всего послужили, не столько къ возвышенію идеи о нравственномъ значеніи королевской власти, сколько къ усиленію ея матеріальнаго могущества. Народъ все болѣе и болѣе терялъ сознаніе свободы, и, подобно королямъ, вышелъ за предѣлы своихъ правъ. Одновременно съувеличеніемъ монархической власти, и отчасти даже для укрѣпленія ея, начинаются письменныя начертанія или улучшенія права (Эрихъ Хлодовикъ, Гундобальдъ). Уже не народное собраніе, а король, является главою народа; онъ объявляетъ войну и заключаетъ миръ, онъ представитель народа въ его внѣшнихъ сношеніяхъ. Онъ назначаетъ и удаляетъ, по своему усмотрѣнію, чиновниковъ не только свѣтскихъ, но и духовныхъ; особенно усиливается его власть въ области уголовнаго права и судопроизводства. Онъ властенъ надъ жизнью и смертью своихъ подданныхъ. Германскій принципъ не прикосновенности жизни каждаго свободнаго, даже въ случаяхъ отвратительнѣйшаго смертоубійства, исчезаетъ. Гдѣ прежде управляли выбраные народомъ его представители, теперь являются чиновники; защита народа превращается въ защиту короля; даже духовныя учрежденія входятъ въ область королевской *mundium*, или *mundiburdium* (точный переводъ по французски *mainbornie*) (73).

Старинное германское дворянство, которое уже было малочисленно во время Тацита, совершенно погибло въ войнахъ великаго переселенія народовъ; только нѣкоторые слѣды его сохранились въ двухъ герцогствахъ, Алеманніи и Байоваріи. Образовалось новое дворянство изъ свиты короля и придворныхъ чиновниковъ. Но какъ уже извѣщаетъ Тацитъ что въ нѣкоторыхъ королевствахъ, милостію короля, отпущенные на волю могли возвыситься надъ благородными (ibi enim liberti super ingenuos et super nobiles ascendunt), точно также и теперь не свободные могли достигнуть на службѣ высшихъ должностей. Изъ этихъ то служилыхъ людей короля и образовалось главнымъ образомъ новое дворянство.

Весьма пагубно было вліяніе земледѣльческихъ отношеній римскаго государства. Вліяніе это было особенно чувствительно въ Галліи, гдѣ римская система землевладѣнія уничтожила древне-германскій порядокъ Франковъ, что конечно имѣло вліяніе и на Германію (74). Latifundia perdidere Italiam, говоритъ Плиній; на это же самое изъ Галліи перешло въ Германію и погубило жизненный порядокъ иземское устройство послѣдней. Германское государство основывалось на раздѣленіи земли, по которому каждое свободное семейство жило на своемъ собственномъ участкѣ. Начало неотчуждаемости фамильной собственности и равное право всѣхъ сыновей на наслѣдство не давали образоваться большимъ поземельнымъ владѣніямъ. Уже съ древнѣйшихъ временъ эти отношенія иначе слогались въ Галліи. Уже при Цезарѣ господство было раздѣлено между дворянствомъ и духовенствомъ, теперь прежній свободный сдѣлался политически несамостоятеленъ, а въ частноправовомъ отношеніи онъ является какъ должникъ. Хотя римское господство уничтожило политическую независимость двухъ высшихъ сословій, но положеніе простолюдина еще болѣе ухудшилось, потому что, къ отношенію зависимости отъ крупныхъ землевладѣльцевъ, прибавился еще гнетъ римскихъ налоговъ, вслѣдствіе чего мелкіе поземельные собственники видѣли себя еще болѣе принужденными вступить въ колонатскія отношенія къ крупнымъ землевладѣльцамъ. Уже Франки, при своемъ завоеваніи, нашли землевладѣніе сосредоточеннымъ въ латифундіяхъ; часть

---

(73) Слово mundium, происходящее, какъ думаетъ *Grimm* d. R. A. 447., отъ munt и mund, т. е. *рука*, кажется, весьма рано смѣшивалось съ слов. mund, потому что въ въ lex Salica (въ 4-хъ текстахъ у Pardessus), это слово переводится посредствомъ *verbum* (такъ tit. 14, §. 5 гласитъ: Si vero puella quae trahitur, in *verbo* regis fuerit) и посредствомъ *sermo* (такъ въ L. Sal. tit. 59 сказано: extra *sermonem* ponere). Срав. Zöpfl, Bd. II, 2. S. 105.

(74) См. особенно *Roth* ib. S. 103.

ихъ перешла, правда, къ другимъ лицамъ, но и тутъ сосредоточеніе землевладѣнія сдѣлало новые успѣхи. Это произошло отчасти вслѣдствіе богатыхъ пожертвованій въ пользу церкви, которая вскорѣ сдѣлалась самымъ богатымъ землевладѣльцемъ въ Галліи, частью же усиленіемъ франскихъ аристократовъ, которые, чтобы не отстать отъ романскихъ владѣльцевъ, всѣми силами старались увеличивать свою поземельную собственность, посредствомъ милости короля или чрезъ злоупотребленіе своей административной власти и различными притѣсненіями слабѣйшихъ. Во время Карла Мартелла эти отношенія до того развились, что сословіе свободныхъ людей, на которомъ основывалось древне-германское государство, совершено исчезаетъ, а на мѣсто его является новое дворянство, которое господствуетъ надъ прежде равноправными ему свободными людьми. Такимъ образомъ эти измѣненія не есть продуктъ развитія германской жизни, но главнымъ образомъ произведеніе гальскихъ поземельныхъ отношеній. На нихъ-то, какъ на матеріальномъ субстратѣ, возникла бенефиціальная система, которая перешла потомъ въ ленную, перенесеную изъ Галліи на всѣ отношенія земель, вошедшихъ въ составъ франкскаго королевства. Но, по высшему предопредѣленію, все что возникло въ Галліи, должна была уничтожить Франція, ея первой революціей.

§ 3. *Публичныя отношенія періода Меровинговъ.*

Опровергнувъ прежній ошибочный, какъ уже выше было замѣчено, взглядъ (75), по которому дружина разсматривалась какъ основа новыхъ государствъ, укажемъ на главныя черты публичныхъ отношеній этого періода.

Франкское государство возникло не изъ дружины, а потому дружинныя отношенія не были основаніемъ государственнаго союза. Былъ общій союзъ подданныхъ, которые, какъ Романцы такъ и Германцы, одинаково подчинялись королю; укрѣплялся этотъ союзъ посредствомъ присяги въ вѣрности (leudesamio) всѣхъ подданныхъ безъ различія сословій и національности. Частныхъ дружинъ у Меровинговъ не было; обязанность идти на войну, по требованію короля, также распространялась на всѣхъ свободныхъ безъ различія сословій и національности. Короли однакожъ имѣли свою особую свиту, изъ лицъ ближе къ нимъ стоявшихъ чѣмъ остальные подданные, которую можно сравнить съ одной стороны съ *comites* Тацита, съ другой съ позднѣйшими, *вассами* (*Vassen*) Каролинговъ. Это такъ называемые *антрустіоны*; они приносили особую присягу, которая разнилась однако отъ общей, не по содержанію, а только по формѣ, (*«въ руки короля»*). Но антрустіоны не образовались изъ древнихъ предводителей дру-

---

(75) Мнѣніе это, развитое въ новѣйшее время *Эйхгорномъ*, на основаніи мнѣнія *Монтескье*, и изложенное имъ съ большимъ знаніемъ дѣла и остроумнымъ сближеніемъ и соглашеніемъ историческихъ извѣстій и фактовъ, опровергнуто сперва *Вайцомъ* (deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. I u II), а впослѣдствіи окончательно разбито *П. Ротомъ* (Geschichte des Benificialwesens. 1850). Къ этимъ писателямъ, въ особенности къ Роту, примыкаютъ новѣйшіе историки и и юристы, *Вальтеръ*, *Лео* (Vorles. über d. G. d. deutschen Volks, Band 1. 1854. S. 380), *Гиллебрандъ* (Lehrbuch d. deutschen Staats und Rechtsgeschichte, 1856. S. 37 и 103). Первое воззрѣніе вводило въ заблужденіе по самой своей простотѣ. Казалось, что не можетъ не быть связи между comites Тацита и позднѣйшеми дружинными отношеніями, причемъ послѣдующее развитіе бенефиціальной и ленной системы повидимому имѣло уже свой зачатокъ въ первыхъ. Но здѣсь-то именно и видно, что вообще жизненныя отношенія и историческія явленія никогда не могутъ быть построены по отдѣльнымъ моментамъ. Изъ результатовъ новѣйшихъ изслѣдованій вытекаетъ еще и то важное заключеніе, что на ленную систему во все не надобно смотрѣть какъ на необходимое послѣдствіе развитія древне-германскаго порядка. См. *Roth.* S. 106.

жины (какъ прежде ошибочно полагали), они выбирались королемъ, съ согласія выбираемыхъ, изъ Франковъ, Романовъ и Литовъ. Основою антрустіонскихъ отношеній, надо полагать, послужили trustis dominica (76), особое покровительство короля, что доказывается и утроеннымъ жалованьемъ; это тѣмъ вѣроятнѣе, что антрустіоны всегда стояли въ личныхъ отношеніяхъ къ королю, составляли его дворъ во время міра, свиту во время войны и жили въ королевскомъ дворцѣ, занимая придворныя должности и исполняя особыя службы для короля.

Личныя отношенія были различны, смотря по національностямъ: двухъ племенъ Франковъ, плем ня германскихъ и Римлянъ. Между Франками были: 1) свободные, изъ которыхъ выдавались лучшіе отдѣльные и благородные роды, nobiles, владѣвшіе большою поземельною собственностью и пользовавшіеся правомъ взысканія высшей виры за причиненное имъ правонарушеніе; 2) полусвободные, или Литы, (съ которыми ненужно смѣшивать Leudes), получали обыкновенно половинную виру свободныхъ; 3) несвободные—Servi, которые были слугами и ремесленниками и составляли въ большихъ имѣніяхъ дворню и домашнюю прислугу. Франки, при своемъ нашествіи, нашли въ Галліи двоякое населеніе: 1 Провинціаловъ, которые по нравамъ, обычаямъ и языку, сдѣлались совершенными Римлянами, и 2-е Лаетовъ, принадлежащихъ къ варварскимъ племенамъ и поселившихся здѣсь съ обязательствомъ военной службы. (Laeti, Francі, Suevi, Nervii etc.). Послѣдніе, сохранившіе еще свою племенную особенность, получили салическое право; остальные причислены къ провинціаламъ. Изъ провенціаловъ какъ у Франковъ, различались: 1) свободный Римлянинъ, Romanus possessor; 2) Римлянинъ, поступившій подъ покровительство (trustis) короля, Romanus conviva regis и наконецъ 3) колонъ, котораго можно сравнить съ франкскимъ литомъ и который назывался Romanus tributarius. Романы и Германцы, во многихъ отношеніяхъ равные между собою, вскорѣ слились и въ капитуляріяхъ Карла В. Римляне уже не названы особо, а обозначаются общимъ именемъ Francі и называются также рахенбургами (свободные засѣдатели судовъ).

Чрезвычайно важенъ вопросъ относительно земель, которыя Меровинги раздавали изъ своихъ обширныхъ коронныхъ владѣній (77). Были ли это надѣлы, которые могли быть отнимаемы во всякое время, а по этому настоящіе бенефиціи (Монтескьё, Эйхгорнъ и др.), или они отдавались въ полную неограниченную собственность, т. е. были дареніями (Ротъ), или же существовали надѣлы того и другаго рода (Гизо, Пардесю, Лаферьеръ)? Первое воззрѣніе образуетъ собою краеугольный камень ученія, возникшаго на гипотезѣ дружинныхъ отношеній и на предположеніи, что вступленіе въ дружину непремѣнно сопровождалось пріобрѣтеніемъ извѣстнаго надѣла изъ коронныхъ земель. Но такъ какъ эти надѣлы (78) не ограничивались одною свитою короля, антрустіонами, то они были вѣроятно настоящими подарками въ полное владѣніе, а вовсе не бенефиціями. Даже еслибъ нельзя было фактически доказать существованіе многочисленныхъ наслѣдственныхъ надѣловъ въ этомъ періодѣ, то все таки начало бенефиціальной системы

---

(76) *Trustis* происходитъ, по мнѣнію Лео, отъ валлійскаго слова trus стража.

(77) См. особенно *Roth*, *S.* 203.

(78) *Ротъ*, стр. 210, говоритъ, что положительно можно доказать во время Меровинговъ лишь наслѣдственную раздачу коронныхъ земель, т. е. существованіе только *дареній*. *Вальтеръ же* § 76, говоритъ совершенно объективно, что во время Меровинговъ раздачи бенефицій несуществовало вовсе, а были лишь дарения, которыя различные писатели и принимали за бенефиціи. Однако *Ротъ* S. 358, думаетъ, что нельзя также отвергать и существованіе во время Меровинговъ другаго рода раздачъ коронныхъ земель, кромѣ наслѣдственныхъ дареній. Хотя этотъ взглядъ и подкрѣпленъ новѣйшими изслѣдованіями Рота, я непринимаю его за оканчательный и думаю только, что настоящая бенефиціальная система начинается лишь при Каролингахъ, что и будетъ подробнѣе показано въ слѣдующимъ параграфѣ.

должно отнести ко времени Каролинговъ; потому что только при нихъ ясно обнаруживается *принципъ* и *цѣль* этой системы и только въ ихъ время возникаетъ тотъ важный политическій фактъ (первый достовѣрный примѣръ является только при Карлѣ Мартеллѣ), что отдѣльные вельможи окружаютъ себя свитой, состоящей уже не изъ *несвободныхъ*, какъ это было при Меровингахъ, а изъ *свободныхъ*, которые приносятъ своему господину, Senior, присягу въ вѣрности. Въ этомъ-то и проявляется новая *система*, которая и есть система бенифиціальная, а впослѣдствіи ленная. Теперь разсмотримъ ближе основаніе и главнѣйшіе моменты этой важной системы.

§ 4. *Происхожденіе бенифиціальной системы.*

Возникновеніе бенифиціальной системы, въ полномъ ея значеніи, не можетъ быть объяснено изъ отдѣльныхъ фактовъ и событій; она должна быть разсмотрѣна во всей полнотѣ, какъ со стороны ея основнаго принципа, такъ и со стороны всѣхъ побудительныхъ и содѣйствовавшихъ ей мотивовъ. Большая часть теоріи основывалась преимущественно то на томъ то на другомъ историческомъ обстоятельствѣ: на связи съ старинной дружиной, на вліяніи римскаго прекарія (precarium). Только въ новѣйшее время Ротъ выяснилъ новую политическую *цѣль*, которая проявилась въ системѣ бенефиціевъ при Каролингахъ и ея тѣсную связь съ сеніоратомъ. Разсмотримъ ближе нѣкоторые характеристическіе моменты, (изложенные также у Рота), относительно ихъ вліянія на возникновеніе бенифиціальной системы (79).

Сообразивъ всѣ, болѣе или менѣе важные, моменты, происхожденіе бенефиціевъ опредѣляется слѣдующимъ образомъ: новая *политическая цѣль*, воспользовавшись данными обстоятельствами какъ средствомъ, становится при Каролингахъ *руководящимъ принципомъ* системы; *матеріальныя средства* увеличиваются посредствомъ *секуляризаціи* церковныхъ имуществъ; *римскій прекарій*, издавна употребляемый церковью, дѣлается *юридическимъ образцомъ* для регулированія матеріально-правовой стороны отношенія; *сеньоратъ* дѣлается *формой* личнаго отношенія, на которомъ *германскій духъ* отпечаталъ характеръ *вѣрности*, свойственной древней дружинѣ.

Объяснимъ вкратцѣ всѣ эти моменты.

Новой политическій принципъ, который ясно выступаетъ уже при Карлѣ Мартеллѣ, стремится къ тому: чтобы, во первыхъ, привести въ большее *отношеніе зависимости* отъ верховной власти аристократическое сословіе, сдѣлавшееся могущественымъ при слабыхъ Меровингахъ (такъ герцоги сильно сопротивлялись возвышенію Пипина и его преемниковъ); и, во вторыхъ, упростить всю систему управленія *посредствомъ* этой-же аристократіи, которой, какъ сеньорамъ, была дарована большая власть надъ стоявшими ниже ихъ свободными, причемъ, достигалась еще и другая цѣль, именно—поддержаніе столь важнаго военнаго устройства (80). Если такимъ образомъ королевская власть, съ одной стороны, была

---

(79) Въ послѣдующемъ изложеніи я старался выставить всѣ моменты, объусловливающіе бенефиціальную систему. Отдѣльные моменты заимствованы болѣе или менѣе у другихъ писателей, именно у Рота, который выяснилъ внутреннюю *цѣль* и форму (сеньоратъ) системы бенефиціевъ. Но сопоставленіе всѣхъ важнѣйшихъ моментовъ, въ ихъ взаимномъ отношеніи и значеніи, сопоставленія, столь необходимаго для всякой рѣзкой характеристики, я не нашелъ и у *Рота*.

(80) Ротъ говоритъ (стр. 365): удержаніе военной организаціи считалось покамѣсть необходимымъ. Посредствомъ передачи сеньорамъ тѣхъ самыхъ правъ надъ свободнымъ поселенцемъ, которыя до сихъ поръ принадлежали графу какъ военному начальнику, упрощивалась система наборовъ: сеніоръ принималъ на себя отвѣтственность за своевременную

ослаблена тѣмъ, что сеньоры пріобрѣли такую же власть надъ свободными, которая прежде исключительно принадлежала королю, то эта опасность достаточно ограждалась тѣмъ, что сами сеніоры сдѣлались болѣе зависимыми отъ верховной власти, вступивъ къ ней въ отношеніе внѣшней зависимости, вслѣдствіе особаго рода обязательства, коммендаціи, и связавъ себя полученными во владѣніе коронными землями. При Меровингахъ раздача коронныхъ земель была вознагражденіемъ за особенныя заслуги и за преданность королю, т. е. знакомъ монаршей милости; теперь же въ основаніе этой раздачи положена цѣль государственная (81).

Но коронныя земли, благодаря расточительности Меровинговъ, были почти совершенно разстрачены и не были поэтому достаточны для выполненія обширныхъ плановъ Каролинговъ. Напротивъ церковныя имущества до такой степени увеличились, вслѣдствіе богатыхъ подарковъ Меровинговъ и многихъ законно и незаконно пріобрѣтеныхъ записей отъ частныхъ лицъ, что въ концѣ седьмаго столѣтія эти имущества занимали цѣлую треть территоріи государства (82). Такое внѣшнее богатство, съ одной стороны, было опасно для государства, ибо большая масса людей, даже свободныхъ, вступили въ отношеніе зависимости къ церковнымъ учрежденіямъ, вслѣдствіе ихъ исключительнаго привиллегированнаго

явку тѣхъ поселенцевъ, которые отъ него зависѣли. Обязанность сеньора снабжать своихъ homines оружіемъ и провіантовъ дала возможность привлечь къ военной службѣ и бѣднѣйшихъ людей, которымъ невозможно было служить на свой собственный счетъ,

(81) Этотъ существенный моментъ, весьма важный для характеристики бенефиціальной системы, весьма опредѣленно выясненъ у Рота, стр. 358. Раздача коронныхъ земель въ бенефиціи есть нововведеніе Каролинговъ, нововведеніе нестолько по способу раздачи,—хотя и тутъ многое измѣнилось,—сколько по новой цѣли, которая имѣлась въ виду.

(82) Roth, S. 253—259. подверждаетъ это многими примѣрами. Поддѣлываніе фальшивыхъ актовъ было такъ распространено, что напр. изъ числа 360 меровинскихъ грамотъ *Брекиньи* около 130 признаетъ положительно фальшивыми. см. Roth, S. 357. Даже послѣ, когда церковь получила уже неоднократное увѣреніе, что секуляризація никогда не повторится, противозаконныя продѣлки были такъ часты, что Карлъ В. видѣлъ себя принужденнымъ энергически высказаться противъ этого въ Capitulare duplex Aquisgranense anno 811. *Pertz* III, 167. c. 5. говоритъ, Inquirendum—si ille seculum dimissum habeat, qui quotidie possessiones augere quolibet modo qualibet arte non cessat, suadendo de coelestis regni beatitudine, comminando de aeterno supplicio inferni, et sub nomine Dei aut cujuslibet sancti tam divitem quam pauperem, qui simplicioris naturae sunt, et minus docti atque cauti inveniuntur, si (sic) rebus suis exspoliant, et legitimos heredes eorum exheredant, ac per hoc plerosque ad flagitia et scelera propter inopiam — compellunt, ut quasi necessario furta et latrocinia exerceant—c. b. Iterum inquirendum, quomodo seculum reliquisset, qui cupiditate ductus propter adipiscendas res, quas alium vidit possidentem, homines ad perjuria et falsa testimonia precio conducit—c. 7. Quid de his dicendum, qui quasi ad amorem Dei et sanctorum—ossa et reliquias sanctorum corporum de loco ad locum transferunt, ibique novas basilicas construunt, et quosqumque potuérint, ut res suas illuc tradant, instantissime adhortantur. Palam fit hoc ideo factum, ut ad aliam perveniat potestatem. Roth 253. Уже и прежде Карлъ В. пытался сдѣлать передачу всего имѣнія, зависимаго отъ королевской воли, C. 805, S.134, а Людовикъ Благочестивый запретилъ духовенству принимать такія имѣнія, которыя переходили къ послѣднему вслѣдствіе лишенія наслѣдства родственниковъ жертвователя. C. 817. 7. 207. Но всякій процессъ по этому поводу былъ затруднителенъ уже потому, что духовенство имѣло свои привелигіи по отношенію къ судебной власти. На всякую попытку подобнаго рода Соборы 6 и 7 столѣтій отвѣчали обыкновенно отлученіемъ отъ церкви. Roth, S. 254. *Монтескье* (esprit de lois XXXI. 10) полагаетъ, что впродолженіе царствованія трехъ династій вся масса земельныхъ владѣній прошла чрезъ руки духовенства. (Le clergé reçevait tant, qu'il faut que, dans, les trois races, on lui ait donné plusieurs fois tous les biens du royaume).

положенія; съ другой стороны, это богатство было пагубно и для внутреннихъ церковныхъ отношеній, потому что оно поддерживало въ своихъ духовныхъ членахъ свѣтскія стремленія и способствовало разврату въ монастыряхъ. Уже въ Виндфридѣ-Бонифаціи эти обстоятельства возбудили негодованіе и стремленіе противодѣйствовать этому злу (83). Сыновья Карла Мартелла, Карламанъ и Пипинъ, вѣроятно съ согласія дружнаго съ ними Бонифація, рѣшились на слѣдующую мѣру, которая имѣла двоякую цѣль — государственную и церковную (84). Церковныя имѣнія, во всѣхъ частяхъ государства, были отобраны въ казну (секуляризованы), но не вездѣ одинаковымъ образомъ: въ Австразіи (Карломанъ) онѣ, въ извѣсныхъ случаяхъ, были возвращены церкви; въ Нейстріи же (Пипинъ) часть ихъ навсегда была конфискована (Вальтеръ § 73). Въ вознагражденіе за отнятыя имѣнія церковь должна была получать кромѣ церковной десятины, еще вторую десятину (т. е. decima et nona). Такимъ образомъ улучшеніе церкви Бонифаціемъ облегчило также и государственную власть. Эта секуляризація, — получивши и формально правовой характеръ чрезъ согласіе на эту мѣру духовенства на Лестинскомъ соборѣ, хотя тутъ же было положено, что эта мѣра не должна повториться при преемникахъ Пипина, — дала послѣднему матеріяльныя средства къ возвышенію въ королевское достоинство и въ особенности способствовала къ введенію бенефиціальной системы въ обширныхъ размѣрахъ.

Вслѣдствіе этой секуляризаціи, сдѣлалось возможнымъ надѣлять королевскими бенефиціями, не только королевскихъ вассаловъ, но и сеньоровъ, дабы привязать ихъ къ королю посредствомъ коммендаціи. Личныя отношенія бенефиціальной системы получили свое формальное выраженіе въ *сеньоратѣ*, который уже началъ слагаться и впослѣдствіи еще болѣе развился, при содѣйствіи Каролинговъ. Сеніоратъ произошелъ вслѣдствіе того, что при возрастающемъ могуществѣ вельможъ и угнетеніи ими менѣе сильныхъ, мало по малу и *свободные люди*, безъ всякаго впрочемъ ущерба для своей свободы и чести, начали вступать въ свиту аристократовъ, которая прежде состояла только изъ людей *несвободныхъ*. Принятіе этихъ новыхъ обязательствъ происходило посредствомъ коммендаціи (se commendare) и посредствомъ присяги въ вѣрности, т. е. также какъ и для лицъ, которые при Каролингахъ вступали въ особую свиту короля и которыя назывались теперь вассами (85), или вассалами, соотвѣтствовавшими меровингскимъ антрустіонамъ. Названіе вассаловъ получили также и свободные люди, вступившіе въ свиту вельможъ, которые стали теперь называться сеньорами. Королевскіе вассалы получили впослѣдствіе, въ отличіе отъ вассаловъ вельможъ, названіе *majores homines*. Но между сеньоратомъ и вассальствомъ и бенефиціями не было никакой прямой необходимой связи. Король и сеньоры вслѣдствіе избытка земель, могли надѣлять ими своихъ вассаловъ, не какъ бенефиціями; а потому могли быть вассалы безъ бенефицій, равно какъ лица, имѣвшія ихъ могли не быть вассалами (напр. духовные, монахи и женщины). Сеньоръ обязанъ былъ только защищать своихъ вассаловъ; вассалы же, съ своей стороны, обязывались служить ему вѣрой и правдой всю свою жизнь. Послѣ секуляризаціи, раздача бенефицій, какъ вассаламъ, такъ и сеніорамъ, сдѣлалась нетолько правиломъ, но

---

(83) См. Посланіе Бонифація къ папѣ Захаріи. Leo, Vorlesungen. 1. S. 437.

(84) Roth, S. 359, замѣчаетъ, что нигдѣ нельзя найти протеста Бонефація противъ этой мѣры, на что конечно у него стало бы смѣлости, еслибъ это казалось ему необходимымъ. Leo. S. 438 не сомнѣвается, что Бонифацій далъ свое согласіе на конфискацію, ибо онъ ждалъ много благъ для церкви именно отъ той свободы, которую пріобрѣтала она, принесши такую жертву. О секуляризаціи см. подробнѣе Roth, S. 314—366.

(85) Vassus (по гальски uas, или uasal, на языкѣ Вельшовъ gwas; *Leo*, ib, S. 436) означало во время Меровинговъ несвободныхъ, во время же Каролинговъ находящихся въ составѣ дружины. См. *Roth*, S. 367.

важнѣйшимъ моментомъ и средствомъ утвердить посредственную и непосредственную зависимость отъ короля вассаловъ и сеньоровъ.

Но раздача бенефицій, совершенно чуждая юридическому воззрѣнію Германцевъ, производилась по образцу *римскаго прекарія* (precarium), который издавна усвоенъ былъ *церковью*, вообще жившей по римскому праву. Церковь ввела эту раздачу земель между Германцами уже съ давняго времени. Актъ отдачи во ладѣніе назывался beneficium (86); впослѣдствіи это названіе перешло и на самую землю. Это правовое отношеніе особенно благопріятствовало увеличенію дареній духовнымъ учрежденіямъ, ибо даритель обыкновенно удерживалъ за собою, а иногда и за ближайшимъ потомствомъ, право пользованія подареннымъ имуществомъ. Иначе слагались отношенія когда церковь дарила, или отдавала въ пользованіе, свое собственное имущество; въ этихъ случаяхъ она выговаривала для себя весьма выгодныя услуги со стороны тѣхъ, которые пользовались ея бенефиціями.

Такимъ образомъ германскіе воззрѣніе и нравы измѣнились, потому что пріобрѣтеніе бенефицій сопровождалось для свободнаго зависимостью и уменьшеніемъ его правъ. Но такая перемена должна была наступить еще прежде, чемъ получили значеніе настоящія бенефиціальныя отношенія, которыя также не заключали въ себѣ уменьшенія правъ свободнаго человѣка. Переворотъ этотъ произошелъ оттого, что римское право, при неокончательной передачѣ поземельной собственности, кромѣ поземельнаго налога, не знало никакихъ другихъ личныхъ обязательствъ; а еще болѣе потому, что такія передачи исходили отъ *церкви*, какъ отъ лица нравственнаго, пользовавшейся притомъ такимъ высокимъ религіознымъ почетомъ. Принятіе бенефиціи отъ такого нравственнаго лица не могло вести за собою никакого уменьшенія правъ свободы и чести для лица, получившаго бенефицію, если только не было къ этому особенныхъ побудительныхъ причинъ. Такимъ образомъ и впослѣдствіи въ бенефиціальной системѣ юридическое положеніе бенефиціата не подвергалось никакимъ ограниченіямъ.

Но и этому отношенію *германскій духъ* придалъ особенный характеръ. Этотъ духъ, старавшійся придать всякому *юридическому* отношенію двухъ лицъ между собою *нравственное* основаніе (87), связалъ и съ этимъ отношеніемъ нравственныя обязательства: *вѣрности*, съ одной стороны, и покровительства, съ другой. Старинная дружина, равно какъ, и позднѣйшій дружинный союзъ между королемъ и антрустіонами были не столько первообразами этого отношенія, сколько одинаковымъ послѣдствіемъ изъ внутренней сущности германскаго духа, насколько послѣдній стремился регулировать внѣшнія продолжительныя личныя отношенія.

Изъ внутренняго, сцѣпленія этихъ моментовъ возникла бенефиціальная система. Возникши изъ совокупнаго дѣйствія различныхъ внѣшнихъ отношеній, система эта, и сама въ себѣ, основывалась на многихъ разнородныхъ мотивахъ. Ее ни въ какомъ случаѣ нельзя считать естественнымъ развитіемъ древне-германскаго государственнаго порядка; она не была также настоящимъ *германскимъ* институтомъ. Германскій духъ далъ только свой отпечатокъ чужимъ элементамъ. Только вслѣдствіе внѣшнихъ отношеній Каролинги сдѣлали бенефиціальную систему государственнымъ учрежденіемъ, имѣвшимъ обширное назначеніе.

Бенефиціальная система перешла въ *ленную* съ тѣхъ поръ, какъ обычаемъ установилось упаслѣдованіе бенефиціевъ сыномъ и другими агнатами вассала и

---

(86) Уже въ l, 14. D. de precario (43, 26) говорится: magis enim ad donationis et *beneficii* causam quam ad negotii contracti spectat precarii conditio. Еще ближе подходитъ позднѣйшее выраженіе, § 5. I. 14. c. de sacrosanctis ecclesiis (1, 2.) .См. *Waitz*, II. S. 198.

(87) Подобное также правильно замѣтилъ *Waitz*, II, S. 202.

когда оно было признано Карломъ Лысымъ въ 877 г. Только съ этого времени установились болѣе точныя положенія объ отношеніи между сеньоромъ и вассаломъ, и о правахъ и обязанностяхъ относительно леновъ. Для бенефиціевъ *этого* рода, (такъ какъ были бенефиціи и другаго рода), возникло въ десятомъ столѣтіи названіе *feodum*, или *feudum* (88) также *feum*, или *feovum*. И такъ феодальная система была только особымъ видомъ развившейся бенефиціальной системы.

Бенефиціальная система составляетъ существенную часть собственно Каролинскихъ учрежденій, къ краткому разсмотрѣнію которыхъ мы теперь и перейдемъ.

§ 5. *Каролингскія учрежденія.*

Соціальный порядокъ, установленный Карломъ В, частію вслѣдствіе развитія прежнихъ учрежденій, частью вслѣдствіе новыхъ постановленій, покоился на слѣдующихъ основаніяхъ (2).

1) *Принципы.* Вслѣдствіе возобновленія римской имперіи (renovatio imperii) на императора было перенесено, связанное съ этимъ титуломъ, понятіе объ imperium mundi. Но такъ какъ новая имперія была христіанскимъ государствомъ, то власть духовная, сложившаяся самостоятельно и получившая независимую главу въ лицѣ папы, отдѣлилась отъ власти свѣтской. Церковь и государство представляются частями *одного цѣлаго* (90), христіанства, для блага котораго самъ Богъ создалъ эти власти: одну какъ непосредственную, другую какъ посредственную. Такимъ образомъ произошли двѣ лѣстницы общественнаго порядка: іерархія и свѣтская монархія (превратившаяся впослѣдствіи въ ленную монархію). Та и другая покоились на христіанско-германскомъ принципѣ вѣрнос и; тотъ же союзъ вѣрности связывалъ вторую съ первой. Но духовная глава утверждается въ своей власти съ согласія короля. Оба порядка поддерживаютъ, обусловливаютъ и проникаютъ другъ друга, въ своихъ многоразличныхъ, взаимно связанныхъ, внѣшнихъ и внутреннихъ цѣляхъ. Оба порядка развиваются паралельно такимъ образомъ, что церковныя учрежденія служатъ образцами для гражданскихъ, ибо не подлежитъ сомнѣнію, что сунодьі были образцами для сеймовъ и что полномочіе и кругъ дѣйствія такъ называемыхъ зендрафовъ и собираемые ими провинціальныя сеймы (placitum) были подражаніемъ визитаціямъ церквей и провинціальнымъ сунодамъ епископовъ. Сеймъ былъ средоточіемъ управленія, какъ для дѣлъ свѣтскихъ, такъ и для дѣлъ духовныхъ (91).

2) Въ политическомъ отношеніи учрежденія Королинговъ составляютъ *переходъ* къ тому, что, въ полнѣйшемъ своемъ развитіи, получило названіе *феодальной си-*

---

(88) Прежнее производство этого слова отъ fidelis уже отвергнуто. Оно происходитъ отъ древне-германскаго слова feo, добро, съ включеніемъ буквы d передъ латинскимъ окончаніемъ для избѣжанія гіатуса (какъ въ campus ma (d) ius). См. Phillips d. R. d. R. G. 145. *Лео* ib. S. 525, производитъ это слово изъ кельтскаго языка.

(89) Ср. Eichhorn. 1. §. 158 ff. Walter §. 55 ff.

(90) См. приведенныя мѣста изъ Concil. Paris. VI a 829 у Эйхгорна §. 158. Но духовная власть ставится выше свѣтской, такъ въ Conc. aP. S. Maeram a 881 Can. 1. сказано: Solus Dominus noster Jesus Christus vere fieri potuit rex et sacerdos. Post vero—nec rex pontificis dignitatem, nec pontifex regalem potestatem sibi usurpare praesumpsit. Et tanto est dignitas Pontificibus, major quam regum, quia reges in culmen regium sacrantur a Pontificibus, Pontifices autem a regibus consecrari non possunt, it tanto gravius est pondus sacerdotum quam regum, quando etiam pro ipsis regibus in divino reddituri sunt examine rationem.

(91) Eichhorn §. 158.

стемы. Бенефиціальная система, которой Каролинги воспользовались впервые для общихъ политическихъ видовъ, послужила и Карлу В. для достиженія цѣли полнѣйшаго *усиленія* государства, посредствомъ чего средніе члены *сеньората* были соединены съ императоромъ, какъ верховнымъ сеньоромъ и центральнымъ членомъ. Достиженію этого политическаго плана, т. е. подчиненія всѣхъ членовъ одному центру, много способствовала наслѣдственность бенефицій, которая впослѣдствіи сдѣлалась основаніемъ всей феодальной системы.

3) *Королевское достоинство*, какъ и у Меровинговъ, было наслѣдственнымъ; но карлъ В. установилъ, чтобы королевская власть утверждалась согласіемъ вельможъ и даже (хотя по формѣ весьма неопредѣленнымъ) согласіемъ народа. Королевская власть имѣла троякую цѣль: защиту всѣхъ нуждающихся, въ особенности церкви, ея служителей, вдовъ и сиротъ; охраненіе мира и провосудіе. Древне-германская защита и миръ, принадлежность свободной общины народной, перешли къ королю. De facto король имѣлъ также вліяніе и на церковное законодательство и управленіе; послѣднее принадлежало архикапеллану и только съ согласія короля папа могъ вмѣшиваться въ управленіе архикапеллана. Король имѣлъ также вліяніе относительно раздачи епископствъ и аббатствъ и администраціи церковныхъ имуществъ; кромѣ того подъ его же надзоромъ творился судъ надъ епископами. Конечно это не совсѣмъ согласовалось съ ученіемъ епископовъ, которое въ *дѣлахъ духовныхъ* признавало монархическую власть только относительно защиты и проповѣдывало полную независимость власти епископовъ (92). Вообще королевская власть расширилась во многихъ отношеніяхъ (особенно въ правѣ уголовномъ); но съ другой стороны ни одна изъ королевскихъ прерогативъ не находилась въ совершенной независимости отъ государственнаго сейма.

4) *Подданные*. Не одни вельможи (какъ долго полагали), но и всѣ свободнорожденные, уже во времена Меровинговъ давали присягу въ вѣрности королю (Leudesamio, juramentum fidelitatis). Присяга эта давалась каждому королю, при его вступленіи на престолъ, и послѣ каждаго новаго завоеванія. Карлъ В., принявъ титулъ императора, потребовалъ новой присяги всѣхъ свободныхъ и опредѣлилъ, чтобы, отъ времени до времени, отбиралась присяга отъ всѣхъ подданныхъ, достигавшихъ совершеннолѣтія.

5) *Государственные и придворные чины*. Когда съ Пипинымъ короткимъ уничтожилось званіе major domus, начальникомъ королевской канцеляріи сдѣлался рефендарій. Но эта должность вскорѣ раздѣлалась: для духовныхъ дѣлъ былъ назначенъ apocrisiarius, capellanus, а для гражданскихъ и для веденія дѣлъ въ придворномъ судѣ короля comes palatii. Другіе придворные чиновники, встрѣчавшіеся и при дворѣ вельможъ, были Ministeriales (93), между которыми были высшіе, capitanei, camerarius, seniscalcus, comes stabuli, и низшіе.

6) *Государственныя сословія и сеймы*. Всѣ важнѣйшія государственныя дѣла обсуждались при содѣйствіи государственныхъ сословій. Какъ при Меровингахъ, военные смотры на campus martius были назначены для того, чтобы съ помощью вельможъ и съ согласія народа постановлять законы, такъ и Пипинъ въ 755 учредилъ военный смотръ въ Маѣ, на campus madius. Для обсужденія дѣлъ государственныхъ существовали два ежегодныхъ собранія. На первомъ, которое было въ связи съ campus madius, должны были присутствовать всѣ *государственныя сословія* т. е. свѣтскіе и духовные вельможи, епископы, аббаты, графы и другіе высшіе чиновники; вассалы же и министеріалы были здѣсь лишь для того, чтобы придать сейму большій блескъ и выслушивать приказанія, не учавствуя въ совѣщаніяхъ. Епископы и аббаты съ одной стороны, графы и другіе вельможи

---

(92) Eichhorn, ib. §. 158.

(93) См. объ этомъ Fürth, die Ministerialen. 1836.

съ другой совѣщались порознь, но, по обоюдному желанію, могли совѣщаться вмѣстѣ. По общему желанію, при важныхъ совѣщаніяхъ, могъ присутствовать и король. Но и рѣшенія епископовъ и аббатовъ, по дѣламъ спеціально духовнымъ, должны были идти на подтвержденіе короля. Утвержденное королемъ рѣшеніе сейма Capitulare, подписывалось всѣми присутствовавшими на сеймѣ. Второе собраніе, осенью, существовало для менѣе важныхъ дѣлъ, а также для предварительнаго обсужденія дѣлъ къ будущему году и состояло только изъ сеніоровъ т. е. изъ всѣхъ связанныхъ съ королемъ посредствомъ коммендаціи и нѣкоторыхъ свѣтскихъ и духовныхъ совѣтниковъ, пользовавшихся особою довѣренностью короля (94).

7) *Зендграфы.* Важное значеніе получилъ чрезъ Карла В. институтъ зендграфовъ, missi dominici. Уже прежніе Каролинги для надзора, за правильнымъ государственнымъ управленіемъ посылали сендботовъ. Карлъ В., уничтоживши почти во всѣхъ областяхъ опасное для монархіи званіе герцоговъ, посылалъ зендграфовъ для ревизіи управленія провинцій и для надзора за выполненіемъ вводимыхъ имъ реформъ. Въ каждую изъ областей, предназначенныхъ для ревизіи, missaticum, отправлялись обыкновенно по одному епископу, для ревизіи дѣлъ церковныхъ, и по одному графу, для ревизіи дѣлъ гражданскихъ. Дѣятельность зендграфовъ простиралась на всѣ отрасли управленія, они созывали также провинціальные сеймы. Особенно они были обязаны заботиться о правильномъ судопроизводствѣ и для этого учреждали судебныя сессіи въ различныхъ мѣстахъ, въ опредѣленное время, четыре раза въ годъ.

Устройство гау, при Карлѣ В., значительно измѣнилось. По старому порядку земля Франковъ состояла изъ гау, которые управлялись, назначаемыми королемъ, графами (называвшимися grafio (95), comes, также judex), завѣдывающими судопроизводствомъ и военною частью (Grafenbann). Каждое графство распадалось на centenae, начальники которыхъ назывались centenarius, tunginus, Hunnen centenae составляли *марки*, члены, которыхъ составляли одну общину и имѣли одного общаго представителя. Графы, выбиравшіеся обыкновенно королемъ изъ землевладѣльцевъ самаго графства, вскорѣ до такой степени усилились, что стали содержать свои собственные дворы съ министеріалами и поставили въ вассальныя отношенія почти всѣхъ поселившихся въ томъ краѣ. Съ девятаго вѣка, графства были обыкновенно соединяемы съ жалованными владѣніями, какъ res или pertinentia comitatus, и постоянными бенефиціями. Это устройство Карлъ В. измѣнилъ такимъ образомъ, что для управленія были учреждены три ежегодныхъ собранія, на которыхъ должны были присутствовать всѣ свободные люди; прежнія же собранія были преобразованы въ суды, въ которыхъ рахинбурги (Rachinburgen) не принимали никакого участія и дѣятельность ихъ перешла къ скабинамъ (Schöffen scabini), избираемымъ зендграфомъ, при содѣйствіи графовъ гау и народа.

Судоустройство. Со времени Карла В. въ каждомъ графствѣ были устроены высшіе и низшіе суды, первые подъ предсѣдательствомъ викарія или центенарія, вторые подъ вѣдѣніемъ самаго графа, или его намѣстника, vicecomes. Только высшіе суды рѣшали дѣла о жизни и свободѣ, о тяжкихъ преступленіяхъ, о поземельной собственности и рабахъ.

Армія была Карломъ В. преобразована; духовные и свѣтскіе вельможи получили въ ней особое положеніе. Но облегченія, введенныя Карломъ для людей менѣе состоятельныхъ, ускорили упадокъ свободнаго сословія и ослабили воинственный

---

(94) Eihhorn, ib. §. 161.

(95) Слово графъ, по мнѣнію Лео G. d. d. V. S. 385, происходитъ отъ кельтійскаго короня, grav рѣзать, царапать, также писать. Этотъ корень встрѣчается и въ другихъ индо-европейскихъ языкахъ, какъ нар. въ греч. γραφειν (также въ нѣмец. graben). Потому графъ значитъ высшій писецъ (höherer Schreiber, Staatsschreiber).

духъ. Съ другой стороны графы, посредствомъ наборовъ и созваніями судебныхъ собраній, дѣлали столько притѣсненій, что свободные люди низшаго класса часто видѣли себя принужденными передавать, подъ какою нибудь юридическою формой, свои земельные участки самимъ графамъ, а еще чаще аббатствамъ и монастырямъ. Такимъ образомъ, мало по малу, исчезала большая часть свободныхъ людей и огромная масса поземельныхъ участковъ превратилась въ имущество духовныхъ, черезъ что расширился сеніоратъ епископовъ и аббатовъ и послѣдніе еще болѣе предались свѣтскимъ интересамъ (96).

Иммунитеты (97) Для церкви, фиска и свѣтскихъ вельможъ выработалось вслѣдствіе такъ называемыхъ иммунитетовъ, совершенно особенное положеніе, относительно управленія ихъ владѣніями, положеніе, имѣвшее весьма важное вліяніе на развившееся впослѣдствіи могущество феодаловъ. Церкви и монастыри, освобожденные еще и прежде отъ платежа общественныхъ налоговъ, были приняты подъ особое покровительство короля и пріобрѣли право творить судъ и расправу на своихъ земляхъ, посредствомъ своихъ собственныхъ чиновниковъ. Между этими чиновниками defensor (адвокатъ), главный судья, занималъ первое мѣсто; онъ избирался графомъ и народомъ. Во владѣніяхъ фиска и вельможъ сложился почти такой же порядокъ.

Нравственное состояніе общества, во многихъ отношеніяхъ, сдѣлало важные успѣхи. Въ юридическомъ быту получили большее обезпеченіе личныя и имущественныя отношенія; германскій духъ общественности подкрѣплялся различными ассоціаціями (для вспомоществованія бѣднымъ, пострадавшимъ отъ пожара и кораблекрушеній). Педагогика и религіозное воспитаніе сдѣлали значительные успѣхи; благотворительность же, руководимая церковью, развилась въ широкихъ размѣрахъ и простиралась на бѣдныхъ вдовъ, сиротъ, рабовъ и путешественниковъ.

---

(96) Walter, §. 124—132.
(97) Ib. §. 103.

ВТОРАЯ ЭПОХА.

ОТЪ 888 Г. ДО ВѢЧНАГО ЗЕМСКАГО МИРА.

§ 1. *Германская Имперія какъ феодальная Монархія.*

Эпоха эта, разсматриваемая во ея всемъ цѣломъ, представляетъ величественное разчлененіе всѣхъ человѣческихъ, общественныхъ жизненныхъ отношеній. Господствующимъ основнымъ началомъ этой эпохи было проведеніе и поддержаніе этаго расчлененія такимъ образомъ, чтобы каждый членъ, начиная отъ высшихъ религіозныхъ и политическихъ до экономическихъ круговъ, могъ пользоваться своими правами и исполнять свои обязанности въ опредѣленныхъ границахъ. Въ частностяхъ эта эпоха представляетъ развитіе внутреннихъ *противоположностей*, по различнымъ направленіямъ. Подобно тому какъ интересъ *отдѣльныхъ* племенъ многоразлично проявился въ основаніи новыхъ герцогствъ, точно также изъ превиллегированныхъ правъ (Immunitätsrechte) свѣтскихъ и духовныхъ вельможъ образовались *лѣнныя верховныя права*, въ противоположность *государственной верховной власти*, чѣмъ въ Германіи и было положено основаніе господству многихъ. Изъ отношеній, въ началѣ неопредѣленныхъ, возникаютъ противоположности и борьба между духовною и свѣтскою властью; но такъ какъ духовное могущество, въ этой борьбѣ, получаетъ все болѣе и болѣе свѣтское направленіе, то естественно происходитъ реакція и поднимается наконецъ кликъ о реформѣ церкви въ ея главѣ и членахъ. Обновленіе народной жизни происходитъ въ *городахъ*, цвѣтущихъ торговлею и промышленностью и счастливо противодѣйствовавшихъ рыцарству, которое, выродившись въ систему грабежа и разбоя, тяготѣло надъ народомъ. Возникаетъ наконецъ противоположность между *римскимъ правомъ*, которое, соотвѣтствуя потребностямъ развивающихся отношеній, все болѣе и болѣе проникаетъ въ жизнь и *правомъ германскимъ*, искаженнымъ феодализмомъ и уклонившимся отъ настоящаго пути своего развитія. Но вся эта борьба не ведетъ къ примиренію и соглашенію, а кончается большею частью рѣшительною побѣдою какого нибудь одного изъ противоположныхъ принциповъ (98).

---

(98) Мнѣ кажется здѣсь будетъ весьма умѣстно краткое изложеніе внѣшней политической исторіи. Послѣ паденія каролингской монархіи (въ 888 году) на престолъ вступили, такъ называемые, незаконные Каролинги, сперва Арнульфъ 888—899 (незаконорожденный сынъ Карломана) а потомъ сынъ его Людовикъ—Дитя 900—911. За тѣмъ былъ избранъ въ короли герцогъ Франкскій Конрадъ I. 912—918, съ котораго Германія становится избирательнымъ государствомъ. По смерти Конрада I. престолъ переходитъ къ саксонской династіи. Генрихъ I. 919—936, сынъ его Оттонъ I. Великій 936—974, который короновался въ короли, какъ потомокъ Каролинговъ, такъ что, съ этихъ поръ возникло правило, что посредствомъ обряда коронованія, король становился Франкомъ. Впослѣдствіи Оттонъ I. получилъ Ломбард-

§ 2. *Внутреннія организація государства.*

I. *Управленіе государствомъ.* Хотя имперія Каролинговъ разрушилась, но духъ ея продолжалъ жить нѣкоторое время и въ новомъ порядкѣ. Христіанство было понято какъ великое цѣлое, главы котораго императоръ и папа, каждый, посредствомъ свойственной ему власти, взаимно помогая другъ другу, должны

скую корону и былъ коронованъ папою Іоанномъ XII въ 962 г. въ императоры. Съ этихъ же поръ сдѣлалось правиломъ, что вмѣстѣ съ избраніемъ въ нѣмецкіе короли, король становился и императоромъ римскимъ. Этимъ самымъ папы лишились права по произволу раздавать императорскую корону; но такъ какъ на нихъ была возложена обязанность посвящать и короновать избраннаго въ императоры то за ними осталось право наблюдать порядокъ и законность избранія и въ случаѣ несогласія въ избраніи назначить того или другаго изъ избранныхъ претендентовъ. (Вальтеръ ib § 162). Хотя, вслѣдствіе присоединенія къ императорской коронѣ Италіи, Германія много пострадала, но зато она пріобрѣла важный элементъ культуры и величіе, а также и внѣшнее препятствіе къ внутреннему застою. Правленіе слѣдующихъ королей, сына Оттона I, Оттона II. 974—983, сына послѣдняго Оттона III 983—1002 и за тѣмъ, послѣдняго потомка саксонской династіи, Герцога Баварскаго подъ именемъ Генриха II (1002—1024), причисленнаго къ лику святыхъ, за расположеніе его къ духовенству, весьма мало принесло пользы Германіи. При Саксонской династіи границы германскаго государства значительно расширились; королевство же нисколько неупрочилось. Лэнныя владѣнія герцоговъ и графовъ постепенно перешли въ владѣнія наслѣдственныя; общинная свобода, по большей части, утратилась и могла удержаться только въ городахъ, которые процвѣтали, благодаря особеному къ нимъ вниманію императоровъ (Оттонъ Великій). По прекращеніи саксонской династіи, корона перешла къ салическо-франкской династіи отъ 1024 — 1025. Короли этой династіи были довольно сильные, но властолюбивые правители. Конрадъ II. 1024—1039 присоединилъ къ имперіи Бургундское королевство; сынъ его Генрихъ III. 1039 — 1056 стремился основать наслѣдственную монархію и возвысить императорскую власть надъ папскою. Сынъ его Генрихъ IV. 1056 — 1106 извѣстенъ своей несчастной борьбой съ Григоріемъ VII, стремившимся къ усиленію папской власти и требовавшимъ чтобы на свѣтскую власть смотрѣли какъ на власть исходящую отъ высшей духовной власти. Григорій VII непризнавалъ инвеституру епископовъ, со стороны свѣтской власти, и требовалъ строгаго соблюденія безбрачія духовенства. При Генрихѣ V. 1106—1125 споръ объ инвеституръ прекратился знаменитымъ Вормскимъ Конкордатомъ, заключеннымъ въ 1122 съ папою Каликстомъ II (concordatum Calixtinum), по которому епископы и аббаты стали избираться духовенствомъ и посвящаться въ духовную должность папою; только въ свѣтскія владѣнія, посредствомъ дарованія жезла, они вводились императоромъ. По смерти бездѣтнаго Генриха V., обойдя ближайшаго его родственника Фридриха Гогенштауфенскаго, избранъ былъ въ короли Лотарь Саксонскій (фонъ-Суплинбургъ) 1125—1137; по смерти Лотаря, Гогенштауфены заняли престолъ отъ 1138—1254. Конрадъ III. 1138—1152 весьма мало могъ сдѣлать для Германіи, возобновивъ войну между Гогенштауфенами (Гибеллины) и Гвельфами и предпринявъ второй крестовый походъ. Даровитый племянникъ Конрада III. Фридрихъ I. Борбаросса 1152—1190, старавшійся поднять значеніе Германіи подчиненіемъ Италіи своему скипетру, собралъ сеймъ въ Роисальской долинѣ, на которомъ юристами, по кодексу Юстиніана, были установлены права величества. Фридрихъ вступилъ въ споръ съ папою, былъ причиною раскола въ церкви и умеръ въ третьемъ крестовомъ походѣ. За нимъ слѣдовало кратковременное строгое царствованіе сына его Генриха VI. 1190—1196, которому наслѣдовалъ его братъ Филиппъ Швабскій. Послѣднему былъ противопоставленъ другой король Оттонъ Брауншвейгскій, сынъ Генриха Льва, потерпѣвшій сильное пораженіе и умершій въ 1218 году. Уже въ 1212 г. сынъ Генриха VI, Фридрихъ II, 1212—1250 былъ признанъ большею частью князей законнымъ властителемъ, но позднѣе ему были противопоставляемы, какъ другіе короли, Генрихъ-Распе Тюрингскій 1246—1247 и Вильгельмъ Голландскій 1247—1250. Фридрихъ II былъ превосходнѣйшій изъ Гогенштауфеновъ, имѣлъ высокій характеръ, любилъ науки и искусства; но вслѣдствіе своего полусарацинскаго образованія былъ почти не христіанинъ. Онъ велъ продолжительную войну съ папствомъ, хотѣлъ Италію сдѣлать центромъ имперіи и ослабилъ свою власть въ Германіи, потому что онъ, для того чтобы достигнуть избранія въ короли сына своего Генриха, дѣлалъ большія уступки духовнымъ и свѣтскимъ князьямъ, вслѣдствіи чего и способствовалъ еще большему усиленію феодаловъ и переходу монархіи въ конфедеративное государство. Его сынъ Конрадъ IV съ 1250—1254 точно также устремлялъ свои взоры на Италію. Послѣ его смерти наступило несчастное междуцарствіе съ 1254—1274, когда нѣкоторые ино-

были достигать, какъ общую цѣль, блага христіанства. Но недостатокъ правового, яснаго утвержденія этаго этическаго отношенія, повелъ ко многимъ столкновеніямъ, въ которыхъ благу христіанства много разъ грозила опасность. Вслѣд-

---

странные князья (Ричардъ Корнвалійскій и Альфонсъ Кастильскій) носятъ титулъ императора, когда князья и епископы присвоиваютъ себѣ величіе феодаловъ, рыцари и ихъ вассалы становятся разбойниками по большимъ дорогамъ и въ государствѣ господствуютъ полнѣйшее беззаконіе, право сильныхъ и кулачное право. Такому состоянію пытались противодѣйствовать многіе города, соединившись въ союзы, изъ которыхъ сѣверо-нѣмецкая Ганза и союзъ Рейнскихъ городовъ были первыми. Избраніе Рудольфа I Габсбургскаго 1273—1292 снова дало государству мощнаго и мудраго правителя, готоваго на добрыя соглашенія съ духовною властью. Послѣ его смерти былъ избранъ Адольфъ Нассаускій 1292—1298, который былъ побѣжденъ сыномъ Родольфа,—Альбрехтомъ царствовавшимъ съ 1298—1308. Вслѣдствіе жестокости этаго государя образовался Швейцарскій союзъ. Альбрехтъ былъ убитъ своимъ племянникомъ Іоанномъ Швабскимъ (Parricida), у котораго онъ отнялъ его отцовскія владѣнія. Ему наслѣдовалъ Генрихъ VII Люксембургскій 1308—1313, перенесшій свой дворъ въ Богемію (прибытіе Генриха въ Италію торжественно воспѣлъ Данте въ своемъ произведеніи о монархіи). Послѣ его смерти, нѣкоторые изъ семи Курфирстовъ, которые удержали за собою право выбирать императора, выбрали Людовика Баварскаго съ 1313—1347, другіе же Фридриха Австрійскаго 1313—1330, вслѣдствіе чего и возникъ споръ о тронѣ. Но такъ какъ папы Іоаннъ XXII и Бенедиктъ XII изрекли проклятіе Людовику, то курфирсты на собраніи въ Рензѣ въ 1838 г. уничтожили папскій интердиктъ и торжественно объявили, что король и императоръ суть высшія власти на землѣ, поставленныя Богомъ а не папою, а потому и не нуждающіяся въ подтвержденіи и коронованіи отъ послѣдняго. Впрочемъ одной партіей былъ избранъ другой король, изъ Люксембургскаго дома, Карлъ IV (сынъ Богемскаго короля Іоанна), который однако по смерти Людовика былъ признанъ императоромъ всѣми. Карлъ IV съ 1347—1378 заботился только объ увеличеніи могущества своего дома. При немъ былъ составленъ въ 1356, извѣстный подъ именемъ золотой буллы, имперскій законъ, по которому право выбирать императора исключительно предоставлялось семи курфирстамъ и которымъ были установлены отношенія князей по ихъ рангу. Его заботливость простиралась только на его наслѣдственыя владѣнія (гдѣ онъ въ 1378 г. основалъ Прагскій Университетъ). Но плохое и слабое исполненіе законовъ сново привело къ кулачному праву, особенно при его сынѣ и пріемникѣ Венцелѣ 1378—1400, который проводилъ свою разгульную жизнь, полную тиранія и оргій въ Богеміи, оставивъ германское государство на произволъ судьбы. Теперь составляется изъ городовъ Швабіи, Франконіи и Рейна Швабскій союзъ городовъ противъ разбойничьяго дворянства, которое въ свою очередь соединяется въ рыцарскіе союзы. Курфирсты, свергнувши Венцеля въ 1400 г., избрали Рупрехта Пфальцкаго 1400—1410; который впрочемъ не могъ доставить миръ государству ни въ свѣтскихъ, а еще менѣе въ церковныхъ, отношеніяхъ, улучшеніе которыхъ было проповѣдуемо въ Богеміи Іоанномъ Гуссомъ. Наслѣдникъ Рупрехта, братъ Венцеля, Сигизмундъ 1410—1437 притѣснялъ, послѣ сожженія Гусса въ 1415 и Іеронима 1416, Гусситовъ. Нуждаясь въ деньгахъ, онъ продалъ Бургграфу Нюренбергскому Фридриху Гогенцоллернскому Маркграфство Бранденбургъ и тѣмъ самымъ положилъ основаніе королевству Пруссіи. Такъ какъ со смертію Сигизмунда прекратился Люксенбургскій домъ, то императорская корона перешла къ его зятю, Альбрехту II Австрійскому 1438—1439. Хотя въ послѣдствіи корона и перешла, по выбору, на короткое время къ Карлу VII Баварскому 1742—1745, но тѣмъ не менѣе она осталась за Габсбургско-Австрійскимъ домомъ. Впродолженіе краткаго царствованія Альбрехта видно доброе и непреклонное его желаніе возстановить порядокъ въ государствѣ. Но во время продолжительнаго царствованія его племянника, слабаго Фридриха III 1440—1493, Турки, укрѣпившись въ Константинополѣ, проникли до Австрійскихъ земель, Венгрія и Богемія избрали своихъ собственыхъ королей, а смуты въ государствѣ, все настоятельнѣе и настоятельнѣе, требовали новаго государственнаго устройства, что и осуществилось при Максимильянѣ I. 1493—1519. Послѣдній, на Вормскомъ сеймѣ, съ общаго согласія Курфистовъ, духовныхъ и свѣтскихъ бароновъ и городовъ, установилъ новую форму государственнаго устройства, которое уничтожило прежніе безпорядки, но вмѣстѣ съ тѣмъ и ослабило императорскую власть. Такимъ образомъ положено было основаніе вѣчному земскому миру, вооруженное самоуправство было запрещено подъ опасеніемъ опалы и осужденія, для разбора же тяжбъ между членами государства были учреждены имперскіе суды (Reichkammergerichte). затѣмъ все государство было раздѣлено на 10 округовъ (Австрійскій, 2. Баварскій, 3. Швабскій, 4. Франкскій, 5. Нижнерейнскій 6. Р. Верхне-Рейнскій, 7. Вестфальскій, 8. Верхне-Саксонскій, 9. Нижне-Саксонскій, 10. Бургундскій), вслѣдствіе чего и возвысилось могущество владѣтельныхъ князей. Послѣ несчастной войны противъ Швейцарскаго союза, послѣдній, по Базельскому миру 1499 г., сдѣлался независимымъ отъ Германіи.

ствіе, побѣдоноснаго для папства, спора объ инвеституръ, отношеніе между императоромъ и папою измѣнилось такимъ образомъ, что императоръ,—принимавшійся доселѣ, покрайней мѣрѣ со стороны большинства, какъ истинный авторитетъ даже для власти духовной,—сталъ теперь къ папѣ въ отношеніе подчиненности (99), въ которомъ послѣдній, по своему сану, занималъ высшее положеніе, нежели императоръ. Такимъ образомъ идея всемірнаго владычества, связанная съ императорствомъ, не могла осуществиться на западѣ. Только Ломбардія и Бургундія оставались соединенными съ нѣмецкимъ государствомъ и лишь князья Венгріи, Польши и Богеміи находились въ вассальныхъ отношеніяхъ къ германскому императору.

Главою (священной) римской имперіи и нѣмецкой націи былъ король, который избирался обыкновенно въ Ахенѣ тремя рейнскими епископами и который затѣмъ, короновался папою въ императоры. Онъ есть глава всѣхъ вассаловъ имперіи, первый сановникъ всѣхъ учрежденій государства, глава всѣхъ имперскихъ городовъ и селеній; онъ есть блюститель и исполнитель права, который охраняетъ права и свободу всѣхъ племенъ и всѣхъ сословій, и защитникъ вдовъ, сиротъ, бѣдныхъ и всѣхъ нуждающихся. Съ согласія имперскихъ чиновъ онъ издаетъ распоряженія и государственные законы и имѣетъ право утверждать важнѣйшія положенія и соглашенія, касающіяся общихъ интересовъ. Судъ совершается его именемъ. Онъ есть собственникъ прибыльныхъ регалій государства, которыя могутъ быть имъ раздаваемы какъ лены (и которыя дѣйствительно щедро раздавали императоры князьямъ, баронамъ и городамъ имперіи). Какъ императоръ, онъ есть особенный покровитель всего христіанскаго міра (dominus mundi), защитникъ вѣры, стражъ церкви во всѣхъ странахъ; наконецъ онъ имѣетъ вліяніе на избраніе папы и содѣйствуетъ къ созванію общихъ соборовъ.—Но величіе сана не возвышало личности императора надъ закономъ. За нарушеніе правъ духовенства императоръ подвергался публичному церковному покаянію и даже отлученію отъ церкви; а въ случаяхъ нарушенія правъ свѣтскихъ онъ отвѣчалъ передъ судомъ, составленнымъ изъ князей, подъ предсѣдательствомъ Пфальцграфа Рейнскаго. Но если, по приговору этаго суда, императоръ долженъ былъ быть лишенъ жизни, то напередъ онъ лишался своего императорскаго сана (100). Форма выбора короля все болѣе и болѣе переносится на немногихъ. Сначала великіе имперскіе чины и вассалы совершали предварительный выборъ, въ присутствіи многочисленнаго народа, который заявлялъ свое согласіе поднятіемъ рукъ. Впослѣдствіи же, когда были отмѣнены посредствующія формы и уничтожилось участіе народа въ избраніи короля, это право выбора удержали за собой семь курфирстовъ, что и было утверждено за ними золотою буллою 1356 г. Изъ этихъ курфирстовъ трое были лица духовныя,—архіепископы Маинцскій, Трирской и Кёльнскій, и четверо свѣтскія,—Пфальцграфъ Рейнскій, Герцогъ Саксонскій, Маркграфъ Бранденбургскій и король Богемскій.

II. *Измѣненія въ провинціальномъ устройствѣ* (101). Огромныя реформы въ провинціальномъ устройствѣ произошли вслѣдствіе, все большаго и большаго, утвержденія принципа наслѣдственности имперскихъ чиновъ, противорѣчащаго духу конституціи Каролинговъ. Изъ трехъ важныхъ учрежденій, королевскихъ посланниковъ, маркграфовъ и пфальцграфовъ, первые мало по малу уничтожились. Все болѣе и болѣе дѣлающійся могущественнымъ духъ отдѣльныхъ племенъ снова

---

(99) Такое отношеніе подчиненности изображаетъ въ XIII стол. издатель Швабскаго Зерцала въ извѣстномъ ученіи о двухъ мечахъ. Сравни въ особенности о прежнихъ воззрѣніяхъ W. Doniges, Deutsches Staatsrecht. S. 479 и Вальтера § 228, который приводитъ болѣе позднѣйшія воззрѣнія.

(100) Walter, §. 228, 229.

(101) Walter, §. 163.

привелъ къ постоянному герцогскому достоинству. Вслѣдствіе такаго возстановленія герцоговъ, что у различныхъ племенъ происходило различно, правительственный центръ тяжести былъ перенесенъ въ провинціи. Теперь на герцоговъ перешла часть правъ, предоставленныхъ прежде королевскимъ зендботамъ (Send-boten). Передъ властью герцоговъ исчезаетъ также и власть пфальцграфовъ, которые, по уничтоженіи королевскихъ зендботовъ, были представителями короля, относительно соблюденія и охраненія интересовъ права, попеченіе о государственныхъ имуществахъ и надзора за государственными доходами. Хотя въ XIII столѣтіи еще существовали пфальцграфы саксонскій, баварскій, франконскій и швабскій, но они уже не имѣли никакой власти надъ владѣяніями князей и ихъ должность сама собой превратилась въ обыкновенный княжескій санъ. Только пфальцграфство Рейнское утвердилось какъ отдѣльный княжеской домъ и какъ особенная имперская должность съ извѣстными правами. Изъ. маркграфствъ удержали важное историческое значеніе только два, именно: восточная Мархія, или Австрія, основанная, для защиты страны, на низовьяхъ Дуная, Карломъ Великимъ, и Мархія Бранденбургская, находившаяся въ весьма отдаленной связи съ тѣми изъ Мархій, которыя основалъ Карлъ Великій на правомъ берегу Эльбы противъ Славянъ (102). Но такъ какъ наслѣдственность герцогскаго достоинства сдѣлалась опасной, не только для Императора, но и для епископовъ, графофъ и бароновъ, то въ послѣднихъ, частью вслѣдствіе всеобщаго направленія къ обособленію, частью же чтобы уничтожить герцогства, явилось стремленіе присвоивать имперскимъ должностямъ, ими занимаемымъ, права герцогской власти. Императоры, чтобы обезсилить герцоговъ, поддержавали такое направленіе. Такимъ образомъ сдѣлались наслѣдственными графства, особенно когда съ послѣдними сдѣлались не разрывными прочныя бенефеціи. Епископства и аббатства сдѣлались могущественными свѣтскими владѣніями, вслѣдствіе чего, разумѣется, духовенство отдалилось отъ своихъ духовныхъ обязанностей и черезъ чуръ вдалось въ свѣтскіе интересы (103). Но такъ какъ духовные получали регаліи, связанныя съ ихъ должностями, отъ королей, при чемъ послѣдними давалось имъ кольцо и жезлъ, такъ что, по видимому, даже и духовный санъ они получали изъ рукъ короля, то возникъ споръ за инвеституру, который кончился Каликстинскимъ конкордатомъ въ 1122 г. (см. выше примѣч. 98). Вслѣдствіе такихъ измѣненій, въ концѣ XII-го столѣтія, возникли между духовными и свѣтскими вельможами два главныхъ класса (названныхъ позднѣе князьями и баронами); изъ нихъ къ одному принадлежали тѣ, которые пользовались герцогскими правами, съ титуломъ или безъ титула герцога, и непосредственно связывались съ государствомъ, къ другому же тѣ, которые означенныхъ правъ не имѣли.

III. *Происхожденіе верховныхъ ленныхъ правъ* (Landeshoheit). Изъ совокупности упомянутыхъ герцогскихъ правъ, правъ иммунитета свѣтскихъ и духовныхъ вельможъ, и наслѣдственности леновъ и графствъ образовались верховныя ленныя права (104). Льготными грамотами императора Фридриха II. 1220 и 1230 гг. всѣ пріобрѣтенныя права этого рода были утверждены. Права эти простирались на судопроизводство, защиту (Vogtei) всѣхъ лицъ жившихъ на территоріи, на военные наборы, финансы и подати, потому что сеньоръ, помимо согласія земскихъ сословій, могъ получать доходы съ доменъ, регалій, пеней, лѣсныхъ порубокъ, и, съ согласія этихъ сословій, получать помощь, или *подать* (Steuer, stiura, Stärkung). Сюзеренъ имѣлъ свой дворъ и своихъ чиновниковъ; подобно императору держалъ дворы и созывалъ сеймы, на которыхъ разрѣшались

(102) Walter, § 164.
(103) Ib. §. 177.
(104) Eichhorn, §. 229. u. ff. Walter, §. 195.

тяжбы между вельможами и творился судъ. Участіе вельможъ во всѣхъ важныхъ дѣлахъ страны считалось необходимымъ (105).

IV. *Ленная система* (106) сдѣлалась всеобщимъ связующимъ началомъ. *Государственные лены*, какъ объяснено выше, возникли изъ того, что высшія должности сдѣлались бенефиціями, а сановники вассалами, такъ что, съ началомъ наслѣдственности этихъ должностей, самое понятіе должности отодвинулось на задній планъ и она обратилась въ принадлежность бенефицій или феодовъ. Государственными ленами съ двѣнадцатаго вѣка были: герцогства, маркграфства, пфальцграфства, ландграфства и непосредственныя графства (когда эти послѣднія не отдавались въ полную собственность; далѣе, отдѣльныя государственныя имѣнія, юрисдикція, уголовный судъ и другія регаліи. Но въ отдѣльныхъ территоріяхъ ленный порядокъ сдѣлалъ еще большіе успѣхи. Многочисленныя притѣсненія, при постоянныхъ раздорахъ, потребность въ защитѣ болѣе сильнаго лица часто влекли за собою передачу свободнаго владѣнія свѣтскому, или духовному, вельможѣ, съ удержаніемъ нѣкоторыхъ правъ, или же плату извѣстной подати вельможѣ, съ удержаніемъ правъ владѣнія. Къ тому же бѣднѣйшіе изъ свободныхъ этимъ путемъ освобождались отъ тягостной рекрутской повинности; ихъ мѣсто заступили отчасти не свободные, частью же свободные, посвятившіе себя военной службѣ за извѣстныя бенефиціи, какъ вассалы. Такимъ образомъ нѣкоторыя церковныя имущества и десятины снова перешли въ свѣтскія руки (107). Но и болѣе значительные владѣльцы, обязанные служить въ войскѣ всадниками, изъ личной выгоды или ради большаго почета, вступали, посредствомъ передачи своей собственности, въ вассальныя отношенія къ сеньору. Вообще такое движеніе сдѣлалось вскорѣ столь преобладающимъ, относительно государственныхъ и другихъ леновъ, что пытались связать съ послѣдними, подъ видомъ солнечныхъ леновъ (Sonnenlehen) (108), даже аллодіальныя владѣнія. Наслѣдственность леновъ, даже не имѣвшихъ никакого отношенія къ государственнымъ должностямъ, мало по малу вошла въ общій обычай. Въ Италіи наслѣдственность леновъ, вслѣдствіе рѣшенія сейма въ Павіи въ 1037 г., была утверждена, какъ законъ, Императоромъ Конрадомъ II, который благопріятствовалъ ей и въ Германіи, гдѣ она сдѣлалась обычаемъ съ 12-го вѣка. Вслѣдствіе того вассалы сдѣлались менѣе зависимыми отъ сеньоровъ и вообще прекратился произволъ, относительно раздачи и отнятія леновъ.

Министеріалы. Важныя перемѣны произошли въ этомъ сословіи. Ведя свое начало еще со временъ Карла В., и, составляя сословіе, совершенно отличное отъ свободныхъ и несвободныхъ, министеріалы были троякаго рода: 1) министеріалы государства, принадлежавшіе къ нему или бывшіе служилыми людьми у выбраннаго въ императоры князя; они, вмѣстѣ съ князьями, засѣдали и подавали свой голосъ въ государственныхъ собраніяхъ, 2) министеріалы духовныхъ князей, аббатовъ и монастырей; 3) министеріалы свѣтскихъ князей, графовъ и бароновъ; они стояли ниже предъидущихъ. Измѣненія въ прежнихъ отношеніяхъ произошли оттого, что министеріалы часто получали постоянныя бенефиціи, вслѣдствіе чего служебныя отношенія превратились въ ленныя. Къ концу три-

---

(105) Walter §. 263.
(106) Ib. §. 238.
(157) Ib. §. 198.
(108) Въ солнечномъ ленѣ заключается также и древнѣйшее религіозное воззрѣніе относительно происхожденія собственности. См. статью *Менцеля* въ Zeitschrift *Germania* 1855, Heft 1.

надцатаго столѣтія исчезло различіе между министеріалами и свободными людьми, а въ шестьнадцатомъ исчезло и самое названіе министеріаловъ (109).

Государственныя и придворныя должности (110). Высшею должностью въ Имперіи была должность *эрцканцлера*, которую сперва занималъ одинъ изъ трехъ рейнскихъ епископовъ; впослѣдствіи же она принадлежала исключительно архіепископу Маинцскому. Но службу канцлерства выполнялъ не онъ, а, назначенный имъ самимъ, вице-канцлеръ. Четыре высшія придворныя должности, сенешаля, маршала, шенка и камерера съ тринадцатаго столѣтія сдѣлались постоянною принадлежностью извѣстныхъ княжескихъ фамилій. Но и они, только въ исключительныхъ случаяхъ, лично выполняли свою придворную службу; обыкновенно она исполнялась ихъ намѣстникомъ, званіе котораго также вскорѣ сдѣлалось наслѣдственнымъ.

Имперскія сословія (111),—которыя созывалъ императоръ на имперскіе сеймы для совѣщаній и согласіе которыхъ было необходимо во всѣхъ дѣлахъ, касавшихся правъ, пріобрѣтенныхъ этими сословіями,—распадались на три класса: князей, графовъ и бароновъ; въ 13-мъ столѣтіи къ нимъ присоединились выборные отъ имперскихъ городовъ. Съ сеймами часто связывались и церковные синоды. Дѣлопроизводство еще не было установлено. Но въ 15-мъ столѣтіи установился обычай, по которому курфирсты собирались въ одной коллегіи, остальные же князья, графы и бароны въ другой, а представители городовъ въ третьей. Такъ называемые придворные княжескіе дни (Hoftage, conventa curiæ) часто состоялись императоромъ изъ небольшаго кружка вельможъ, для предварительнаго обсужденія сеймовыхъ совѣщаній, или для рѣшенія дѣлъ менѣе важныхъ.

Военное устройство въ Имперіи, исходя отъ древняго порядка набора (Heerbann), значительно измѣнилось вслѣдствіе распространенія ленной системы, ибо феодальная милиція составляла теперь самую важную часть арміи. Изъ сословія всадниковъ выработалось сословіе рыцарей. Въ сеньоратѣ поглотилось прежнее подданническое отношеніе всѣхъ жителей государства къ монарху и, вмѣстѣ съ тѣмъ, исчезла обязанность всѣмъ идти на войну по требованію короля. По отношенію къ военному дѣлу въ государствѣ существовало теперь два класса: тѣ, которые шли на войну и тѣ, которые оставались для обработки полей, но за то были обложены налогами и податями, какъ лица охраняемыя. Положеніе послѣднихъ, при возрастающемъ притѣсненіи слабѣйшихъ сильнѣйшими, все болѣе и болѣе ухудшалось и наконецъ они совершенно обратились въ крѣпостныхъ, принадлежащихъ рыцарямъ и военнымъ людямъ. При новомъ устройствѣ каждое имперское сословіе обязано было поставить свой контингентъ, изъ своихъ служилыхъ людей, министеріаловъ и вассаловъ. Контингенты раздѣлялись по рангу на такъ называемые, семь военныхъ щитовъ (Heerschilde). Имперскій матрикулъ впослѣдствіи точнѣе опредѣлялъ величину контингентовъ, которые имперскія сословія были обязаны набирать и поставлять. Всеобщій военный налогъ, наложенный въ первый разъ въ 1427 г., по поводу войнъ съ Гуситами, подъ названіемъ *общаго пфеннига подати* (Steuer des gemeinen Pfennings), не имѣлъ успѣха (112).

Городское устройство (113). Устройство городовъ получило весьма утѣшительное развитіе; въ этихъ бургахъ возникаютъ зародыши новыхъ животворныхъ

---

(109) Walter §. 211. присовокупляетъ; „послѣ того они, въ продолженіи нѣсколькихъ вѣковъ, благодѣтельно дѣйствовали на облагороженіе рабства, на правы и обычаи, на образованіе болѣе лучшихъ и болѣе тѣсныхъ подданническихъ отношеній и на развитіе стройнаго государственнаго управленія и государственнаго устройства".

(110) Walter § 230 u. ff.

(111) Eichhorn § 290 u. 435; Walter § 235 u ff.

(112) Eichhorn § 294. Walter § 200, 249—253 u. 431.

(113) Eichhorn § 310. Walter § 212—224.

началъ промышленныхъ и духовныхъ, изъ которыхъ развились впослѣдствіи германскія основы свободы и самоуправленія, долженствовавшія разрушить средне-вѣковый порядокъ. Устройство этихъ городовъ выросло изъ германскаго корня и его нельзя объяснить, какъ прежде полагали, изъ римскаго устройства городовъ, ибо города возникшіе при Римлянахъ, на Рейнѣ и Дунаѣ, потеряли свое прежнее устройство уже во время переселенія народовъ (114). Только въ десятомъ и одинадцатомъ столѣтіяхъ снова образовались нѣмецкіе города изъ національныхъ элементовъ, и притомъ различнымъ образомъ, такъ что, смотря по внѣшней власти вліявшей на ихъ устройство, слѣдуетъ различать три рода городовъ: епископскіе, королевскіе или имперскіе и позднѣйшіе территоріальные города. Учрежденія епископскихъ городовъ, которые были мѣсто-пребываніемъ епископовъ, возникли изъ правъ иммунитета, пріобрѣтеннаго епископами для своихъ резиденцій. Королевскіе и имперскіе города образовались, по большей части, изъ королевскихъ дачъ и виллъ и вообще изъ мѣстъ, укрѣпленныхъ на счетъ государства. Территоріальные произошли вслѣдствіе того, что отдаваемы были во владѣніе баронамъ, удостоеннымъ графскихъ правъ. Эти различные города, управленіе которыхъ сначала находилось въ рукахъ епископовъ, или имперскихъ фохтовъ (Reichsvögte, herschaftliche Vögte) такъ быстро возвысились въ своемъ благосостояніи и могуществѣ, что съ XII и XIII столѣтій для управленія ими стали назначаться коллегіи изъ ратмановъ, консуловъ, юратовъ, а позднѣе они пріобрѣли и выборнаго бургомистра. Города эти стали составлять между собою союзы (см. выше примѣч. 98). Богатства ихъ доставляли имъ возможность пріобрѣтать, во время финансовыхъ затрудненій вельможъ, имѣнія за чертою города и захватить въ свои руки судебную власть и фохтейскіе суды. Еще болѣе важныя перемѣны произошли во внутреннемъ бытѣ городовъ съ 14-го столѣтія вслѣдствіе усиленія и расширенія ремесленнаго сословія, которое стало домогаться своей доли въ пріобрѣтенныхъ льготахъ и правахъ (115). Съ двѣнадцатаго столѣтія ремесленники стали соединяться въ *цехи* (Zünfte, Gaffeln, Innungen), которые утверждались властелиномъ города и въ началѣ отъ него же, или отъ совѣта города, получали себѣ представителя. Но въ тринадцатомъ столѣтіи цехи почти вездѣ пріобрѣли себѣ право сами выбирать своихъ мастеровъ. Упорная, иногда и кровавая, борьба, обыкновенно кончавшаяся въ пользу ремесленниковъ, доставила имъ важное значеніе и въ городскомъ управленіи, такъ какъ эта борьба большею частью имѣла своимъ послѣдствіемъ отмѣненіе древняго городскаго устройства и замѣненіе его новымъ, основою котораго было раздѣленіе на цехи, при чемъ послѣдніе получали извѣстное число мѣстъ, т. е. свое особенное отдѣленіе, въ городскомъ совѣтѣ.

Въ отношеніи *религіозномъ*, *нравственномъ* и *умственномъ* развитіе принимаетъ различныя направленія.

Духъ религіозный, будучи лучше и могущественнѣе своихъ свѣтскихъ представителей, мало по малу проникаетъ собою всѣ жизненныя отношенія, право и государство, науки, искусства и промышленность; онъ проявляется практически въ благотворительности и вообще, за исключеніемъ немногихъ заблужденій, онъ приноситъ много прекрасныхъ и благородныхъ плодовъ. Даже возрастающее могущество папства, которому много помогли псевдо-исидорскія декреталіи, часто было спасительнымъ противодѣйствіемъ противъ суровости нравовъ, свѣтскаго властолюбія и эгоизма, и стремилось исправить нравы духовенства. Но большія владѣнія, которыми обладало духовенство, остались для него вѣчнымъ

---

(114) См. C. Hegel, Geschichte der Städteverfassung von Italien, 1847, 2 Bd. и статью въ (Kieler) Allg. Monatsschrift, 1854. S. 166.

(115) Walter §. 222.

соблазномъ и приманкою къ вмѣшательству въ свѣтскіе интересы. Важныя послѣдствія имѣли крестовые походы. Не говоря уже объ оживленіи торговли, объ открытіяхъ новыхъ континентальныхъ и морскихъ путей, о большемъ сближеніи народовъ между собою, крестовые походы (подобно троянской войнѣ, возбудившей національное самосознаніе Грековъ) укрѣпили всеобщій духъ христіанства. Но собственная цѣль крестовыхъ походовъ, овладѣніе Св. Гробомъ и землею, не была достигнута. Эта внѣшняя неудача обратила помышленія на внутреннія святыя мѣста духа и жизни. Рядомъ съ схоластикой проявляется стремленіе къ болѣе глубокому мистическому міросозерцанію. (Бонавентура + 1274). Начинающееся процвѣтаніе изученія древней литературы значительно усилило изслѣдованія источниковъ въ области теологіи. Университеты (Парижъ, Прага 1348) (116) сдѣлались разсадниками свободнаго умственнаго развитія. Болѣе религіозное и нравственное направленіе, вызванное глубокими научными занятіями, постановило болѣе строгія требованія относительно духовенства сдѣлавшагося почти свѣтскимъ. Но такъ какъ духовенство, нисколько не отвѣчая этимъ требованіямъ, дѣлалось все болѣе и болѣе безнравственнымъ, то повсюду слышалось требованіе реформы церкви въ главѣ и членахъ. Къ умственной свободѣ, завоеванной науками, присоединилось стремленіе къ пріобрѣтенію большей правовой свободы и уничтоженію стѣснительныхъ феодальныхъ отношеній. Этому свободному направленію существенно способствовало римское право, весьма благопріятное личной свободѣ во всей системѣ права.

---

(116) Вѣна 1365, Гейдельбергъ 1386, Кельнъ 1388, Эрфуртъ 1392, Лейпцигъ 1408, Ростокъ 1415, Лёвенъ 1426, Майнцъ 1441, Грейфсвальдъ 1456, Базель 1459, Фрейбургъ 1460, Триръ 1472, Ингольштадтъ 1572, Тюбингенъ 1477, Франкфуртъ на Одерѣ 1506.

ТРЕТЬЯ ЭПОХА

ОТЪ УТВЕРЖДЕНІЯ ВѢЧНАГО ЗЕМСКАГО МИРА ВЪ 1495 Г. ДО УНИЧТОЖЕНІЯ ИМПЕРІИ ВЪ 1806 ГОДУ.

Этотъ періодъ заключаетъ въ себѣ, съ одной стороны, установленіе противуположностей, подготовленныхъ предъидущими эпохами, съ другой стороны, развитіе тѣхъ элементовъ культуры, которые были главною причиною внутренняго разложенія существовавшаго жизненнаго порядка и довели (государственное) устройство до упадка, вызваннаго впрочемъ и внѣшними обстоятельствами. Верховная власть феодаловъ (Landeshoheit) была противупоставлена Императору и Имперіи. Къ этой политической противуположности присоединилось различіе въ религіозныхъ воззрѣніяхъ, поддерживаемое правительствомъ, потому что безъ поддержки усилившихся феодаловъ реформація едвали могла бы утвердится и сдѣлать такіе быстрые успѣхи. Реформація, съ своей стороны, способствовала усиленію могущества феодаловъ и пріобрѣла въ новомъ, все болѣе и болѣе усиливающемся, королевствѣ Пруссіи самую крѣпкую опору. Извнѣ государство было ослаблено внутренними смутами. Иностранныя государства все болѣе и болѣе вмѣшивались въ дѣла Германіи; но, и съ своей стороны, нѣкоторые нѣмецкіе князья сдѣлались обладателями иностранныхъ коронъ (курфирстъ Саксонскій Фридрихъ Августъ II въ 1697 г. въ Польшѣ, курфирстръ Георгъ Ганноверскій въ Англіи въ 1714 г.). Государство, угрожаемое съ востока Мусульманами, утратило много важныхъ имперскихъ земель, которыя перешли къ Франціи. Къ счастію императоръ имѣлъ поддержку въ значительныхъ владѣніяхъ своего дома; хотя онъ и не жертвовалъ ими для пользы Имперіи, тѣмъ не менѣе войска его наслѣдственныхъ владѣній часто охраняли неприкосновенность имперіи и поддерживали къ ней уваженіе европейскихъ державъ. Исторія Германіи дѣлается исторіею отдѣльныхъ земель. Но, не смотря на политическое ослабленіе и частыя войны, которыя велись большею частію на нѣмецкой почвѣ, нельзя не замѣтить успѣховъ въ духовномъ и даже нравственномъ и политико-экономическомъ образованіи. Между тѣмъ какъ въ Англіи и Франціи выработывались противуположности, тамъ гражданско-политическая свобода, здѣсь государственная власть, въ Германіи изъ множества исходныхъ точекъ распространилось болѣе общее образованіе и при томъ болѣе равномѣрное, по всѣмъ направленіямъ. Умственное образованіе получило болѣе тщательный уходъ въ университетахъ, которые вслѣдствіе реформаціи отчасти были преобразованы и умножены частію же устроивались вновь, на болѣе лучшихъ принципахъ (Галле, Гетингенъ). Вообще съ первой великой философской системы (Лейбницо-Вольфовой), вытекшей изъ нѣмецкаго духа, происходитъ великое преобразованіе въ наукѣ и въ жизни. Философія сдѣлалась, рядомъ съ государствомъ и церковью, третьей свободной жизненной силой и осталась истинно духовнымъ реформаторскимъ принципомъ,

который вездѣ старался вызвать стремленіе къ улучшеніямъ, на поприщѣ гражданскомъ и политическомъ, въ частномъ и, еще болѣе, въ уголовномъ правѣ. Этотъ принципъ всюду проводилъ элементъ гуманности. Хотя французская революція отчасти и содѣйствовала застою естественнаго свободнаго развитія, но она способствовала большему сосредоточію, медіатизируя многія сотни духовныхъ и свѣтскихъ сословій государства, (заключеніемъ главнаго союза депутатовъ въ 1803 г. чрезъ посредничество Франціи и Россіи). Своими послѣдствіями революція дала толчекъ къ устраненію средне-вѣковаго состоянія земледѣлія и промышленности и довела наконецъ до разложенія государства въ 1806 г., которое въ 1815 получило новую форму федеративнаго союза и, помимо его слабостей и недостатковъ, должна была выработаться потребность болѣе сильнаго единства, столь важнаго для политическаго значенія Германіи (117). Въ эту эпоху мы должны точнѣе различать организацію государства и территоріальное устройство.

A. Организація государства.

Основной принципъ. Имперія принимала теперь все болѣе и болѣе форму союзнаго государства, сдерживаемаго леннымъ союзомъ. Послѣ того какъ могущество феодаловъ усилилось,—посредствомъ такъ называемыхъ privilegia de non evocando 1370 г., позднѣе посредствомъ установленія императорскаго суда, въ которомъ императоръ засѣдалъ вмѣстѣ съ сословіями, посредствомъ раздѣленія Имперіи на округи (съ 1521 г. на 10), изъ которыхъ каждый былъ союзомъ нѣсколькихъ большихъ владѣній и наконецъ посредствомъ, предложенныхъ курфирстами Карлу V въ 1521 г., ограничительныхъ условій выбора, союзный характеръ сдѣлался господствующимъ въ имперіи и былъ утвержденъ по международному праву Вестфальскимъ миромъ въ 1648 г., который однако оставилъ феодальнымъ владѣльцамъ верховную власть (Souveraineté). Съ этихъ поръ имперское и территоріальное государственное право стали разсматриваться отдѣльно и разработываться даже въ наукѣ двумя школами (Cäsarianer und Jürstnerianer).

Императоровъ, съ Фердинанда I. стали короновать не въ Ахенѣ, а на мѣстѣ избранія, въ Франкфуртѣ на Майнѣ. Въ 1530 г. Карлъ V. въ послѣдній разъ былъ коронованъ папою въ Римскіе Императоры и въ короли Ломбардіи. Съ тѣхъ поръ его наслѣдники назывались «избранными римскими императорами» и титулъ римскаго короля удержался только за наслѣдникомъ престола. Права Императора стали все болѣе и болѣе ограничиваться въ пользу имперскихъ сословій. Древняя идея о верховной власти императора (plenitudo potestatis) исчезла. Права (118) императора были такія, которыя принадлежали ему одному jura reservata, и которыми онъ пользовался или неограниченно, или съ согласія курфирстовъ, и такія, которыми онъ пользовался съ согласія имперскихъ сословій какъ напримѣръ: право издавать законы. Императорскими jura reservata были: право обсолютнаго veto при изданіи государственныхъ законовъ; право распоряжаться ленами государства какъ prodominus; право представительства государства въ сношеніяхъ съ иностранными державами, но съ ограниченіемъ не заключать союзовъ и не объ-

---

(117) Съ начала этого періода до уничтоженія имперіи управляли государствомъ: Максимиліанъ I 1493—1518, Карлъ V 1519—1558, Фердинандъ I. 1558—1564, Максимиліанъ II. 1564—1576, Рудольфъ II, 1576—1612, Матоей 1612—1619, Фердинандъ II 1619—1637, Фердинандъ III 1637—1657, Леопольдъ I 1657—1705, Іосифъ I 1705—1711, Карлъ VI 1711—1740, съ смертію котораго прекратилась мужеская линія Габсбургскаго дома. Послѣ краткаго правленія курфирста Баварскаго Карла Альберта, который управлялъ государствомъ подъ именемъ Карла VII 1742—1745, выбирается императоромъ, супругъ Маріи Терезіи, Францъ I 1745—1754, потомъ Іосифъ II 1764—1790, Леопольдъ II 1790—1792, Францъ II 1792—1806.

(118) Walter, § 318.

являть, по своему усмотрѣнію, войны; право назначать Пфальцграфовъ и членовъ имперскаго придворнаго совѣта; право пожалованія привиллегій и титуловъ; право предоставлять привиллегіи университетамъ (послѣдній Геттингенъ въ 1773 г.) относительно раздачи академическихъ степеней и назначеніе императорскихъ нотаріусовъ.

Во главѣ управленія государственными дѣлами стоялъ, какъ и прежде, какъ государственный канцлеръ, курфирстъ Майнцскій, котораго впрочемъ при императорскомъ дворѣ замѣнялъ государственный вице-канцлеръ. Фердинандъ I, въ 1559 г. отдѣлилъ государственныя дѣла отъ дѣлъ касающихся собственно наслѣдственныхъ владѣній императора. Первыя разсматривались въ имперскомъ придворномъ совѣтѣ, который, съ одной стороны, являлся, какъ совѣтъ императора относительно имперскихъ, государственныхъ и ленныхъ дѣлъ, а также монаршихъ милостей, и, съ другой стороны, какъ судная палата, непосредственно представляющая императора какъ источника судебной власти въ государствѣ. Напротивъ имперскіе суды (Reichskammergerichte) были составлены большею частью изъ сословій, но, за многочисленностію членовъ этихъ судовъ, ходъ дѣлъ былъ очень медленный (119).

Курфирстовъ было сначала семь, но, послѣ Вестфальскаго мира, число ихъ увеличилось до восьми, а въ 1691 году возросло даже до девяти; но въ 1777 году, по пресѣченіи баварскаго дома, число ихъ опять сдѣлалось восемь и оставалось неизмѣняемымъ до 1803 года. Не смотря на возобновленіе курфирстскаго союза въ 1555 г., права и преимущества курфирстовъ, вслѣдствіе Вестфальскаго мира, были значительно ограничены постановленіемъ, чтобы большая часть имперскихъ дѣлъ рѣшалась на сеймѣ въ присутствіи всѣхъ имперскихъ сословій.

Имперскія сословія были такія дворянскія семейства, которыя не находились въ зависимости отъ императора, но не имѣли вмѣстѣ съ тѣмъ права засѣдать на имперскомъ сеймѣ, какъ напр. многочисленное, раздѣленное по корпораціямъ, рыцарство, и, на оборотъ, были такіе дворяне, которые сдѣлались подданными другаго владѣтельнаго князя, не теряя права засѣдать на имперскомъ сеймѣ. Изъ 324 владѣтельныхъ князей въ началѣ 19 вѣка только 266 имѣли право голоса на сеймѣ. Окончательная перемѣна произошла вслѣдствіе договора имперскихъ депутатовъ въ 1803 году, по которому всѣ духовныя владѣнія были взяты въ казну, кромѣ трехъ, и всѣ имперскіе города, за исключеніемъ шести (Аугсбурга, Нюренберга и теперешнихъ 4-хъ), потеряли свою самостоятельность.

Имперскій сеймъ дѣлится на три коллегіи, или куріи: 1) коллегія курфирстовъ 2) коллегія князей, графовъ и бароновъ и 3) коллегія имперскихъ городовъ. Для окончательнаго рѣшенія чего либо на имперскомъ сеймѣ (suffragium imperii), требовалось согласіе трехъ курій и подтвержденіе императора. Въ самыхъ куріяхъ дѣла рѣшались большинствомъ голосовъ, но въ дѣлахъ касающихся религіи требовалось согласіе всѣхъ членовъ, и, если таковаго не было, допускалось itio in partes. На Имперской сеймъ, въ 16-мъ и 17-мъ столѣтіи, императоръ и прочія сословія являлись лично, а, съ 1663 г., съ имперскаго сейма въ Регенсбургѣ, посылались туда только послы, вслѣдствіе чего дѣлопроизводство сдѣлалось еще медленнѣе. Для охраненія религіозныхъ интересовъ, католики и протестанты составляли два общества (Corpus catholicorum, evangelicorum), изъ которыхъ каждое имѣло своего представителя на сеймѣ и въ имперіи, глава католиковъ былъ курфирстъ Майнцскій, глава протестантовъ курфирстъ Саксонскій.

Военныя, финансовыя, судебныя и полицейскія учрежденія въ Имперіи приходили все болѣе и болѣе въ упадокъ. Имперское войско, состоявшее изъ небольшихъ

---

(119) По ревизіи имперскихъ судовъ, назначенной императоромъ Іосифомъ II, въ 1772 г. оказалось 61,233 неоконченныхъ процессовъ. См. Wa rnkönig, Encycl., S. 507.

и рѣдко полныхъ полковъ, а со временъ гусситскихъ войнъ исключительно изъ наемниковъ, удержало нѣкоторое значеніе только потому, что императоръ, во время войны, поставлялъ войска изъ своихъ наслѣдственныхъ владѣній. Финансы ограничивались, утвержденнымъ имперскимъ матрикуломъ въ 1521 году такъ называемымъ, римскимъ побором (Römermonate) (по 128000, и съ 1737 г. по 58,280 гульденовъ). Рыцари государства согласились давать subsidium charitativum. Имперское судопроизводство, находившееся въ конкуренціи съ имперской судебной камерой, перенесенной въ 1689 г. въ Вецларъ, и съ имперскимъ придворнымъ совѣтомъ, находилось въ жалкомъ положеніи. Къ тому же владѣтельные бароны все чаще и чаще стали получать privillegium de non appellando, и, въ этомъ случаѣ, они судили своихъ подданныхъ, составляя для нихъ третью инстанцію; такъ что, въ этомъ случаѣ, власть императора была безсильна относительно приговора, особенно если обиженная сторона обращалась съ жалобой къ сейму. Имперская полиція была крайне слаба, не смотря на введеніе трехъ улучшенныхъ полицейскихъ постановленій (послѣднее въ 1517 г.), которыя особенно касались нравственности (пышности въ одеждѣ, нищенства, богохульства и монеты[120]).

B. Территоріальное устройство.

Въ территоріяхъ владѣтельные бароны, съ Вестфальскаго мира, пользовались вполнѣ неограниченною властью, которая называлась теперь jus territoriale, jus superioritatis. Золотая булла установила для свѣтскихъ курфирстовъ порядокъ первородства, который переняли и другіе князья, а наконецъ въ 17 и 18 столѣтіяхъ этотъ порядокъ распространился и на всѣ дворянскія фамиліи. Владѣтельные князья, имѣющіе право голоса на сеймѣ, получили право заключать союзы съ иностранными державами для своей собственной безопасности, только не въ ущербъ императора и имперіи, вести войны, заключать миръ, отправлять пословъ, при чемъ право протестантскихъ сословій еще болѣе увеличилось вслѣдствіе новыхъ преобразованій въ церкви и школахъ. Небольшое ограниченіе этаго всеобщаго произвола представляло имперское законодательство и существованіе внутри имперіи земскихъ сословій (*Landstände*). Права эти хъ сословій были въ различныхъ земляхъ различны, смотря по привиллегіямъ и происхожденію, и все болѣе и болѣе ограничивались; но право опредѣлять подати для нуждъ страны, право распоряжаться кассой и право составлять собранія были ограничены, что несомнѣнно было слѣдствіемъ вліянія обсолютизма, введеннаго во Франціи Людовикамъ XIII и XIV. На сеймѣ 1670 г. императору Леопольду I. было даже сдѣлано формальное предложеніе предоставить владѣтельнымъ баронамъ неограниченное право налагать подати (jus collectandi) на своихъ подданныхъ, но императоръ далъ на это veto. Съ распаденіемъ германской имперіи исчезли и земскія сословія и только союзная грамота (Bundesacte) 1815 г., статья 13-я, снова возстановила ихъ. За то военное устройство въ нѣкоторыхъ государствахъ значительно улучшилось, въ особенности въ Пруссіи, а по ея примѣру и въ другихъ государствахъ; точно также улучшились финансы, вслѣдствіе введенія акциза посредствомъ котораго и привиллегированныя сословія были обложены косвенными налогами; земская полиція получила также лучшее устройство.

---

(120) Zöpfl, II, S. 221.

ПРИБАВЛЕНІЕ.

Тысячелѣтняя германская имперія распалась, когда, въ слѣдствіе заключенія *рейнскаго союза* 12 Іюля 1806 г., къ которому приступили сначала 16 германскихъ князей подъ протекторствомъ Наполеона,—императоръ Францъ II. съ достоинствомъ сложилъ съ себя императорскую корону 6 Августа 1806 года. По освобожденіи отъ французскаго владычества владѣтельные князья и свободные города Германіи положили основаніе нерасторгаемому *германскому союзу* 8 Іюня 1815 года (121), который представлялъ собою союзъ народовъ, для поддержанія внѣшней и внутренней безопасности Германіи, а также независимости и неприкосновенности отдѣльныхъ германскихъ государствъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ союзъ гарантировалъ подданнымъ германскихъ государствъ извѣстныя права, какъ напр.: (статья 16-я) уравненіе гражданскихъ и политическихъ правъ для членовъ всѣхъ трехъ христіанскихъ вѣроисповѣданій, земское устройство (статья 13 и Вѣнск. заключит. актъ статья 54), устроенное судопроизводство (Вѣнск. зак. актъ, стат. 29, право жаловаться на отказъ суда), право пріобрѣтать собственность во всѣхъ союзныхъ государствахъ (ст. 18) и право перехода изъ одного союзнаго государства въ другое. Кромѣ того этотъ актъ постановилъ себѣ цѣлью споспѣшествовать всему, что хотя непосредственно и не входитъ въ кругъ дѣйствій союза, но касается извѣстныхъ матеріальныхъ и духовныхъ интересовъ всѣхъ государствъ союза, или германскаго народа. Центральный органъ союза есть союзный сеймъ, который имѣетъ свое засѣданіе въ *Франкфуртѣ на Майнѣ*, и въ которомъ Австрія пользуется правомъ предсѣдательства (по законамъ союза статья 15), а въ случаѣ надобности Пруссія заступаетъ ея мѣсто. Всѣ члены этого союза избираются изъ каждаго государства отдѣльно, или нѣсколькими государствами вмѣстѣ, такъ однако, что 17 уполномоченныхъ имѣютъ 17 голосовъ. Но если дѣло касается, составленія, или измѣненія, основныхъ законовъ союза рѣшеній касающихся самой союзной грамоты, органическихъ учрежденій и общеполезныхъ постановленій другаго какого либо рода; если дѣло шло объ объявленіи войны, или заключеніи союза, и принятіи новаго члена (стат. 6 и Вѣнск. заключит. актъ стат. 12), то союзное собраніе должно быть полнымъ, состоящимъ изъ 69 голосовъ, которые дѣлятся на 17 полномочныхъ, въ извѣстномъ отношеніи, смотря по величинѣ государствъ. Дѣла, касающіяся основныхъ законовъ органическихъ учрежденій, jura singulorum, или религіи, не могутъ быть разрѣшены ни въ неполномъ, ни въ полномъ собраніи, большинствомъ голосовъ (стат. 7). Этотъ союзъ, что то среднее между союзомъ государствъ и союзнымъ государствомъ, хотѣли, во время движенія въ 1848 г., передѣлать въ настоящее федеративное государство. Эта попытка не удалась, потому что не обратили вниманія на силу историческихъ отношеній; и такъ какъ сильное единство есть главная опора внѣшняго могущества, внутренняго спокойствія и благосостоянія союза, то эта попытка, вмѣстѣ съ тѣмъ, можетъ служить доказательствомъ для будущихъ временъ, что ни отвлеченныя теоріи, ни историческія воззрѣнія и преданія, но только ясное пониманіе и обсужденіе настоящихъ отношеній и потребностей должны руководить при введеніи новыхъ политическихъ формъ и порядка.

---

(121) Основные законы германскаго союза суть: Германская союзная грамота 8 іюня 1815 г. и заключительныя статьи Вѣнской конференціи министровъ 15 Мая 1820-го года, опредѣлившія многое гораздо подробнѣе.

ОТДѢЛЪ ВТОРОЙ

ОБЗОРЪ ИСТОРІИ ИСТОЧНИКОВЪ ПРАВА.

§ 1. *Первая эпоха. Источники права до распаденія франкской монархіи* (122).

I. *Источники права вообще.*

1) До переселенія народовъ германскія племена не знали писаннаго права (за исключеніемъ Готовъ, какъ говоритъ Іорнандъ). Точно также остается не извѣстнымъ сохранялось ли это право посредствомъ знаковъ или изреченій. Переселеніе народовъ вызвало потребность писаннаго права; причину этого должно искать, отчасти въ опасеніи народовъ потерять свое родное право, отчасти въ необходимости установить на прочныхъ основаніяхъ новыя владѣльческія отношенія побѣдителей къ побѣжденнымъ и, при возрастающемъ благосостояніи, измѣнить уголовныя пени, и наконецъ въ принятіи христіанства, требовавшимъ преобразованія языческихъ принциповъ, съ которыми право находилось въ тѣсной связи. За неимѣніемъ своего собственнаго выработаннаго письменнаго языка, законы эти писались на болѣе или менѣе искаженномъ латинскомъ языкѣ съ примѣсью техническихъ, германскихъ и романизированныхъ словъ (единственное исключеніе представляютъ законы Англосаксовъ, писанные на ихъ родномъ языкѣ). Эти законы, утвержденные на народныхъ собраніяхъ, получили названіе leges Barbarorum въ противуположность leges Romanae, какъ напримѣръ Lex Romana Visigothorum (breviarium Alaricianum) и lex Romana Burgundionum (стр. 119), которые существовали для не германскаго населенія прежней западной римской имперіи. Германскіе побѣдители слѣдовали въ отношеніи къ побѣжденнымъ *системѣ личнаго, или родоваго права* потому что каждое племя жило по своему праву, а слѣдовательно и побѣжденные народы римскихъ провинцій, равно какъ и лица принадлежащія къ церкви, сглаживающей всѣ сословныя и національныя различія, жили по римскому праву (123). Германское народное право, писанное духовными лицами или провинціалами, въ которомъ можно найти слѣды римскаго права, дошло до насъ уже не въ первоначальномъ своемъ видѣ, но со многими позднѣйшими добавленіями и измѣненіями. Карлъ Великій, заботясь объ улучшеніи тогдашняго шаткаго состоянія права, потребовалъ свѣденія о состояніи народнаго права изъ всѣхъ частей имперіи и велѣлъ представить текстъ его на сеймъ 802 года въ исправленныхъ спискахъ; затѣмъ прибавилъ не вошедшіе въ составъ ихъ законы, и такимъ образомъ улучшилъ народное право многихъ частей имперіи (124). Содержаніе народнаго права составляло преимуществен-

---

(122) Eichhorn I, § 29—44 и § 142—157. Zöpfl II 1. § 1—20. Walter § 136—152.

(123) При юридическихъ сдѣлкахъ дѣйствующія лица должны были, посредствомъ professio juris, назвать право, по которому они жили. Замѣчательно что въ 824 году жители Рима должны были объявлять по какому праву они хотѣли жить.

(124) Walter § 140.

но уголовное право, особенно опредѣленіе виръ и пеней, установленіе уголовныхъ наказаній за нарушеніе мира, публичное право короля и его чиновниковъ, отношенія церкви, судъ и судопроизводство, семейное, наслѣдственное и имущественное право, а также и облигаціонное право излагались кратко и поверхностно. Очевидно, что для этихъ послѣднихъ отношеній существовало неписанное обычное право. Эти народныя права представляютъ много общихъ правовыхъ воззрѣній (125), вытекающихъ изъ племеннаго родства; особенности племенъ хотя и произвели значительныя измѣненія въ каждомъ правѣ, но такъ, что въ германской правовой жизни съ самаго начала идутъ рука объ руку общность и особенность.

II. *Отдѣльныя народныя права* (126).

1. *Lex Salica* (127), древнѣйшее народное право; оно было въ употребленіи въ сѣверной Франціи. Эти законы написаны еще до принятія Франками христіанства, но потомъ они были исправлены Хлодовикомъ (511 г.) и появились въ четырехъ отдѣльныхъ, много разъ пересмотрѣнныхъ текстахъ. Въ 9-мъ вѣкѣ, эти законы были переведены на верхне-германское нарѣчіе. Въ этомъ lex находится глосса, которая, вслѣдствіе постояннаго употребленія въ ней слова malb (мальбергъ, судебное мѣсто), называется мальбергской глоссой и одними принимается за кельтическую (Leo, du Méril, Waitz) другими (Grimm G d. d. Spr. XX u. A.), за древнефранкскую.

2) *Lex Ripuaria s. Ripuariorum*, было въ употребленіи преимущественно на берегахъ нижняго Рейна. Оно написанно, вѣроятно, по изгнаніи австразійскаго короля Теодорика I-го (511—534); потомъ оно было пересмотрѣно и добавленно изъ lex salica Дагобертомъ I. На нижнемъ Рейнѣ, вѣроятно при Карлѣ Вел., написано Ксантнерское право земское (Xantner Gaurecht) подъ вліяніемъ рипуарскаго права и капитуларій.

3) *Lex Burgundionum* (назыв. Lex Gundobalda, Loi Gombette), было составленно во время короля Гундобальда, около 500 г., и дѣйствовало въ Южной Галліи и въ Швейцаріи. Но для народонаселенія южной Галліи, жившаго по римскому праву, было дѣйствующимъ breviarium Alaricianum, которое распространилось отсюда и въ сѣверную Галлію.

4. *Lex Alamannorum*, написанное въ первый разъ въ 550 году подъ названіемъ Pactus при Хлотарѣ II (613 — 628), было дополнено Дагобертомъ I (638), потомъ возобновлено при герцогѣ Ландфридѣ (730) и за тѣмъ издано Карломъ Великимъ въ лучшихъ спискахъ.

5 *Lex Bojuvariorum* составлено при Дагоберѣ I, изъ прежняго pactum, изъ многихъ опредѣленій Вестъ-готскаго законодательства (собранія Реккореда) и изъ законовъ алеманскихъ.

6. *Leges Longobardicae*, первоначально собранные королемъ Ротарисомъ (643), были дополнены Гримоальдомъ (668), Луитпрандомъ (712—744), Рахисомъ (746) и Аистульфомъ (748 и 754). Въ концѣ XI-го столѣтія они были приведены въ систематическій порядокъ, глоссированы и изданы въ трехъ книгах ъподъ названіемъ Lombarda.

---

(125) Zöpfl, II. 20 приводитъ какъ общее народнымъ правамъ: понятіе государственнаго соединенія какъ правоваго союза (этой новой идеи не встрѣчается однако въ lex Visig), понятія объ земскомъ мирѣ, вирѣ, пенѣ, опекунствѣ (mundium), владѣніи, собственности и т. д., ибо большая часть уклоненій выразилась относительно брачнаго имущественнаго и наслѣдственнаго права.

(126) Эти законы въ послѣднее время сдѣлались предметомъ серьезныхъ изслѣдованій Гаупа, Рихтгофена, Вайтца въ особенности Меркеля. Подробнѣе объ этомъ см. сочиненія Эйхгорна, Цефля, Генглера, Вальтера.

(127) Лучшія изданія loi salique e. t. c. par Pradessus 1843. Waitz 1846. Merkel 1850

7) *Lex Angliorum et Werinorum hoc est Thuringorum* (Тюринги по Г. Миллеру и Вайтцу, нижне-рейнскіе Торинги), появилось по принятіи христіанства и было пересмотрено на Ахенскомъ сеймѣ въ 802 г. Оно образовалось изъ смѣшенія англо-веринскихъ, франкскихъ и саксо-фризскихъ правовыхъ элементовъ (Gengler, S. 165).

8. *Lex Frisionum* и

9. *Lex Saxonum* оба написаны при Карлѣ Великомъ.

10. *Lex Visigothorum* появилось при королѣ Эйрихѣ (466—484) и переработано при Реккаредѣ (586—601). Хиндасвиндъ (642—652) обнародовалъ новое законодательство, которое было исправлено его наслѣдникомъ Рецесвиндомъ, и которое потомъ получило обязательную силу какъ для Вестъ-Готовъ такъи Римлянъ. Въ другой разъ это законодательство было пересмотрено Эгикой (701) и Витицей. Lex Visigothorum, называемое также Forum judicum, было долго въ употребленіи; даже въ 13-мъ столѣтіи, во время Фердинанда III (1234), оно было переведено на испанскій (древне-кастильскій языкъ) подъ названіемъ Juero Juzgo (forum judicum) (128).

11. *Англо-саксонскіе законы* были дѣйствующими отъ конца 6-го до 11-го столѣтія (129).

III. *Капитуляріи* (130).

Франконскія имперскія и провинціальныя постановленія, извѣстныя во времена Меровинговъ подъ названіями Constitutiones, edicta etc, со временъ же Каролинговъ называемыя capitula, capitularia, издавались на латинскомъ языкѣ, частію самими королями, частію при содѣйствіи сейма, а иногда и всего народа. Они касаются преимущественно государственнаго и судебнаго устройства, уголовныхъ законовъ, уголовнаго суда, правила наборовъ, охранительной полиціи, законовъ благочинія, церквей и школъ, промышленности и торговли, финансовъ и содержанія двора. Изъ офиціальныхъ оригиналовъ и списковъ остались только два небольшихъ отрывка. Слѣдовательно сборники капитулярій составлены изъ позднѣйшихъ списковъ. Такое собраніе было сдѣлано въ первый разъ въ 827 г. въ четырехъ книгахъ аббатомъ *Ансегизомъ*. Другой позднѣйшій сборникъ 845 г. Майнцскаго дьякона Бенедикта Левита составленъ скорѣе не изъ капитулярій, а изъ источниковъ римскаго и церковнаго права.

IV. *Формулы* (formulae), формуляры для правовыхъ сдѣлокъ, составляютъ начало научной обработки права. Между сборниками формулъ первое мѣсто занимаетъ сборникъ монаха Маркульфа въ двухъ книгахъ (chartae regales et chartae pagenses), содержащій въ себѣ около 600 формулъ. Другіе, открываемые въ послѣдствіи формуляры (131), были названы или по мѣсту для котораго писаны, или по мѣсту гдѣ они были найдены (F. Arvernenses, Alsaticae F. Sangalenses, etc) или по имени издателя (T. Baluzianae, Lindenbrogii etc).

§ 2. *Вторая эпоха. Источники права со* 888 *года до вѣчнаго земскаго мира* 1495 *года.*

Въ эту эпоху остались дѣйствующими для публичнаго права законы франконскихъ королей, къ чему присоединились еще средне-вѣковые имперскіе законы,

---

(128) Различныя мнѣнія, относительно этаго сборника, см. подробнѣе Gengler, S. стр. 135, въ немъ высказывается при развитіи культуры стремленіе къ управленію многихъ и духъ нетерпимости.

(129) Изданъ по подлиннику, вмѣстѣ съ переводомъ. Шмидтомъ часть I-я 1832 г.

(130) Лучшее критическое изданіе капитулярій можно найти въ Pertz Monum. germ. Hist. t III 1835, t. IV. 1837.

(131) Точное исчисленіе ихъ у Вальтера, § 152.

которые преимущественно касались земскаго мира и наказаній за нарушеніе его, и только отчасти касались частнаго права (132).

Источники, преимущественно частно-правовыхъ отношеній мало по малу измѣнились такимъ образомъ, что система личнаго права приняла мѣстный характеръ и въ XIV столѣтіи народное право превратилось въ земское право. Народное право, писанное на латинскомъ языкѣ и содержащее въ себѣ большею частію только уголовное право, было чуждо народу. Гражданскія отношенія обсуждались по неписаному обычному праву, которое неписаное и писаное всегда оставалось важнѣйшимъ источникомъ права.

Съ этой эпохой совпадаетъ также развитіе леннаго права, установленіе каноническаго и принятіе римскаго права.

По источникамъ мы должны разсмотрѣть отдѣльно германское частное (и ленное право), лонгобардское ленное и каноническое право.

I *Источники германскаго частнаго права* раздѣляются на источники *общаго* и *партикулярнаго права*.

A) Къ источникамъ *общаго права* причисляются имперскіе законы и въ особенности книги права (Rechtsbchüer).

a) *Имперскіе законы* только отчасти касаются гражданскаго права, судопроизводства и уголовнаго права.

b) Главнѣйшимъ источникомъ были такъ наз. *книги права* (Rechtsbücher) (133), или сборники существующихъ законовъ, составленные и обработанные *частными лицами*. Эти сборники имѣли большею *частію* законую силу. Эти сборники права, писанные въ то время, когда верховныя ленныя права еще не имѣли достаточной силы чтобы установить для каждой провинціи отдѣльные законы, состояли изъ чисто германскихъ воззрѣній на право, хотя нѣсколько и перемѣшаныхъ съ партикулярнымъ правомъ, но безъ примѣси чужеземныхъ элементовъ. Они появились, какъ бы предчувствуя приближающуюся опасность утвержденія римскаго права, которое задержало развитіе германскаго права. Эти книги суть:

1) *Саксонское зерцало* (134), заключающее въ себѣ *саксонское земское и ленное право*, составлено ангальтскимъ рыцаремъ и судьей *Эйке фонъ Репговъ* (135) (вѣроятно около 1226 г. а по Вальтеру § 297 между 1231 и 1235). Расположеніе частей права ошибочно, но самое изложеніе, относительно связи и опредѣленности, не лишено достоинства. Это законодательство хотя и назначается для Саксоніи, но основой его было общее право. Земское право въ 1340 г. было глоссировано рыцаремъ *фонъ-Бухомъ*, который уже прежде написалъ руководство къ судопроизводству, подъ названіемъ Richtsteig des Landrechts, (Schöffenglosse), къ которому во второй половинѣ XIV вѣкѣ было прибавлено Richtsteig des Lehnrechts. Саксонское ленное право, называемое издателями auctor vetus debeneficiis и написанное латинскими стихами вѣроятно тѣмъ же авторомъ, обратившимъ

---

(132) Дошедшіе до насъ матеріалы до 1313 года собраны въ IV Т. сочин. Monumenta Germaniae.

(133) Walter § 297 ff. Zöpfl II, 1. S. 106 ff.

(134) Лучшее и полнѣйшее изданіе саксонскаго зерцала, земскаго и леннаго права (съ прибавленіемъ auctor vetus de beneficiis) сдѣлано *Гомейеромъ* 2 изд. 1842—44 2 тома. Тщательное изданіе съ прекраснымъ нѣмецкимъ переводомъ сдѣлалъ Sachse 1840 г.

(135) Многіе, между прочемъ и Вальтеръ § 297, полагаютъ, что саксонское зерцало первоначально написано на латинскомъ языкѣ и потомъ переведено на нѣмецкій, но другіе возстаютъ противъ этого мнѣнія. По отъ латинскаго перевода не осталось никакого слѣда. Между тѣмъ какъ нѣмецкій текстъ встрѣчается въ рукописяхъ на нижне средне и верхне германскомъ нарѣчіяхъ и въ раннихъ переводахъ на Латинскій, Голландскій и Польскій языки. Саксонское зерцало было источникомъ лифляндскаго рыцарскаго права и еще теперь отчасти осталось дѣйствующимъ правомъ нѣкоторыхъ земель, какъ напримѣръ герцогства и королевства саксонскаго.

при этомъ вниманіе и на земское право, было вѣроятно имъ же самимъ переведено на нѣмецкій языкъ и дополнено. Старое латинское изданіе, только отчасти пополненное, вышло къ концу XIII вѣка въ особомъ нѣмецкомъ переводѣ, который былъ названъ, по мѣсту гдѣ найдена рукопись, *Гёрлицкимъ* леннымъ правомъ.

2) Такъ называемое *Швабское зерцало* (называемое въ рукописяхъ просто земскимъ леннымъ правомъ, а впослѣдствіи имперскимъ правомъ), сборникъ земскихъ и ленныхъ постановленій, было издано съ цѣлью установить одно общее государственное право, на основахъ саксонскаго зерцала (древнѣйшей редакціи), но съ измѣненіями и прибавленіями изъ римскаго права, брахилогусъ, каноническаго права, библіи, народнаго права, (особенно изъ Баварскихъ и Алеманскихъ законовъ), капитулярій и имперскихъ законовъ. Имя составителя этаго сборника неизвѣстно, но онъ тотъ же самый, который передѣлалъ ленное право, по извѣстному ему южно-германскому ленному праву. Этотъ сборникъ появился между 1276 и 1281 г. Изложеніе и языкъ лишены юридической точности саксонскаго зерцала. — Къ швабскому зерцалу примыкаетъ, весьма замѣчательная по ученому изложенію, книга права Рупрехта изъ Фрейзинга, изд. въ 1328 г. и содержащая въ себѣ партикулярное право для Фрейзинга а также и городское право.

3) *Малое императорское право* (kleines Kaiserrecht), неизвѣстнаго автора, было издано вѣроятно около 1400 г., первоначально на верхне-германскомъ нарѣчіи. Оно имѣетъ цѣлью постановить общее имперское право и по этому нѣсколько приближается къ франкскому праву, но имѣетъ мало достонства.

B. Источники партикулярнаго права суть: судебныя рѣшенія (Weisthümer) *и права-земское, городское, придворное и служебное.*

a) *Судебныя рѣшенія* (Weisthümer) (136), или свидѣтельство выборныхъ и судей, или даже свѣдущихъ засѣдателей округа, о дѣйствующемъ правѣ этого округа, равно какъ и *приговоры судовъ*, въ особенности судовъ высшей инстанціи, служили живымъ источникомъ для изученія права, въ особенности общаго права.

b) *Земское право*, при развитіи территоріальныхъ отношеній, было писано съ различною цѣлью и въ различныхъ формахъ. Это мы замѣчаемъ въ *правѣ Фризовъ* (137) представляющемъ собою родъ народнаго права, посредствомъ котораго народъ съумѣлъ спасти свои древнія учрежденія противъ феодальной системы и которое по этому имѣетъ большое значеніе при изученіи развитія чисто-германскаго права. Съ другой стороны земское право выработалось отчасти посредствомъ законовъ, изданныхъ владѣтельными князьями съ согласія сейма, отчасти посредствомъ изданія сборниковъ составленныхъ въ духѣ обычаевъ страны. Такимъ представляется *Австрійское* земское право, составленное вѣроятно около 1300 г.; въ немъ вкратцѣ излагаются: судоустройство, судопроизводство, ленное, уголовное и наслѣдственное право (138). Сюда также принадлежатъ: *Рейнгауерское* и Бергенское земское *право* (оба XIV столѣтія) и *древне-Баварское* земское право 1346 г. (139).

Городское право (140). Такъ какъ городской бытъ въ среднія вѣка былъ вообще живительнымъ элементомъ, то въ законахъ важнѣйшихъ городовъ свободно и сильно развилось нѣмецкое воззрѣніе на право, въ зависимости отъ отношеній и потребностей. Древними незначительными начатками этаго права были

---

(136) Эти Weisthümer собраны Гриммомъ, 1840—1842.

(137) О трехъ классахъ фризскаго права см. Walter, ib. § 301. Лучшее изданіе: friesische Rechtsquellen mit Wörterbuch v. K. von Richthofen, 1840 in 4°.

(138) Оно напечатано въ Ludewig Reliquiae etc t. IV. 1—23. (состоитъ изъ 57 параграфовъ) и въ Senckenberg Visiones. p. 213—268. Срав. Köpfl l. II. S 152.

(139) Въ послѣдней разъ издано въ 1834 г. въ Freyberg, Samlung. IV 387—498.

императорскія привиллегіи, выданныя городамъ для огражденія ихъ правъ. Изъ этихъ то привиллегій развилось, въ свободномъ самоопредѣленіи, право для всѣхъ корпоративныхъ отношеній. Съ XII вѣка, выборное гражданство, судебныя рѣшенія рѣшенія выборныхъ судей, вмѣстѣ съ новыми привиллегіями, что подлежало сначала утвержденію владѣтельной особы а позднѣе основывалось на римскомъ правѣ,—были переработаны въ такъ называемую «реформацію».

4) *Придворныя и служебныя права*, важныя для обсужденія крестьянскихъ отношеній, почти всѣ излагались въ формѣ судебныхъ рѣшеній.

II. *Лонгобардское ленное право, libri feudorum.*

Ленное право, которое образовалось частью изъ преданій частью изъ императорскихъ законовъ, (въ Ломбардіи изъ законовъ, постановленныхъ на имперскихъ сеймахъ въ Ронсальской долинѣ) равно какъ изъ приговоровъ ленныхъ судовъ, въ особенности же имперскаго суда, было въ первый разъ научнымъ образомъ обработано и издано въ Ломбардіи. Это ломбардское ленное право, введенное въ Германію вмѣстѣ съ римскимъ, вошло тамъ въ общее употребленіе.

Ломбардскія libri feudorum составлены тоже частными лицами; затѣмъ, мало по малу увеличиваясь и измѣняясь, они были соединены въ одно цѣлое и получили законную силу. Эти libri состоятъ изъ трехъ отдѣловъ, которые теперь соединены въ двухъ книгахъ. Сначала, еще до 1137 г., появилось сочиненіе, въ которомъ говорится о различіи леннаго права отъ римскаго и которое послужило основаніемъ первой книги позднѣйшаго дѣленія. Здѣсь приводится мнѣніе миланскаго консула Жерара Нигера, современника Фридраха I, но участіе его въ составленіи книги доказать нельзя. Потомъ появились два разсужденія (можетъ быть около 1158) миланскаго консула Оберта (при Фридрихѣ I) о сущности, пріобрѣтеніи и потери леновъ. Всѣ эти разсужденія, приведенныя въ одно цѣлое и увеличенныя прибавленіями, образуютъ теперь feud. II. t. 1—27. Наконецъ ко всему этому были прибавлены, въ половинѣ XII ст., ленные обычаи, судебные приговоры выборныхъ и императорскіе законы Лотара II и Фридриха I. Это собраніе было извѣстно еще до 1166 г. въ Болоньѣ подъ названіемъ consuetudines или liber Feudorum и было глассировано Булгарусомъ (1166) и Пилліусомъ (умер. около 1207). Къ этому собранію были присоединены еще императорскія конституціи, особенно Гуголиномъ (1233), который помѣстилъ ихъ послѣ девяти сличеній новеллъ, вслѣдствіе чего они и получили названіе decima collatio. Jacobus de Ardison, около 1230, сдѣлалъ еще большее добавленіе, которое онъ назвалъ capitula extraordinaria (141). Ко всему этому, за исключеніемъ cap. extraord., Яковомъ Колумби около 1240 г. была составлена подробная глосса, которую Аккурсій почти цѣликомъ помѣстилъ въ glossa ordinaria. Все, что только было глоссировано, было принято въ Германіи, какъ дополненіе къ римскому праву.

III. *Каноническое право.* Каноническое право, выработанное римско-католической церковью и утвержденное ея авторитетомъ, получило въ этотъ періодъ свое окончательное установленіе и полное значеніе, посредствомъ утвержденія Corpus juris canonici. Въ немъ говорится большею частію, впрочемъ не исключительно,

---

(140) Главнѣйшія городскія права суть: *Кельнское* городское право, появившееся до 1120 года и сдѣлавшееся основаніемъ правъ многихъ другихъ городовъ; *Любекское* городское право относится къ 1170, много разъ изданное и принятое многими другими городами, напр. Ревелемъ, какъ колоніей Любека; *Магдебургское* право, распространившееся на Силезію, Богемію и Моравію; весьма подробные *Госларскіе статуты*, появившіеся въ 5 книгахъ до 1360 г. (изданы и обработаны Гешеномъ 1846 г.) и *Аугсбургское* право 1276 г.; *Пражское городовое право* (изданіе Рёслера, Т. 1, 1845, 2 т. 1853 г.), содержащее также Брюннское городовое право; Бамбергское право изданное въ XIV стол. (изд. Цёпфль). Новѣйшіе сборники городскихъ правъ: составлены Гаупокъ 2 т. 1851—52 г. и Генглеромъ 1852 г.

(141) Эти Capitula extra ordinaria помѣстилъ Куяцій въ своемъ изданіи libri feudorum, которыя онъ совершенно своеобразно раздѣлилъ на 5 книгъ. Это здѣленіе было впослѣдствіи оставлено, а потому въ новыхъ изданіяхъ слѣдуетъ послѣ 2-ой 4-я книга.

о церковныхъ отношеніяхъ. Церковь присвоила себѣ, вслѣдствіе всего историческаго развитія, не только судебную власть въ дѣлахъ духовныхъ, или такихъ, которыя находились въ какомъ либо отношеніи къ религіи, какъ напр. относительно законности брака, завѣщаній, но духовенство представляло какъ бы привилигированное сословіе судей отъ церкви во многихъ чисто гражданскихъ дѣлахъ (напр. въ долговыхъ искахъ, гдѣ дѣло не касалось недвижимаго имѣнія, или лена). Церковная карательная власть распространялись даже впослѣдствіи на преступленія, которыя были причислены къ церковнымъ или «грѣховнымъ порокамъ». Но, вслѣдствіе неясности отношеній между церковью и государствомъ и воззрѣній пріобрѣтенныхъ первою, въ каноническомъ правѣ Инокентіемъ III (1200 въ c. Novit 113. X. de judic, 2, 1.) было постановлено даже, что всякій гражданскій искъ, всегда предполагающій грѣховное удержаніе чужой собственности, долженъ рѣшаться въ духовныхъ судахъ, вслѣдствіе чего почти вся гражданская жизнь должна была подчиниться духовному суду (142). А потому каноническое право не имѣло никогда, и не могло, даже въ самое благопріятное для неговремя, пріобрѣсти полнаго значенія. При разпаденіи церкви оно потеряло свое значеніе для евангелической церкви, во всѣхъ дѣлахъ церковнаго благоустройства; но оно все таки осталась источникомъ общаго права, часто въ противоположность римскому праву, для гражданско-правовыхъ отношеній и въ особенности для судопроизводства.

Источники церковнаго права можно раздѣлить на три эпохи: первая отъ начала христіанства до появленія сборника монаха Граціана въ 1151 г.; вторая до изданія corpus juris canonici; третья до нашего времени.

Въ первую эпоху, кромѣ источниковъ догмы, Св. Писанія и Symbolum Nicaenum (325), особенно важны для церковнаго права постановленія соборовъ, декреты папъ (epistolae, decreta, rescripta) и составленные изъ нихъ *сборники*, а именно: a. (сборникъ римскаго аббата Діонисія Малаго (538); в. такъ называемый collectio Isidoriana, или испанскій сборникъ, который составилъ Св. Исидоръ Севильскій 636) и с. псевдо-исидоріанскій сборникъ появившійся, какъ кажется, около 840 г. въ архіепископствѣ Майнцскомъ (143).

Ко второй эпохѣ относится возникновеніе и окончаніе *Corpus jiris canonici*. Этотъ corpus, составленный изъ ряда собраній церковнаго права и получившій исключительное значеніе, какъ практическій источникъ общаго церковнаго права, состоитъ изъ слѣдующихъ четырехъ частей:

1) *Decretum Gratiani* (1151 г.), составленный монахомъ изъ Болоньи и имъ самимъ названный discordantium canonum concordia. Этотъ сборникъ былъ составленъ частнымъ человѣкомъ и представляетъ собою смѣсь извлеченій изъ священнаго писанія, святыхъ отцевъ, каноновъ, декреталій (къ которымъ особенно принадлежали и псевдо-исидорскіе), изъ римскаго права и капитулярій, съ прибавленіемъ собственныхъ замѣчаній (dicta et partes Gratiani). Сборникъ Граціана, за исключеніемъ dicta, былъ глоссированъ, вмѣстѣ съ corpus juris Юстиніана, болонскими юристами и получилъ вслѣдствіе этого равное съ послѣднимъ значеніе. Декреты состаятъ изъ 3 частей, partes: первая и третья раздѣляются на distinctiones, а послѣдняя на canones. Вторая часть напротивъ дѣлится на 36 Causae, юридическихъ казусовъ, относительно которыхъ поставлены различные quaestiones, отвѣтомъ на которые служатъ canones. Изъ quaestiones 3 C. 33 (de poenitentia) снова дѣлятся на 7 distinctiones (напр. цитировали can. 2. Caus 9 quaest 1.; третья часть, какъ первая только съ прибавленіемъ de consecratione).

---

(142) *Вальтеръ* § 601. Провинціальныя же права, напр. Саксовское зерцало этого не признавали, III. 87. § 1.

(143) Разныя мнѣнія о псевдо-исидорскихъ декреталіяхъ см. у *Генглера* S. 411—424.

2) *Сборникъ декретовъ*, формально обнародованный Григоріемъ IX (въ 1234 г.) и доставленный въ болонскій и парижскій университеты, составленъ по порученію Григорія Раймундомъ фонъ Пенафорте. Онъ называется Экстравагантнымъ (Extra), потому что въ то время всѣ источники церковнаго права, которыхъ не было у Граціана, назывались extra decretum Gr. vagantes. Этотъ сборникъ раздѣляется на 5 книгъ: (judex, judicium, clerus, connubia, crimen), которые раздѣляются на титулы, а эти послѣдніе на capita или capitula. (напр. цитировали Cap. I. X de fide instrum. 2, 14).

3) *Liber Sextus decretalium* есть только прибавленіе къ 5 книгамъ сборника Грегоріана, обнародованное Бонифаціемъ VIII въ 1298 г. Оно раздѣляется также на 5 книгъ и титулы (напр. цитировали cap. 1. de Electione in VI. 1, 6).

4) Clementinarum (sc. constitutionum) lebri V., обнародованый Климентомъ V. въ 1313 г. содержитъ преимущественно постановленіе Вѣнскаго собора и собственные декреты Климента. Онъ состоитъ изъ 5 книгъ и 52 титуловъ (Цитир. Clem 1. de Electione 1, 3).

Эти 4 сборника, снабженные вскорѣ, какъ и собраніе Юстиніана, глоссами glossa ordinaria, изъ составителей которыхъ особенно замѣчателенъ Bernardus Parmensis (+1268) и Iohannes Andrea (1348), образовали corpus juris canonici clausum. Позднѣйшія добавленія (Extravagantes Joh. XXII и extrav. communes) не имѣли законной силы (144).

IV. *Принятіе римскаго права.* Къ этой эпохѣ относится введеніе римскаго права, не посредствомъ законодательства, но, при многоразличныхъ сопротивленіяхъ, путемъ обычнаго права (145). Кромѣ приведенныхъ выше (230 стр.) внутреннихъ причинъ, многія внѣшнія причины способствовали введенію римскаго права Послѣ возобновленія римской имперіи Карломъ Великимъ, на законодатвльство Юстиніана смотрѣли, какъ на законодательство предшественниковъ Карла Великаго; и императоры, какъ напр. Фридрихъ I, говорили о конституціяхъ римскихъ императоровъ, какъ о законахъ своихъ предшественниковъ. Кромѣ того этому содѣйствовало: примѣненіе римскаго права духовенствомъ, вліяніе Болонской юридической школы и наконецъ съ половины XIII в. принятіе на службу ученыхъ юристовъ, знающихъ римско право, какъ совѣтниковъ при дворѣ и какъ членовъ судовъ. Эти обстоятельства способствовали принятію римскаго права еще прежде послѣдняго рѣшительнаго шага–учрежденія имперской судебной палаты (Reichscammergericht) въ 1495 г., изъ 16 засѣдателей которой 8 были ученые доктора иностранныхъ правъ и восемъ рыцарей (вѣроятно, какъ представители германскаго права), которые должны были поклясться Святыми, «что они будутъ судить честно по имперскому праву, и общимъ правамъ и соображаться съ постановленіями, статутами и обычаями кажествъ, владѣній и суда». (Nach des Reycs und gemeinen Rechten, auch nach redlichen, erbarn leydlichen Ordnungen, Statuten und Gewohneiten der Fürstenthumb, Herrschaften, und Gericht,—die für sie bracht werden, zu richten). Въ этомъ вообще видно указаніе на употребленіе иностранныхъ правъ. Въ имперской судебной палатѣ римское право вскорѣ получило перевѣсъ и разумѣется должно было имѣть вліяніе на провинціальные суды.

---

(144) Новѣйшее изданіе Corp. I. C. есть Corpus jur. c. t. c. ed. Aem. Lud. Richter, Lips. 1833, 2. voll. 4-o.

(145) объ этомъ противодѣйствіи см. *Kraut*, Grundriss zu Vorles. über d. d. P. R. § 27, Zöpfl. II S. 178, Hillebrand d. Privatrecht, S. 26. Лютеръ и Ульрикъ фонъ Гуттенъ (послѣдней въ своемъ сатирическомъ сочиненіи Nemo) высказывали свое мнѣніе противъ римскаго права. Императоръ Максиміанъ I тоже не любилъ юристовъ, „которые выдаютъ сочиненія Baldi и Bartoli за непогрѣшные оракулы". О жалобахъ земскихъ сословій см. Kraut, ib. Сильнѣе всѣхъ высказалось противъ римскаго права баварское рыцарство: въ 1499 г. см. Hillebrand, ib.

§. 3. *Третья эпоха: съ* 1495 г. *до новѣйшаго времени.*

Въ эту эпоху отдѣльныхъ направленій и общіе источники права появляются рѣже. Государственная власть была ослаблена и, вслѣдствіе введенія римскаго права и каноническаго письменнаго судопроизводства народъ былъ удаленъ отъ участія въ образованіи права. Хотя каноническое право формально и утратило свой авторитетъ у протестантовъ, но и здѣсь оно удержало свое значеніе относительно того, что не касалось іерархіи и догмы, и въ особенности относительно гражданскаго процесса. Вскорѣ римское право совершенно восторжествовало; ученые юристы разсматривали его, какъ чисто историческое, писанное право, причемъ ссылка тяжущихся сторонъ на чисто германское обычное право обусловливалась слишкомъ строгими доказательствами. Съ другой стороны различные германскіе институты обсуждали, даже въ ихъ основаніяхъ, по нормамъ римскаго права, вслѣдствіе чего возникла странная двойственность, которая впрочемъ такъ срослась съ практической правовой жизнью, что ее никакъ нельзя уничтожить, не насилуя самую жизнь. Въ эту эпоху мы разсмотримъ законодательство, обычное право, науку права и новую кодификацію.

I. *Законодательство.* A) *Имперское законодательство* (Reichsgesetzgebung). Къ числу важнѣйшихъ имперскихъ законовъ принадлежатъ (146): уставъ судопроизводства для имперской судебной камеры, (Gerichtsordnung für das R. K. G.) (одинатцатая главная ревизія 1555 г. и позднѣйшій концептъ 1613 г.), котораго, сообразно предписаніямъ, должны были придерживаться, по возможности, и земскіе суды отдѣльныхъ территорій; правила для нотаріусовъ (Natariatsordnung) 1512 г.; уголовное уложеніе Карла V (Peinliche oder Halsgerichtsordnung), constitutio criminalis Carolina, 1532 г., которое впрочемъ, вслѣдствіе того что многія имперскія сословія протестовали противъ него, тотчасъ проникло въ практику, но было введено въ послѣднюю только мало по малу, посредствомъ вліянія науки; Reichspolizeiordnungen 1530, 1548, 1577; важный для между-народнаго права Вестфальскій миръ; J. P. O. (Instrumentum Pacis Osnabrugensis), посредствомъ котораго были гарантированы существовавшая въ 1624 г. свобода вѣроисповѣданія во всѣхъ германскихъ земляхъ и собственность имѣній духовенства, которыми оно владѣло до 1-го Января 1624 г.; Jüngster Reichsabschied (J. R. A. oder R (ecessus) J. N.), весьма важное для нѣмецкаго процесса. Съ 1663 г. до 6-го Августа 1806 г., во время существованія временнаго («furwährender») имперскаго сейма въ Регенсбургѣ, были изданы спеціальныя имперскія постановленія, такъ называемыя: Wahlcapitulationen, Visitations-und Deputationsabschiede. Рѣшеніе имперскихъ депутатовъ 25-го Февраля 1803 г. установило секуляризацію и медіатизацію. Съ основаніемъ Германскаго союза съ 1816 г. опять начинается офиціальное, но не полное, изданіе протоколовъ союза (Bundesprotocolle). Но рѣшенія союза получали формальную силу, только съ момента обнародованія ихъ въ отдѣльныхъ государствахъ.

---

(146) Сборники имперскихъ законовъ суть: до 1736 г. такъ называемый сборникъ *Зенкенберга* 1747 г., до 1794 г. систематическій—*Герстлахера* 1786—1794 въ 11 томахъ (10 т. содержитъ частное право) и, весьма хорошій по выбору, сборникъ, назыв. Emminghaus Corpus juris germ. tam publici quam privati, 2 Bd. 1844.

B) Территоріальное законодательство (Landesgesetzgebung) является, не смотря на предпринимаемыя правительствами отдѣльныя изданія обычнаго права, какъ главный органъ посредничества между нѣмецкимъ и римскимъ правомъ, впрочемъ всегда съ преобладающимъ направленіемъ послѣдняго. Эти законодательства вообще касаются: отчасти учрежденій и полиціи, отчасти процесса, въ области частнаго права преимущественно брака и опеки, и въ особенности леннаго права (147).

Городское право было преобразовано романистами, при чемъ, разумѣется, весьма мало осталось отъ прежняго статутнаго права (Satutarrecht); блестящее исключеніе въ этомъ случаѣ, представляетъ Любекское право 1586 г. (148).

II. *Обычное право* имѣло весьма ограниченное вліяніе: на судопроизводство, вслѣдствіе практики имперской судебной камеры; въ уголовномъ правѣ и уголовномъ процессѣ, вслѣдствіе практики германскихъ юридическихъ факультетовъ и нѣкоторыхъ городскихъ судовъ, пріобрѣтшихъ значеніе, потому что P. G. O. 1532 г. способствовало пересылкѣ уголовныхъ дѣлъ. *Benedict Carpzow* (+1666) ввелъ въ судебную практику P. G. O. Карла V-го, (онъ, подписалъ слишкомъ 20000 смертныхъ приговоровъ, множество изъ нихъ за колдовство). Въ матеріальномъ частномъ правѣ германскіе правы преобразовали многіе важные институты римскаго права, которые, такимъ образомъ измѣнившись, стали обыкновенно называться, какъ usus modernus pandretarum, или praxis j. r. in foro germanico. Германскіе правы еще болѣе выказали свое вліяніе въ развитіи чисто германскихъ правовыхъ институтовъ, напр. общности имущества супруговъ, завѣщаній, колонатскаго и мызнаго права (Colonat-und Meierrecht) относительно сельской поземельной собственности, а также торговаго и сельскаго права.

III. *Наука* германскаго права проходитъ вообще тѣже фазы развитія, какъ и римское право. Первый періодъ начинается съ *Конринга* (+1681), который первый (въ своемъ соч. de origine juris Germanici 1645) энгрчески выдвинулъ впередъ народную самостоятельность германскаго права. Основательное ученіе источниковъ римскаго права, введенное во Франціи Куяціусомъ и перешедшее оттуда въ Германію, научило лучше понимать различіе между римскимъ и германскимъ правомъ. Учители естественнаго права, не одно сторонніе почитатели римскаго права, во многихъ отношеніяхъ споспѣшествовали нѣмецкой наукѣ права. *Томазій*, отвергавшій во многихъ ученіяхъ значеніе римскаго права, содѣйствовалъ также основательному изученію германскаго права (149). Вольфова философія права была болѣе сродна германскому праву. Въ началѣ XVIII стол., съ Георга Бейера (1707), обработка германскаго частнаго права освободилась въ университетахъ отъ римскаго права и, вмѣстѣ съ тѣмъ получила большую самостоятельность. Переходъ къ новѣйшему времени составляетъ *J. Fr. Runde* посредствомъ новой обработки германскаго частнаго права, придающей

---

(147) Обозрѣніе земскихъ законовъ подробно излагаетъ *Gerber* § 22, по «Grundriss u. s. w», v. Kraut.

(148) См. объ этихъ преобразованіяхъ *Gerber*, §. 24.

(149) Относительно развитія германскаго права оказала большія услуги Гальская школа. Сюда, кромѣ Томазія, принадлежатъ: *Samuel Stryk* (+1719, (usus modernus Pandectarum) *Ludewig* (+1743), *Gundling* (+1729) *Heineccius* (+1741) (historia juris); далѣе *Pütter*, *Selchoff*, *Taffinger*. Изъ писателей по ленному праву замѣчательны: *Schilter* (+1705) *Struve*, *Stryk H. v. Coceji*, *Heineccius*, *Maskow*, *Westphal*, (+1792) и въ особенности G. L. Böhmer (+1797), сочиненіе котораго principia juris feudalis praesertim Langobardici, 1765, 7 Aufl 1819 г. было весьма распространено.

значеніе «природѣ вещей» (1791 г.). Германское государственное право, вслѣдствіе запутаности публичныхъ отношеній, сдѣлалось предметомъ прилежнаго и выгоднаго изученія (150).

Церковное право, болѣе нежели государственное право, испытало въ эту эпоху вліяніе философскихъ направленій. Реформація предоставила владѣтельнымъ особамъ высшую власть въ дѣлахъ церкви, но при этомъ существовали, касательно характера отношеній церкви къ государству, три различныя системы: древне-епископальная, или деволюціонная система; *территоріальная*, особенно защищаемая Томазіемъ, и позднѣе *коллегіальная* система. Вскорѣ естественное церковное право было принято основаніемъ положительному. Государственная власть, даже въ католическихъ земляхъ, сдѣлалась болѣе самостоятельной и произвела большія реформы. Въ католическомъ церковномъ правѣ новая система (система *Юста Февронія*, извѣстнаго Гонтгеймскаго епископа въ Трирѣ +1775 г.) благопріятствовала этому положенію, но вмѣстѣ съ тѣмъ поставила въ болѣе рѣзкую противоположность обѣ системы, касавшіяся отношеній папы къ церкви, епископальную систему и систему папства (Papalsystem).

Уголовное право существенно нисколько не измѣнилось. Предложенія ввести болѣе гуманныя наказанія вышли изъ заграницы (Беккарія).

Новая эпоха, подготовленная *философіей Канта*, которая имѣла такое громадное вліяніе на уголовное, государственное и международное право, приняла позднѣе историческое направленіе на поприщѣ германскаго права, направленіе, введенное въ послѣднемъ,—подобно тому какъ въ римскомъ это сдѣлалъ Савиньи,—К. Фр. Эйхгорномъ, посредствомъ, освѣщающаго систематическимъ смысломъ огромную массу фактовъ, его соч. «Deutsche Reichs- und Rechtsgeschichte» и остроумнаго «Dogmatische Bearbeitung des deutschen Privatrechts (5 Aufl. 1845). Вслѣдствіе такихъ сильныхъ толчковъ германская наука права стала все сильнѣе и сильнѣе развиваться во всѣхъ направленіяхъ. Исторія права была разработана еще глубже по источникамъ и нѣкоторыя значительныя ошибки Эйхгорна были исправлены. Народное право, равно какъ источники второй эпохи, сдѣлались предметомъ болѣе основательнаго изслѣдованія (151). Частное право получило, вслѣдствіе открытія источниковъ, матеріальное пополненіе и формальную болѣе строгую обработку, приближающуюся къ методу римскаго права (152). Новѣйшая, остроумная попытка (Гербера) обработать германское право по

---

(150) Изъ писателей по германскому государственному праву замѣчательны: *Ludewig* (+1743), *Gundling* (+1729), *J. H. Böhmer* (+1749), *Schmauss* (+1757), *Maskow* (+1760), *Senkenberg* (+1768), *Ir. C. v. Moser* (+1798), *Pütter* (+1807), *Häberlin* (+1808), Schlözer (+1809).

(151) Замѣчательнѣйшіе историки права въ этомъ сочиненіи часто поименовывались.

(152) Послѣ Эйхгорна замѣчательнѣйшіе ученые на поприщѣ частнаго права суть слѣдующіе: *Mittermaier*, *Phillips*, *Maurenbrecher*, *Wolff*, *Beseler*, *Renaud*, *Gerber*, *Hillebrand*, *Bluntschli*, *Walter*, *Weisse*, *Dieck*, *Ortloff* и *Kraut*. Торговое право отлично разработали *Pöhl* (1828—34, 4 Bd) и *Thöl* (1847, 2 Aufl. 1852), а въ новѣйшее время Brinkmann 1855. Изъ писателей, занимавшихся обработкою партикулярнаго права, замѣчателенъ *Wächter*, въ сочиненіи котораго Handbuch des im K. Würtemberg geltenden Privatrechts (2 Bd. 1839—51) сдѣлана попытка внутренно соединить въ одно цѣлое римское и германское право. Объ отдѣльныхъ предметахъ права писали: *Albrecht*, über die Gewere, 1828; *Deiters*, über die eheliche Gütergemeinschaft 1831; *Kraut*, über die Vormundschaft 1835—47; *Dunker*, über Reallasten 1837 и über Gesammteigenthum 1843; *Beseler*, über Erbverträge 3 Bd. 1835 г.

формальному методу римскаго есть возбужденіе и вызовъ къ болѣе точной разработкѣ понятій и институтовъ, а также и къ болѣе точному выясненію особенностей германскаго права. Германское государственное право съ союзнымъ правомъ обработывалось подъ вліяніемъ философскихъ ученій о государствѣ (153). Громадное и благотворное преобразованіе испытала наука уголовнаго права вслѣдствіе болѣе глубокихъ философско-юридическихъ и философско психологическихъ основаній, что вскорѣ повлекло за собою составленіе новыхъ уголовныхъ законодательствъ и улучшенія относительно тюремной системы заключенія. Въ уголовномъ судопроизводствѣ были сдѣланы въ новѣйшее время, почти во всѣхъ государствахъ, значительныя реформы введеніемъ обвинительнаго процесса, принципа гласности и устности, хотя институтъ присяжныхъ былъ вездѣ болѣе или мѣнѣе отстраненъ. Церковное право, при возрожденіи религіознаго чувства, получило болѣе основательную историческую обработку и пріобрѣло значеніе церковнаго организма (154). Въ католицизмѣ, равно какъ и въ протестантахъ, высказалось стремленіе дать церковной жизни болѣе прочныя формы и болѣе самостоятельную организацую относительно государства; причемъ не менѣе важнымъ было также охраненіе христіанскаго духа, стоящаго выше различныхъ формъ, и сохраненіе правъ государства, обнимающаго всѣхъ, какъ членовъ одной правовой общины. Конкордаты (Баваріи 1817 г., Австріи 1855 г.) и союзы съ римскимъ дворомъ (Пруссіи 1821 г., Ганновера 1829 г. и верхнерейнскихъ провинцій 1821 и 1827 г.) стремились точнѣе опредѣлить отношенія католической церви къ государству.

IV. *Кодификація, или новые сборники законовъ.* Съ половины прошедшаго столѣтія во многихъ государствахъ, почти одно-временно, появляется стремленіе къ составленію новыхъ сборниковъ законовъ. Это направленіе появилось отчасти вслѣдствіе все болѣе и болѣе распространяющагося изученія естественнаго права, которое указало возможность привести въ порядокъ и точнѣе обозначить всѣ части права по общимъ принципамъ; отчасти вслѣдствіе новаго духа организаціи и преобладанія образа правленія, управляющаго всѣмъ сверху; а также вслѣдствіе болѣе партикулярнаго направленія къ обособленію, направленія, высказавшагося еще прежде въ земскомъ правѣ отдѣльныхъ государствъ и особенно усилившагося въ большихъ государствахъ. Наконецъ появленіе новыхъ законодательствъ было преимущественно вызвано сбивчивостью и неясностью существующихъ законовъ, и государи, какъ Фридрихъ Великій и Марія Терезія, хорошо понимавшіе потребности своего времени, стремились помочь этому.

Сначала появились въ *Баваріи*, во время Курфирста Максимиліана Іосифа III, codex criminalis 1751, judiciarius 1753 и потомъ codexcivilis Maximilianeus; всѣ три

---

(153) Германское государственное союзное право было обработано, за исключеніемъ нѣсколькихъ сочиненій о рейнскомъ союзѣ (*Klüber*, *Zachariä*, *Gönner* и друг.), въ болѣе либеральномъ духѣ *Klüber'омъ* 1817, 4 изд. 1840; *Zachariä*, который въ своемъ сочиненіи вникаетъ въ сущность отношеній съ исторической точки зрѣнія 1841, 2 изд. 1853; и *Zöpfl* 3 Aufl 1853. Прусское партикулярное государственное право обработывали *Lanzizol* и *Mirus*, виртемберское R. v. *Mohl*, а баварское *Pözl*.

(154) Объ уголовномъ правѣ, системѣ и писателяхъ см. далѣе въ публичномъ правѣ. Новѣйшія законодательства объ уголовномъ правѣ и судопроизводствѣ исчислены у Варнкёнига. *Encyclopädie*, S. 385.

(155) Со стороны протестантовъ замѣчательны *K. Fr. Eichhorn*, Grundsätze des katholischen und protestantischen Kirchenrechts, 2 Bd. 1833; *Richter*, Lehrbuch des kath. und prot. Kirchenrechts 4 Aufl. 1853; состороны католиковъ: *Walter*, Lehrbuch des Kirchenrechts aller christl. Confessionen, 10. Aufl 1846; *Phillips*, Kirchenrecht, 3 Aufl. 1855.

были обработаны канцлеромъ Крейтмайеромъ, который ихъ коментировалъ и сдѣлалъ изъ нихъ извлеченіе.—Но общее право было признано какъ *вспомогательное*.—Слѣдующія же законодательства имѣли цѣлью лишить общее право всякаго значенія, даже значенія права вспомогательнаго.

Въ Пруссіи Фридрихъ Великій, тотчасъ же по восшествіи на престолъ, поручилъ великому канцлеру Самуилу фонъ-Кокцеи составить общее германское земское право, которое бы имѣло основаніемъ духъ и учрежденія страны. Проектъ этаго законодательства, а также начертаніе новаго судопроизводства были напечатаны между 1748 и 1751 г., но не соотвѣтствовали ожиданіямъ. Потомъ, великому канцлеру фонъ-Кармеру была поручена новая работа. Въ 1781 г. было обнародовано новое судоустройство, которое позднѣе, съ добавленіями и улучшеніями явилось въ 1793 г. подъ назв. «allgemeine Gerichtsordnung für die preussischen Staaten». Новый проектъ общаго законодательства, составленый Суарецомъ, и появившійся между 1784 и 1789 г., былъ обнародованъ въ 1791 г., а 1 Іюня 1792 г. онъ получилъ законную силу. Но въ 1794 г. онъ былъ снова пересмотренъ, вслѣдствіе чего было обнародовано «Das allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten», которое, вмѣстѣ съ предъидущимъ, получило законную силу съ 1-го Іюня 1794 г. Это земское право, обнимающее собою публичное и частное право (также уголовное, торговое и горное) уничтожило прежнее общее право, оставивъ существующими и дѣйствующими права провинціальныя. (Послѣднія, которыя надлежало собрать, были собраны только для восточной Пруссіи). (156).

Въ Австріи Императрица Марія Терезіа въ 1758 г. назначила законодательную комиссію. Подробный проектъ въ 8 книгахъ, составленный Аццони въ 1767 г., не имѣлъ никакого значенія. Послѣ многихъ, не важныхъ, работъ, въ которыхъ стоятъ нѣкотораго вниманіе работы Гортена и Кесса, при Леопольдѣ II., появился между 1764 и 1796 г. пространный проектъ, въ трехъ частяхъ, составленный знаменитымъ профессоромъ естественнаго права, президентомъ юстиціи фонъ-Мартини. Этотъ проектъ получилъ въ 1797 г. въ Галиціи силу закона; въ царствованіе императора Франца I-го онъ былъ еще разъ пересмотренъ референтомъ придворной комиссіи фонъ-Цейлеромъ и 1-го Іюня 1811 г. былъ обнародованъ какъ «Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erblande der Monarchie», а 1-го Января 1812 года получилъ законную силу; за тѣмъ 1-го Января 1816 г. онъ получилъ законную силу въ Ломбардо-венеціанскомъ королевствѣ и въ Далмаціи, а съ 1-го Мая 1853 въ Венгріи, Кроаціи, Славоніи, Сербіи и Темезскомъ Банатѣ, такъ, что теперь онъ, какъ A. B. G. B., имѣетъ законную силу для всей имперіи (157). Этимъ самымъ общее право было уничтожено. Новое уголовное уложеніе появилось въ 1769 подъ названіемъ Constitutio criminlis Theresiana; въ 1781 г. при Іосифѣ II былъ изданъ новый уставъ судопроизводства. Уголовные законы Іосифа 1787 г. и уставъ уголовнаго судопроизводства 1789 г. были замѣнены въ 1803 г. новымъ уставомъ подъ названіемъ «Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizeivergehen», пополненное въ 1835 г. уставомъ «Uber Gefällsübertretungen». Новый уголовный кодексъ о преступленіяхъ, правонарушеніяхъ и проступкахъ былъ обнародованъ 27 Мая 1852 г., а съ 1-го Сентября того же года получилъ законную силу. Новѣйшій уставъ уголовнаго судопроизводства былъ изданъ 29 Іюля 1853 г.

Къ этимъ тремъ германскимъ кодексамъ слѣдуетъ причислить и французскій Code civil (158) 1804 г. (вышедшій въ 1807 г. съ нѣкоторыми измѣненіями

---

156) Объ исторіи прусской кодификаціи см. подробнѣе Blume. S. 132.

(157) Исторію составленія a. b. G. B. см. Stubenrauch, Commentar über d. allg, b. G. B. Bd. I. 1854.

(158) Къ Code civil присоединились Code de procédure civile 1806 г; Code de commerce, 1807; Code d'struction criminelle 1808 г. и Code pénal 1810 г.

подъ названіемъ Code Napoléon), отчасти потому что онъ имѣлъ законную силу во всей зарейнской Германіи и въ большей части прусскихъ провинцій правой стороны Рейна, а также въ Баденѣ, какъ Баденское земское право, въ особенности же потому что во многихъ отношеніяхъ онъ заключаетъ въ себѣ больше элементовъ германскаго права, нежели всѣ германскіе кодексы.

По отношенію къ формальному и матеріальному характеру эти кодексы весьма различны.

Баварскій кодексъ представляетъ болѣе научное сопоставленіе разнородныхъ матеріаловъ общаго права. Хотя, въ формальномъ отношеніи, этотъ трудъ, относительно времени возникновенія, имѣетъ нѣкоторыя заслуги по своему языку, но стоитъ ниже позднѣйшихъ кодексовъ, такъ что теперь уже нѣсколько лѣтъ занимаются составленіемъ новаго кодекса гражданскихъ законовъ для Баваріи.

Прусскій и Австрійскій кодексы отличаются точностью и ясностью изложенія, но планъ ихъ различенъ. Прусское земское право, обнимая всѣ области права и недовольствуясь постановленіемъ существенныхъ основныхъ положеній и важнѣйшихъ выводовъ, далеко вдается въ казуистику и рѣшаетъ такимъ образомъ скорѣе задачу науки, нежели законодательства. Напротивъ Австрійское законодательство получило совершенно противоположное направленіе. Оно излагаетъ только общія основныя начала и необходимѣйшіе выводы, причемъ остаются многія сомнѣнія и недоразумѣнія, относительно понятій первой важности (какъ напр. владѣнія, пріобрѣтенія давностью, давности, собственности) и общихъ правилъ. Французскій кодексъ придерживается болѣе правильной средины, но страдаетъ абстрактностію Французскаго языка вообще и происходящими отсюда неопредѣленностью и двусмысленностью понятій.

По внутреннему отношенію этихъ кодексовъ къ германскому и римскому праву достойно замѣчанія то, что французское законодательство во многихъ ученіяхъ, *болѣе* нежели всѣ другія (159), подходитъ къ германскому праву. Это объясняется тѣмъ, что при составленіи французскаго кодекса брали въ соображеніе coutumes и особенно coutumes de Paris, изъ которыхъ большая часть германскаго происхожденія. Точно также дѣленіе системы прусскаго земскаго права (preussische Landrecht) (160) основывается на германско-правовыхъ началахъ и вліяніе германскаго права обнаруживается въ преобладаніи идей послѣдняго, частію во всей системѣ, частью въ своеобразномъ развитіи институтовъ, какъ тѣхъ, которые были заимствованы отъ римскаго права, такъ и тѣхъ, которые были общи, какъ римскому такъ и германскому праву. Австрійское законодательство, хотя и не выражаетъ такого принципіальнаго уклоненія отъ Римскаго

Изъ этихъ кодексовъ особенно Code pénal и Code d'instruction criminelle получили значительныя измѣненія вслѣдствіе закона 27 Апрѣля 1832 г. Исторію Французской кодификаціи вкратцѣ излагаетъ *Eschbach*, Encycéopldie juridique 2. edit 1846, p. 279—294.

(159) Это особенно ясно доказано у *Пёпфля*, въ его стат. «Das germanische Element im Code Napoléon», помѣщенной въ Reyscher's und Wilda's Zeitschrift für d. R. 1841, Bd. V. Heft 1, и «deutsche St. u. R. G., Bd. II. S. 198. См. также *Gaupp*, die Zukunft des deutschen Rechts, S. 65. Къ германскому праву во французскомъ законодательствѣ можно отнести: основныя начала супружеской и родительской власти; принципы: «der Todte erbet den Lebendigen» и наслѣдственной защиты (saisine); взглядъ, что наслѣдникъ позакону есть истинный наслѣдникъ, heritier, почему и нѣтъ наслѣдниковъ по завѣщанію, въ смыслѣ римскаго права, а есть только различные роды преемниковъ наслѣдства, причемъ все ученіе о предсмертныхъ распоряженіяхъ отнесено къ дареніямъ; ученіе объ общности имущества супруговъ, которая подтверждается закономъ и т. д.

(160) См. объ этомъ *Gaupp*, ib. S. 42—62, также *Löher*, Das System des preuss. Landrechts. 1852.

права, уклоненія, проведеннаго сквозь всю систему, и хотя вліяніе теорій естественнаго права отразилось на немъ гораздо болѣе, но въ отдѣльныхъ его ученіяхъ основныя начала нѣмецкаго права выступаютъ еще явственнѣе, нежели въ прусскомъ (161).

Послѣдствія этихъ законодательствъ прежде всего были благодѣтельны въ практическомъ отношеніи, несмотря на то что эти кодексы далеко не удовлетворяли тѣмъ ожиданіямъ, которыя вообще на нихъ возлагали. Эти кодексы существенно способствовали обезпеченію права и распространили юридическія знанія, извѣстныя прежде только въ кругу ученыхъ юристовъ. Въ самомъ дѣлѣ, «если французскій народъ внутреннимъ единствомъ и ясностью своего правоваго сознанія обязанъ своему законодательству» (162) и особенно гласности судопроизводства, то такой же благодѣтельный результатъ можетъ быть для всякой страны, если посредствомъ публичности,—необходимость которой, какъ для гражданскаго такъ и для уголовнаго процесса, несомнѣнна,—становится возможнымъ большее распространеніе правосознанія. Въ научномъ отношеніи, къ сожалѣнію, возникло сначала слишкомъ крайнее отчужденіе отъ общаго права, дѣйствовавшаго прежде въ Германіи. Научная дѣятельность въ разныхъ странахъ была различна; самая большая была во Франціи, менѣе въ Пруссіи и Австріи. Главной задачей науки сдѣлалось, сохранивъ національный характеръ постановленій этихъ законодательствъ, снова связать ихъ съ прежними общими источниками (163), т. е. поставить эти законодательства въ болѣе прочное отношеніе зависимости отъ потребностей, формъ и развитія жизни и оборота, и предохранить ихъ отъ односторонняго вліянія какъ римскаго такъ и германскаго права.

Выводъ изъ исторіи источниковъ слѣдующій:

1.) Существуетъ общее германское государственное право для всѣхъ государствъ Германскаго союза. Главнѣйшій источникъ есть теперь союзное право (Bundesrcht); прежніе имперскіе законы потеряли всякую силу. Только два

---

(161) См. Gaupp, S. 62. Изъ нѣмецкаго права взяты: болѣе расширенныя, но также недостаточно опредѣленныя, понятія о владѣніи и собственности; понятіе о давности, которому противопоставляется завладѣніе по давности какъ совершенно особое понятіе: хотя нѣмецкое правило Hand muss Hand nehmen, при доказательствѣ законности пріобрѣтенія движимой собственности (§. 367), нѣсколько и измѣнилось по отношенію къ bona fides теперешняго владѣнія; основное положеніе, что periculum несется обязавшимся до момента передачи (§. 1049, 1064); недѣйствительность исковъ, относительно долговъ, сдѣланыхъ по игрѣ; взглядъ, по которому уступка разсматривалась, какъ одинъ изъ видовъ прямаго отчужденія; устраненіе римскаго принципа: nemo pro parta testatus, pro parte intestatus decedere potest (§. 554, 556); и особенно порядокъ перехода законнаго наслѣдованія, подчиненный древне-нѣмецкой системѣ родства (§. 730, ff.).

(162) Слова Blume (Encyclopädie. S. 130), которыя заставляютъ ждать такое же благодѣтельное дѣйствіе и для Германіи.

(163) Такое направленіе началось въ Пруссіи, со времени лекцій *Савиньи*, читанныхъ имъ о Прусскомъ правѣ въ Берлинѣ зимою 1819-20. О частномъ правѣ, въ такомъ же духѣ, написаны большія сочиненія: *Bornemann*, Darstellung des preuss. Civilrechts, 2-te Aufl. 1838, *Koch*, das Recht der Forderungen u. s. w. 1836. *Koch* говоритъ въ предисловіи: „Разорванная связь между прусскимъ правомъ и литературой общаго права должна быть снова возстановлена; отдѣленіе вѣтви отъ стебля должно быть уничтожено, иначе эта вѣтка, невзирая не на какія искуственныя средства, не будетъ расти, но увянетъ и погибнетъ, если она не будетъ посажена на такой почвѣ, которая соотвѣтствовала бы ея природѣ". Во Франціи изслѣдованіемъ древняго права также занимались многіе ученые, какъ *Klimrath* (Эльзасецъ), *Laboulaye*, *Laferrière*. Точно также въ Австріи *Jos. Unger* («über den Entwickelungsgang der österr. Jurisprudenz» въ Schletter's Jahrbüchern d. d. Rechtsw. und Gesetzg., Bd. I., S. 353) признаетъ существенной задачей связать австрійское право съ общимъ. Первую основательную попытку въ этомъ родѣ сдѣлалъ *Jos. Unger* въ своемъ соч. System des österr. allgem. Privatrechts, I. Bd. 1856, которое впрочемъ слишкомъ пропикнуто системою и взглядами романистовъ.

договора Имперіи, какъ договоры вмѣстѣ съ тѣмъ и международные, составляютъ въ этомъ случаѣ исключеніе, именно: Вестфальскій миръ 1648 г. и главный договоръ имперскихъ депутатовъ (Reichsdeputationshauptschluss) 1803 года.

2.) Государственное право отдѣльныхъ государствъ союза основывается, частью на союзномъ правѣ, а также и на имперскихъ законахъ, на сколько послѣдніе остались общимъ земскимъ правомъ, и частію на собственныхъ учрежденіяхъ или договорахъ.

3.) Церковное право различно, смотря по вѣроисповѣданію; но кононическое право, отчасти, и для протестантовъ, остается общимъ источникомъ права.

4.) Существуетъ общее германское частное право, основанное на общемъ правовомъ воззрѣніи и выработанное обычаями, имперскими законами, судебной практикой и въ особенности наукой, которая споспѣшествовала его развитію.

5.) Территоріальныя законодательства соединяются съ общимъ правомъ и, несмотря на то что сами нуждаются въ пересмотрѣ, должны разсматриваться какъ первые, необходимые самостоятельные начатки будущаго общаго германскаго гражданскаго законодательства.

ОТДѢЛЪ III.

КРАТКІЙ ОБЗОРЪ ИСТОРИЧЕСКАГО РАЗВИТІЯ, ПРЕИМУЩЕСТВЕННО ОТНОШЕНІЙ ЧАСТНАГО ПРАВА СЪ ОБОЗНАЧЕНІЕМЪ ИЗМѢНЕНІЙ, ПРОИСШЕДШИХЪ ОТЪ ВВЕДЕНІЯ РИМСКАГО ПРАВА И НАСТОЯЩЕЕ ПОЛОЖЕНІЕ ЮРИСПРУДЕНЦІИ (164).

Германскія отношенія, преимущественно частнаго права, развились первоначально въ собственной жизни и правовомъ воззрѣніи народа и племенъ. Но они потерпѣли существенныя измѣненія вслѣдствіе введенія римскаго права, а въ новѣйшее время, вслѣдствіе воззрѣній философіи права и политической экономіи. Оставляя въ сторонѣ подраздѣленіе частнаго права на общее и особенное, мы постараемся здѣсь прослѣдить главные моменты развитія частнаго права, въ важнѣйшихъ частяхъ его.

I. Правовыя личныя отношенія.

Лицо, начальный и исходный пунктъ правовой системы, понималось въ древнегерманской жизни и правѣ глубже въ его нравственно-правовомъ существѣ, въ его свободѣ и чести, нежели въ какомъ либо другомъ правѣ. Христіанская религія была способна укрѣпить это понятіе еще болѣе внутреннимъ образомъ и дала ему высшее содержаніе; но тоже самое всемірно-историческое событіе—переселеніе народовъ, преимущественно побудившее германскія племена принять христіанство, имѣло своимъ слѣдствіемъ униженіе личносги. Распространеніе владычества, измѣненіе отношеній владѣнія, возникновеніе бенефиціальной системы и переходъ ее въ феодальную, превращеніе аллодіальной собственности въ лены, смѣшеніе свободныхъ людей съ несвободными, высшихъ ступеней несвободы съ низшими — смѣшеніе, все болѣе и болѣе распространявшееся частію вслѣдствіе невѣжества, частію отъ умышленнаго злоупотребленія незнаніемъ другихъ, — всѣ эти разнообразные фазисы были причиною распространенія подчиненности и крѣпостнаго состоянія, съ которымъ шло рука объ руку и стѣсненіе духовнаго развитія. Введеніе римскаго права дало другое направленіе. Реформація снова возвысила духовно-субъективную личность; философія старалась глубже изучить существо человѣка и человѣчества, и посредствомъ идеи человѣка лицо получило опять свое нравственное и правовое значеніе и свободу, а съ уничтоженіемъ рабства и свои права въ государствѣ. Древне-

---

(164) Zöpfl Bd. II, S. 233 ff. Walter, 359 ff; Warnkönig, Encycl. S. 416, ff.

германское воззрѣніе, истинный духъ христіанства и философія выработали понятіе о личности, со стороны ея внѣшне-нравственной и правовой сущности, во всѣхъ правовыхъ отношеніяхъ.

Естественное различіе лицъ по возрасту и полу, особенно послѣднее, весьма рано утвержденное посредствомъ опеки, имѣло важныя послѣдствія, которыя еще болѣе увеличились вслѣдствіе средне-вѣковыхъ публичныхъ и частно-правовыхъ отношеній. Стремленіе къ уравненію обоихъ половъ въ области частнаго права, поддерживаемое во многихъ отношеніяхъ римскимъ правомъ, въ наше время почти вездѣ осуществилось.

Въ нравственно-правовомъ отношеніи *честь* имѣла для личности высшее правовое значеніе, потому что право и честь взаимно обусловливаются (оттого они и имѣютъ въ средне-вѣковыхъ законахъ часто одинаковое значеніе). Различные роды ограниченія чести и правъ, (исключая совершеннаго лишенія правъ, влекущаго за собою уничтоженіе личности) *лишеніе правъ*, *честнаго имени* и *незаконнорожденія* (165), допускали извѣстныя правовыя дѣйствія. По введеніи римскаго права эти понятія старались сопоставить съ римскимъ infamia, но германская жизнь, съ своей стороны, удержала свои воззрѣнія сообразно своимъ нравамъ. Хотя многое въ послѣднихъ и измѣнилось, но многое также можетъ быть оживлено въ особенности въ сословіяхъ и корпораціяхъ.

Различіе сословій зналъ уже Тацитъ (см. выше стр. 247); онъ упоминаетъ о свободныхъ и несвободныхъ, изъ которыхъ первые раздѣлялись на свободно рожденныхъ (ingenui) и благородныхъ (nobiles), а послѣдніе—на рабовъ (servi) и вольнотпущенныхъ (libertini). Переселеніе народовъ умножило сословія и различные роды несвободнаго состоянія; образовалось новое дворянство, которое съ введеніемъ бенефиціальной и ленной системы, многоразлично измѣнилось и раздѣлилось на степени. Съ XII-го вѣка начинаетъ образовываться въ городахъ свободное гражданство. Въ концѣ XIII-го столѣтія установилось между свѣтскими людьми дѣленіе на дворянъ, гражданъ и крестьянъ. Дворянство съ XV-го вѣка стало раздѣляться на высшее или имперское, и низшее, къ которому принадлежали рыцари, а со временъ Карла IV-го—дворяне по диплому и личные дворяне, получавшіе это званіе вмѣстѣ съ полученіемъ степени доктора юриспруденціи. Въ сословіи гражданъ было болѣе подраздѣленій. Въ сословіи крестьянъ образовались различія, которыя имѣютъ значеніе и въ настоящее время. Были крестьяне съ полною собственностью и неподчиненные даже фохтейскому суду, крестьяне собственники на своихъ дворахъ, но находившіеся подъ покровительствомъ господъ и обязанные платить подать, свободные крестьяне, которые владѣли своимъ дворомъ, какъ наслѣдственной или временной арендой, полусвободные, податные крестьяне, наконецъ крѣпостные крестьяне, временно, или наслѣдственно прикрѣпленные къ имѣнію (166). Недостатокъ въ христіанскихъ нормахъ, незнаніе исторіи, вмѣстѣ съ распространеннымъ духомъ притѣсненія слабыхъ были причинами того, что многіе несправедливо были причислены къ низшему классу. Эти разнообразныя сословныя отношенія почти совершенно исчезли вслѣдствіе принципа равноправности и вліянія римскаго права, философіи и политической экономіи. Въ настоящее время пользуется большими правами только *высшее дворянство*, къ которому принадлежатъ члены царствующихъ фамилій и прежнія дворянскія семейства, имѣвшія право засѣдать на сеймѣ и пользующіяся правомъ *равенства по происхожденію* (deutsche Bundesacte Art. 14). Впрочемъ замѣчается преобразованіе *родовыхъ сословій* (Geburtsstände) въ сословія по званію (Berufstände), для ко-

---

(165) Gerber, §. 39.
(166) *Walter*, 434—439.

тораго все болѣе и болѣе выработывается особенное право, сообразно ихъ особеннымъ отношеніямъ.

Различіе между физическимъ и юридическимъ лицомъ имѣло въ германскомъ правѣ съ самыхъ древнихъ временъ большое значеніе. Болѣе тѣсная связь жизненныхъ отношеній и стремленіе къ корпоративному формированію жизни придавало германскому юридическому лицу особенный характеръ и большое разнообразіе. Къ прежнимъ сельскимъ общинамъ и союзамъ маркъ присоединились городскія общины, а въ нихъ образовались цехи. Каноническое право вызвало раздѣленіе на приходы, монастыри и богоугодныя заведенія, а въ новѣйшее время образовались многочисленныя общества торговли и промышленности, а также и общества съ духовными и нравственными цѣлями. Римское право, въ двухъ своихъ противоположныхъ понятіяхъ, въ communio, гдѣ каждый изъ индивидуумовъ, образующихъ вмѣстѣ юридическое лицо, считается субъектомъ права, и въ universitas, гдѣ юридическое единство является субъектомъ права, недостаточно для германскаго права, такъ какъ здѣсь существуетъ много обществъ и союзовъ, въ которыхъ, какъ юридическое лицо, такъ и отдѣльные члены пользуются опредѣленными правами въ извѣстныхъ отношеніяхъ и направленіяхъ (см. далѣе книга III).

II. *Правовыя отношенія къ вещамъ.*

1. *Роды вещей.* Въ германскомъ правѣ съ давнихъ временъ существовало различіе между *недвижимымъ* и *движимымъ* имуществомъ (Liegenschaft und fahrende Habe), различіе, которое было особенно важно относительно семейнаго и наслѣдственнаго права и удержавшееся еще до сихъ поръ, какъ въ общемъ такъ и въ партикулярномъ правѣ. Между тѣмъ какъ движимое имущество (Fahrniss) подчинялось полнѣйшему владычеству отдѣльнаго лица, владѣніе недвижимымъ имуществомъ, особенно при отчужденіи и наслѣдованіи, ограничивалось и опредѣлялось какъ семейственными, такъ и публичными отношеніями. Съ принятіемъ римскаго права были установлены кромѣ этихъ противоположностей и другія, еще болѣе рѣзкія различія вещей.

2. *Правовое отношеніе лица къ вещи.* Съ древнѣйшихъ временъ Германцы понимали подъ словомъ собственность (Eigen, Eigenthum) только движимое имущество и дворъ съ постройками, но не землю, переходившую отъ одного лица къ другому (см. выше стр. 246). Послѣ переселенія народовъ каждый свободный Германецъ получилъ изъ завоеванныхъ земель участокъ (Sors) въ полную наслѣдственную собственность, которая называлась *Alode* (167), хотя этимъ названіемъ и обозначается также все оставшееся имущество умершаго и даже имущество, составляющее полную собственность (168). Этимъ одинаковымъ положеніемъ понятій имущества и собственности объясняется замѣчательная особенность германскаго права, которое распространяетъ это понятіе о собственности и на права (въ этомъ смыслѣ употребляется въ источникахъ понятіе «собственности» — proprium). Это воззрѣніе удержалось въ обыденномъ языкѣ и вошло даже въ новыя законодательства (169). Рядомъ съ понятіемъ собственности образовалось также весьма рано, отличное отъ него понятіе о владѣніи (die Gewere), которое развилось совершенно иначе нежели въ римскомъ правѣ. Хотя съ введеніемъ римскаго права болѣе точно опредѣлившаяся римская теорія

---

(167) Walter §. 500. слово alod Grimm, R. A. S. 493, производитъ отъ *al* (al–все) и *ôd* (Gut–добро). Другіе, какъ Phillips P. R. I. S. 396 производитъ его отъ слова *loos*–жребій, доля (Huth), *Sors*.

(168) Eichhorn §. 57; Walter S. 500.

(169) Такъ въ Австрійскомъ законодательствѣ §. 353.

владѣнія и сдѣлалась общимъ правомъ, но германско-правовое воззрѣніе не исчезло вмѣстѣ съ словомъ, а напротивъ того осталось въ оборотной жизни и мы встрѣчаемъ его въ важныхъ примѣненіяхъ въ новыхъ законодательствахъ. Мы упомянемъ здѣсь только о существенныхъ различіяхъ германскаго владѣнія (Gewere), о природѣ котораго еще и теперь идетъ споръ между германистами (170). Это отличіе отъ римскаго права проявляется въ положеніи владѣнія къ самому праву и въ вытекающемъ отсюда недостаткѣ юридическаго средства владѣнія, а также владѣнія по давности, и въ расширеніи понятія владѣнія въ понятіе, аналогическое собственности. Нѣмецкое слово Gewere (отъ wern, wehren, defendere должно отличать отъ Gewähr, Gewäre, z. B. wegen Mängel) выражало первоначально, по народному праву, только понятіе охраненія, защиты, соединенное съ собственностью и, въ крайнемъ случаѣ, самоохраненіе, или самозащищеніе. Такъ, какъ Gewere въ древнѣйшее время встрѣчается только при владѣніи землею, то для этого необходимъ былъ вводъ во владѣніе vestitura и такимъ образомъ происшедшее отношеніе къ вещи называлось Gewere, а въ позднѣйшее время этимъ названіемъ обозначалась и недвижимая собственность. Но вскорѣ убѣдились, что инвеститура (введеніе во владѣніе), сама по себѣ не могла еще обезпечить права владѣнія, что возможно также владѣніе вслѣдствіе неправильной веституры, такъ что вещь можетъ принадлежать лицу, какъ собственность, безъ ввода его во владѣніе и наоборотъ. Отсюда произошло въ средніе вѣка воззрѣніе на владѣніе, какъ на охраняемое закономъ отношеніе лица къ вещи, (das vom Rechte gewerte короче, какъ правовое отношеніе защиты, Schutzverhältniss), словомъ—правомъ охраняемое отношеніе. Отсюда слѣдуетъ, оставляя въ сторонѣ взглядъ римскаго права (171), что понятіе владѣнія было приложимо не только ко всѣмъ отношеніямъ къ вещамъ, которыя можно было охранять, и прежде всего къ физическому владѣнію (körperlicher Besitz), называвшемуся Hebende Gewere, но также и ко всѣмъ отношеніямъ, въ которыхъ былъ хоть какой нибудь юридическій элементъ охраненія, такъ что при наймѣ, займѣ, залогѣ, отдачѣ на сохраненіе, а также при отношеніи владѣльца къ украденной вещи, на сколько послѣдняя могла быть защищаема, и наконецъ въ самой собственности, на сколько она точно также была правомъ защиты вещи, всюду прилагалось понятіе Gewere, называемое eigentliche Gewere. Далѣе, такъ какъ всякая вещь можетъ состоять, смотря по различнымъ направленіямъ, въ правовомъ отношеніи ко многимъ лицамъ, то и были также, относительно одной и той же вещи, различные роды Gewere, которое существовало относительно владѣнія собственностью, и полученія пожизненнаго содержанія, т. е. могло принадлежать въ одно и тоже время, какъ собствен-

---

(170) Новыя основательныя изслѣдованія начаты Альбрехтомъ въ его сочиненіи Die Gewere als Grundlage des älteren deuschen Sachenrechts 1826. Хорошую монографію, въ которой обсуждаются различныя воззрѣнія, составилъ *Sandhaas* въ его Germanistischen Abhandlungen 1852. срав. Walter §. 493—495.

(171) Многіе споры о понятіи «Gewere» и многія неясности въ изложеніи, мнѣ кажется, проистекаютъ изъ того, что большая часть ученыхъ безсознательно придерживаются римскаго понятія о владѣніи. Но германское Gewere должно разсматривать съ совершенно противоположной точки зрѣнія. Между тѣмъ какъ въ римскомъ правѣ очевидно преобладаетъ, какъ фактъ, *субъективное* отношеніе лица къ вещи, въ германскомъ же правѣ преобладаетъ *объективный* моментъ охраненія, защиты, замѣчаемый во всемъ германскомъ правовомъ порядкѣ. При этой защитѣ и внутреннія правовыя отношенія лицъ къ вещи могутъ быть различны. Gewere вообще есть охраненіе, защита дѣйствительнаго или предполагаемаго права на вещь, касается ли это право всего или только части владычества надъ нею. Gewere хотя и относится также къ физическому владѣнію, но само оно не есть нѣчто тѣлесное и можетъ *прямо* относиться къ этому праву, безъ рѣзкаго представленія римскаго права quasi владѣнія вещью.

нику, такъ и получителю наслѣдственнаго процетнаго имѣнія, заклада поземельной собственности, въ которомъ (позднѣе) должникъ оставался во владѣніи, между тѣмъ какъ вѣритель имѣлъ Gewere (172). Изъ этаго видно, что Gewere, равно какъ и понятіе собственности, могло распространяться на права и требованія, состоящія въ многоразличныхъ обязательствахъ, какъ при наслѣдственномъ процентѣ и рентѣ. Понятіе Gewere сначала было приложимо къ недвижимому имѣнію, затѣмъ распространилось на движимое и весьма рано на права. Вслѣдствіе германскаго пониманія Gewere, которое было противупоставлено праву не какъ простой фактъ, произошло то, что германское право, съ одной стороны, первоначально не знало правоваго средства владѣнія (173), хотя при отнятіи, или ограбленіи имущества силою существовало скорое судопроизводство, и только позднѣе, со времени земскаго мира, съ 1281 г. подъ вліяніемъ римскаго и каноническаго права (Spolienklage) возникло различіе между исками о владѣніи и просьбами о рѣшеніи сущности всего дѣла. Съ другой стороны, владѣніе въ продолженіи цѣлаго года и дня, т. е. въ продолженіи 1 года 6 недѣль, 3 дней, (такъ называемое rechte Gewere) не могло быть дѣйствительнымъ по давности, потому что владѣніе должно было укрѣпляться присягой. Но впослѣдствіи, когда не требовалось присяги, владѣніе могло быть дѣйствительнымъ и по давности, если имущество было записано на имя владѣльца въ судѣ. При принятіи римскаго права римская теорія владѣнія была принята всюду, но германско-правовое ученіе удержалось въ партикулярномъ правѣ и вошло даже въ три новыя законодательства.

Особенныя правовыя отношенія къ вещамъ развились по различнымъ направленіямъ.

Правовыми формами поземельнаго владѣнія, послѣ переселенія народовъ, были:

1) *Свободная собственность* (Alod), которая заключала въ себѣ право на все, что находилось на поверхности и внутри (174), вслѣдствіе чего понятіе господства надъ землею влекло за собою понятіе покровительства относительно всѣхъ живущихъ на этомъ участкѣ (Insassen, Hintersassen); 2) пожалованное владѣніе въ различныхъ формахъ, изъ которыхъ древнѣйшими были: отдача собственникомъ участковъ земли, прилежащихъ къ его двору, во владѣніе другимъ лицамъ за службу или оброкъ, изъ чего образовалось дворовое право (jus curiae); отдача на время или наслѣдственно разнымъ учрежденіямъ и монастырямъ; пожалованіе служилымъ людямъ (министеріаламъ), и позднѣе пожалованіе по ленному праву. Изъ двухъ главныхъ родовъ поземельнаго владѣнія произошло то состояніе, которое позднѣе выразилось въ сословномъ поземельномъ владѣніи дворянства, горожанъ и въ особенности крестьянъ.

Особенности германскаго права, относительно недвижимаго имущества, составляютъ два рода собственности: *общинная собственность* (Gesammteigenthum) и, такъ называемая *раздѣленная собственность* (getheilte Eigenthum) (см. книга III).

Понятіе общей собственности въ новѣйшее время было отвергаемо нѣкоторыми учеными (Гассе, Дункеръ, Герберъ), которые смотрятъ на предметъ съ точки зрѣнія римскаго пониманія собственности. Но это опроверженіе есть чисто формальное, необращающее вниманіе на сущность самихъ отношеній и мы полагаемъ, что общая собственность вытекаетъ изъ самыхъ внутреннихъ сторонъ

---

(172) Точно также и римское право въ закладномъ правѣ должно было измѣнить свое основное положеніе, что нѣсколько лицъ не могутъ владѣть одною вещью in solidum, потому что залого-приниматель получалъ только интердикъ владѣнія, которое собственно оставалось за должникомъ.

(173) Walter §. 496.

(174) Walter §. 486 u. ff.

германскаго характера и жизни. Эта общая собственность, происшедшая первоначально изъ общей земли (Almende—общаго владѣнія лѣсомъ и выгономъ, (Gemeinemark, Walding, oder Weide), получила позднѣе и другія примѣненія, въ особенности въ семейномъ правѣ. Характеристично въ этомъ отношеніи *органическое* воззрѣніе, заключающееся въ томъ; что, какъ *цѣлое* общество, община, такъ и *отдѣльныя лица*, смотря по различнымъ направленіямъ, имѣли право на собственность. Понятіе *раздѣленной* собственности (175), гдѣ одинъ пользуется землею, а другой имѣетъ главную собственность надъ нею, хотя и основано на дѣйствительности, но развито только теоріей. Поводомъ къ этому было недоразумѣніе глоссаторовъ, которые, непонимая хорошенько значенія римскаго понятія actio directa и utilis при эмфитевзисѣ, ввели здѣсь, какъ въ ленахъ, dominium directum и utile, вслѣдствіе чего въ нѣмецкомъ переводѣ и произошли слова Ober- und Nutzeigenthum. Съ этихъ поръ эти понятія стали прилагать къ ленамъ, къ эмфитевзису, суперфиціямъ, и крестьянской поземельной собственности, преобразованныхъ на манеръ эмфитевзиса.

Пріобрѣтеніе собственности (176) изъ первой руки происходило посредствомъ обоюдной сдѣлки, посредствомъ давности и посредствомъ наслѣдованія. Пріобрѣтеніемъ изъ первой руки называлось то, что человѣкъ самъ себѣ добылъ своимъ умѣньемъ, изъ своего собственнаго матеріала, почвы и т. д., или что получилъ вассалъ, или арендаторъ, съ чужой земли. Точно также дозволялось завладѣніе, при извѣстныхъ условіяхъ, нѣкоторыми предметами никому не принадлежащими, какъ то: дикими звѣрями, пчелами и проч. Существовали особенныя условія относительно плодовъ, падавшихъ или висѣвшихъ на владѣніи сосѣда, который могъ ими воспользоваться, и относительно сбора плодовъ, когда истекаетъ срокъ аренды (пословица: wer säet, der mähet) и т. д. Движимое имущество пріобрѣталось посредствомъ обюдной сдѣлки, заключенія договора и путемъ простой передачи; для пріобрѣтенія же недвижимой собственности требовалось, кромѣ правовой сдѣлки (купли, мѣны, даренія), еще запись въ судѣ или заявленіе передъ свидѣтелями, что было доказательствомъ того, что собственникъ утрачивалъ свое право и передавалъ его другому. Система пріобрѣтенія собственности, посредствомъ записи (чего всегда требовало Саксонское право), а также и внесеніе въ публичныя книги, сдѣлались мало по малу общеупотребительными. Пріобрѣтеніе посредствомъ давности основывалось на томъ, что собственникъ, не обнаруживая въ продолженіи извѣстнаго времени своего права, терялъ его. О такой системѣ потери права посредствомъ давности, существуютъ только нѣкоторыя опредѣленія, такъ что римское право пополнило здѣсь значительные пробѣлы.

Для отысканія права собственности на движимыя вещи (177), нѣмецкое право не дозволяло, противъ всякаго владѣльца, безпощадное rei vindicatio римскаго права, но, смотря по отношеніямъ, различало два рода исковъ, смотря потому поступила ли вещь въ руки другаго лица *по волѣ* ея законнаго владѣльца, или *безъ его воли*. Въ первомъ случаѣ допускалась только личная жалоба, *требованіе* противъ получителя, который обязывался вознаградить владѣльца (напр. при взятіи вещи въ пользованіе, при наймѣ вещей, при отдачѣ подъ залогъ, при отда-

---

(175) Также и понятіе о раздѣльной собственности отвергается германистами, придерживающимися воззрѣній римскаго права. Такъ *Герберъ* разсматриваетъ лены и крестьянскія имущественныя отношенія, напр. наслѣдственную аренду, наслѣдственное процентное право (Erbzinsrecht) и проч., какъ права на *чужія* вещи. Но здѣсь невольно представляется вопросъ: какая странная историческая справедливость и политика предоставили въ новѣйшее время, посредствомъ аллодификаціи, собственность въ руки тѣхъ, которые пользовались правами на чужія вещи, такъ какъ здѣсь не можетъ быть и рѣчи о приговорѣ по поводу неисполненія обязанностей съ другой стороны?

(176) Walter §. 507—513.

(177) Walter §. 502—506.

чѣ на сохраненіе) по нѣмецкой пословицѣ «Hand muss Hand wahren» или «wo jemand sein Glauben gelassen, muss er ihn wieder suchen». Напротивъ въ случаѣ произвольнаго завладѣнія, (какъ напр. покражи, насильственнаго похищенія, потери) допускалась вещная жалоба противъ всякаго третьяго лица, которая называлась Anfang, Anevang, потому что истецъ начиналъ съ того, что дотрогивался до вещи (Anfassen).

По принятіи римскаго права, его основные принципы, относительно пріобрѣтенія собственности и отысканія послѣдней посредствомъ суда, пріобрѣли значеніе. Но подобно тому, какъ при пріобрѣтеніи недвижимаго имущества, германскій принципъ публичности охраняется необходимостью записывать въ поземельныя книги, такъ и для отысканія права на движимыя вещи видно, покрайней мѣрѣ въ партикулярномъ правѣ, вліяніе принципа Hand muss Hand wahren (178). Впрочемъ распространеніе римско-правоваго воззрѣнія на собственность существенно способствовало къ освобожденію недвижимой собственности отъ разныхъ налоговъ, вытекающихъ изъ крѣпостнаго права, подчиненности, а также и другихъ крестьянскихъ отношеній, напр. отъ сбора десятинъ, барщины и другихъ вещественныхъ повинностей. Римское право способствовало также переходу леновъ, все болѣе и болѣе терявшихъ свое внутреннее жизненное значеніе, въ аллодіи.

Сервитутовъ въ древнемъ германскомъ правѣ было мало. Въ этомъ случаѣ римское право исключительно явилось основаніемъ. Но и здѣсь, для обезпеченія права, предписывается по большей части въ партикулярномъ правѣ внесеніе въ поземельныя книги.

Аналогическія съ сервитутами, вещественныя повинности (Reallasten) долгое время ученые юристы ошибочно разсматривали, какъ servitutes quae in faciendo consistunt т. е. какъ постоянныя обязательства, связанныя съ владѣніемъ землею, въ особенности какъ подать съ земли, десятина, барщина. Эти вещественныя повинности, о юридической сущности которыхъ еще и теперь идетъ споръ и которыя касались также раздѣленной собственности (179), большею частью уничтожены.

Закладное право (180) съ древнихъ временъ было извѣстно германскому праву, какъ обезпеченіе долга, при отдачи вещей на сохраненіе и при отдачѣ движимыхъ вещей подъ залогъ. Въ этомъ отношеніи руководствовались римской теоріей Faustpfandes. Подъ названіемъ положенія (Satzung) существовала, въ различныхъ формахъ, отдача подъ залогъ земли, послѣ засвидѣтельствованія передачи передъ судомъ, при чемъ кредиторы могли пользоваться различными правами. Но съ XIII-го вѣка введено относительно поземельной собственности другое положеніе безъ владѣнія и пользованія, при чемъ, посредствомъ записи въ судѣ и внесенія въ книгу, обезпечивалось только предметное право, подлежащее владѣнію и соотвѣтствовавшее римской гипотекѣ. Римская гипотечная система существеннымъ образомъ была улучшена посредствомъ германско-правоваго принципа *публичности*, который былъ еще болѣе разработанъ въ новыхъ законодательствахъ и соединенъ съ принципомъ *спеціальности*, такъ что гипотека могла имѣть дѣйствіе противъ третьяго лица только посредствомъ внесенія въ публичную книгу

---

(178) Тоже самое и въ Австр. законодательствѣ (§. 367), хотя и обращается вниманіе на bona или mala fides при третьемъ владѣльцѣ. Французскій юридическій языкъ имѣетъ выраженіе: «Les meubles n'ont point de suite». Bluntschli, d. Pr. R., I S. 360. Вмѣстѣ съ этимъ находится въ связи принципъ: «en fait de meubles la possession vaut titre».

(179) Различные взгляды, изложенные въ связи, см. Gerber, §. 168 и Walter, Pr. R. §. 149.

(180) Walter §. 532—538.

(Grundbuch). Вслѣдствіе принципа спеціальности, способствующаго той же цѣли, каждая гипотека могла быть записана только на точно опредѣленную сумму и на индивидуально обозначенную землю, при чемъ кредиторъ могъ имѣть нѣсколько спеціальныхъ гипотекъ, но не могъ имѣть одной общей гипотеки.

III. *Правовыя отношенія къ дѣйствіямъ, или право требованій* (181).

1) *Вообще.* Германское облигаціонное право, вслѣдствіе продолжительнаго преобладанія поземельныхъ отношеній, которыя въ разнообразныхъ формахъ получали прочную организацію, не пошло далѣе простыхъ нормъ и формъ оборотной жизни. Процвѣтаніе городовъ и ихъ торговля въ средніе вѣка вызвали, правда, болѣе основательную разработку общихъ теорій и особенныхъ формъ оборотныхъ сношеній, но это важное развитіе было пріостановлено вслѣдствіе принятія римскаго права, которое своей выработанной облигаціонной системой разомъ предоставило то, чего Германія могла достигнуть только путемъ продолжительнаго развитія. Потому римское право получило въ этой отрасли права полнѣйшее господство; но различныя воззрѣнія германскаго права на облигаціи вообще, равно какъ и на договоры и нѣкоторые отдѣльные виды ихъ,—что можно замѣтить уже въ древнѣйшемъ правѣ,—были причиною многихъ отклоненій отъ римскаго права, что можетъ теперь, въ правильномъ примѣненіи, повести къ дальнѣйшему развитію.

Въ германскомъ пониманіи облигаціи, какъ правоваго союза между двумя лицами, особенно замѣчательно *свободное* положеніе лицъ между собою и значеніе *матеріальнаго* объективнаго содержанія. Хотя посредствомъ этого и дѣлается возможнымъ болѣе свободное образованіе жизненныхъ и оборотныхъ отношеній, но вмѣстѣ съ тѣмъ является и несомнѣнная опасность, могущая произойти отъ невѣрнаго пониманія правильныхъ отношеній между лицами и вещами. Германское право не затрудняется относительно замѣщенія одного лица другимъ, оно весьма легко допускаетъ такое замѣщеніе при пріобрѣтеніи облигаціи, а таже и при передачи самаго *требованія*, (не только actio, какъ въ римскомъ правѣ). Но такъ какъ этотъ взглядъ не остался безъ вліянія на утвержденіе долговъ или обязательствъ на поземельной собственности *каждаго* владѣльца, а также и на то, что могли возникнуть вещественныя повинности, для которыхъ ничего не могло быть заимствовано изъ римскаго права, то въ новѣйшее время легкое воззрѣніе на уступку требованія повело къ облигаціямъ на собственника (au porteur) и даже къ акціямъ на каждаго собственника (такъ что общество не знаетъ своихъ постоянно мѣняющихся членовъ). Эта легкость способствовала также развитію биржевой игры, вредной для нравственности и имущественныхъ правовыхъ отношеній. Здѣсь слѣдуетъ искать помощи въ возстановленіи связи, возможно соотвѣтствующей потребностямъ оборотныхъ отношеній и неупускающей изъ виду правильнаго понятія облигаціи, въ которомъ лицо не должно исчезать за вещью (182).

Между различными родами облигацій, которыя дѣлятся въ германскомъ правѣ на сдѣлки и на облигаціи, возникающія изъ правонарушеній и извѣстныхъ положеній лица, разсмотримъ здѣсь только договоры.

2) *Договоры* (183). Обязательная сила договора и то, что обусловливало право отыскивать исполненіе его по германскимъ воззрѣніямъ и нравамъ не зависѣли

---

(181) Въ общихъ чертахъ см. объ этомъ Beseler, § 117; Bluntschli § 110.

(182) Еще прежде въ моей Rechtsphilosophie я указалъ на практическіе недостатки, вытекающіе изъ ложнаго пониманія сущности этихъ обществъ. (1. Aufl. 1839 нѣмецкое изд. 1852 S. 564). Этотъ предметъ, обнимающій всѣ существенныя отношенія, дѣйствительно достоинъ болѣе основательной юридической обработки, нежели многія отрасли римскаго права.

(183) Walter § 521—538; Bluntschli d. P. R. § 112 u. ff.

ни отъ какой опредѣленной формы договора, но основывались лишь на согласіи договаривающихся сторонъ («ein Wort, ein Mann»), хотя символы, выражающіе заключеніе (удариться по рукамъ, разорвать стебелекъ), и оставались любимыми. Договоры совершались по большей части передъ свидѣтелями, или письменно, что и было доказательствомъ ихъ заключенія. По принятіи римскаго права формальный характеръ его не пріобрѣлъ никакого значенія относительно договора. Раздѣленіе договоровъ по римскому праву на контракты съ правомъ иска и на договоры, сначала непользовавшіеся правомъ иска, но получившіе это право посредствомъ преторовъ и императоровъ, осталось безъ всякаго значенія. Точно также устранено, въ своихъ принципахъ, раздѣленіе договоровъ на вещественные (Realverträge), а именно на обозначенные (mutuum, commodatum, depositum, pignus) и необозначенные (изъ которыхъ особенно заслуживаютъ вниманія: мѣна, precarium и contractus aestimatorius), словесные (Verbalverträge, Stipulationen), письменные (Literalverträge) и договоры по согласію (Consensualverträge—emtio et venditio, locatio et conductio, mandatum et societas). Но тѣмъ не менѣе нельзя безусловно утверждать, какъ нѣкоторые ученые, что, по существующему теперь общему праву, всѣ договоры суть договоры по согласію (Consensualverträge). Хотя есть договоры, которые, какъ римскіе contracta realis, посредствомъ передачи вещи съ одной стороны и обязательства возвратить ее съ другой, получаютъ смыслъ вещественныхъ договоровъ, но и здѣсь не отнято право жаловаться на несдержаніе обѣщанія. Римская стипуляція никогда не была въ употребленіи; письменный договоръ (Literalvertrag) является въ особенной формѣ вексельнаго договора (Wechselvertrag). Въ сравненіи съ римскимъ правомъ, германское облигаціонное право носитъ на себѣ характеръ большаго отсутствія формы, поддерживаемый абстрактными ученіями о правѣ и государствѣ и всюду стремящійся къ достиженію сущности, а не формы, идеи, а не конкретныхъ образовъ (см. выше стр. 107). Новѣйшія же законодательства признаютъ извѣстные договоры законными лишь тогда, когда они заключаются письменно.

Общія, встрѣчающіяся относительно договоровъ, ученія о dolus, culpa, незнаніи и ошибкѣ, угроженіи опасности и т. д., еще неразработанныя, со стороны ихъ принциповъ, германистами изъ средневѣковыхъ источниковъ права (184), болѣе точно соображая отношенія, во многомъ уклоняются отъ римскаго права.

Къ важнѣйшимъ договорамъ принадлежатъ: купля, гдѣ, особенно при продажѣ поземельной собственности, встрѣчается право обратнаго выкупа (Retracts- oder Näherrecht); мѣна, производимая по тѣмъ же основнымъ положеніямъ, какъ и купля; наемъ, аренда, вѣреніе, заемъ, ссуда безпроцентная (ad beneficium), часто встрѣчающаяся, и процентная, запрещаемая каноническимъ правомъ, какъ прибыль, извлекаемая изъ нужды другаго, и удержавшая свое значеніе до XVI-го столѣтія. Въ противоположность этому развилась дозволенная закономъ рентная, или процентная купля (Renten oder Gültenkauf) (185), часто встрѣчающаяся относительно поземельной собственности и бывшая во многихъ отношеніяхъ выгодной для должника и продавца ренты, особенно, вслѣдствіе необъявленія капитала, какъ вѣрителемъ, такъ и покупателемъ ея. Но около XVI-го столѣтія въ нѣкоторыхъ государствахъ была дозволена закономъ процентная ссуда, которая, послѣ тридцатилѣтней войны, породившей огромное число должниковъ, все болѣе и болѣе вытѣсняла рентную куплю, впослѣдствіи почти исчезнувшую. Договоры, обезпе-

---

(184) Хорошее начало сдѣлалъ Victor Platner въ своемъ сочиненіи «Ueber die historische Entwickelung des Systems und des Charakters d. d. R. 2. Bd. 1854. Дальнѣйшее изслѣдованіе и оцѣнка покажутъ намъ и здѣсь, что Римляне и въ этой части своего облигаціоннаго права, какъ думаетъ также Stahl (Rechtsphilosophie Bd. II) упустили изъ виду *„истинную природу вещей“*.

(185) Beseler, II §. 127; Walter, §. 525; его же d. P. R. §. 266.

чивающіе доходы (entgeldliche Versorgungsverträge), суть договоры: объ отдачѣ доходовъ съ извѣстнаго имѣнія въ пользу церкви (Verpfründungsverträge), о пожизненномъ содержаніи (Leibzucht) и пожизненной рентѣ (Leibrentenvertrag), представлявшіе впрочемъ всѣ три только дальнѣйшее развитіе древняго precarium, посредствомъ котораго передавали свои имѣнія церкви, съ удержаніемъ для себя пожизненнаго дохода. Страховые договоры (Versicherungs-oder Assecuranzverträge), равно какъ и условія относительно транспортовъ (Transportverdingungen), договоры по изданіямъ книгъ, нотъ и проч. (Verlagsverträge) и въ особенности вексельные договоры (Wechselverträge) развились только въ новѣйшее время. О дареніяхъ составлялся обыкновенно актъ. Общая форма, которой обязывали другаго выполнить условіе, было *обѣщаніе* по совѣсти и чести, (fidem facere), что можно сравнить съ римскими стипуляціями. Обезпеченіемъ договора служило прежде всего имѣніе, а потомъ и само лицо, вслѣдствіе чего, еще въ средніе вѣка, встрѣчается долговое рабство, замѣненное впослѣдствіи заключеніемъ въ долговой тюрьмѣ.—Средства, обезпечивающія договоръ, были: личныя — обѣщаніе, временная отдача въ рабство, арестъ (abstagium), представленіе поруки; и имущественныя—представленіе залога въ формѣ pignus (vadium), представленіе недвижимаго имѣнія и наконецъ, въ извѣстныхъ случаяхъ, частная конфискація.— Крестьянскіе договоры и договоры съ подмастерьями и учениками (Gesinde-und Gesellenverträge) имѣютъ въ германскомъ правѣ не только имущественно-правовой, но и этическій характеръ. Точно также, по своимъ принципамъ, германское общественное право отличается отъ римскаго societas своей болѣе прочной внутренней связью, ограничивающей произволъ отдѣльной личности и дающей болѣе самостоятельное положеніе цѣлому, въ его внѣшнихъ отношеніяхъ. Кромѣ обществъ съ цѣлью пріобрѣтенія (Erwerbsgesellschaften), изъ которыхъ коммандитныя общества (Commanditgesellschaften), компаніи (Collectivgesellschaften) и акціонерныя общества (Actiengesellchaften), развились въ новѣйшее время въ особенныя формы, причемъ ихъ внѣшнія и внутреннія отношенія устроиваются все лучше и точнѣе, германская жизнь становится съ каждымъ днемъ богаче и такими обществами, въ которыхъ пріобрѣтеніе имущества не есть цѣль, а только средство для достиженія другихъ, духовныхъ, религіозныхъ и нравственныхъ, цѣлей. Самый тѣсный союзъ, обнимающій всю жизнь общества, союзъ, въ которомъ этическая связь является цѣлью самой для себя, есть *семейство*.

IV. *Семейное право* (186).

Семейство, понимаемое Германцами уже въ до христіанское время, какъ тѣсный нравственный и правовой политическій союзъ, представляло собою въ тѣсномъ смыслѣ отдѣльную семью, а въ обширномъ смыслѣ союзъ родственниковъ (Sippschaft), то есть соединеніе многихъ семей, происходящихъ отъ одного предка. Власть такого семейнаго союза выражалась въ мирномъ и въ военномъ устройствѣ, въ религіозныхъ жертвоприношеніяхъ на домашнемъ алтарѣ, въ кровавой мести, вирѣ, поединкахъ, въ семейственномъ опекунствѣ, въ имущественномъ правѣ, относительно нераздѣльности наслѣдственныхъ и общинныхъ владѣній, во всемъ наслѣдственномъ правѣ и, въ особенности, въ системѣ родства, служившей основаніемъ германскаго порядка наслѣдованія.

Бракъ понимался Германцами до такой степени священнымъ и нравственнымъ союзомъ и краеугольнымъ камнемъ всего правоваго и государственнаго порядка (отсюда ewa, ea, значущіе первоначально правовой союзъ, а позднѣе бракъ,—Ehe), что христіанское ученіе придало ему только высшую религіозную санкцію. Съ возведеніемъ брака въ таинство, брачныя дѣла стали подвѣдомственны суду ду-

(186) *Walter*, §. 453. u. ff. *Bluntschli*, II. §. 144. u. ff.

ховному. Со времени реформаціи суды по брачнымъ дѣламъ, хотя въ этихъ судахъ и участвуютъ духовные, пріобрѣтаютъ болѣе свѣтскій характеръ, причемъ, даже въ католическихъ государствахъ Германіи, стали точнѣе различать гражданскую и религіозную сторону брака. Во Франціи, послѣ революціи, произошло полнѣйшее обособленіе брака, обособленіе къ которому стали стремиться и другія государства, для избѣжанія столкновеній съ церковью. Но надлежащее отдѣленіе юридической стороны отъ религіозно-церковной еще и теперь остается важною задачею.

Германское *опекунство* (Vormundschaft), вытекающее изъ mundium, первоначально выражало идею власти, какъ римское manus и potestas, но имѣло болѣе нравственное направленіе обязательства съ цѣлью защиты и представительства. Такъ понималась опека мужа надъ женою, отца надъ дѣтьми, или ближайшаго совершеннолѣтняго родственника надъ несовершеннолѣтними сиротами, или незамужними женщинами. Но такъ какъ первоначально народная защита (Volksschutz) распространялась на всѣ сферы германской жизни и мѣсто которой заступила въ послѣдствіи защита короля (Königsschutz), то изъ послѣдней развился германскій институтъ верховнаго опекунства (Obervormundschaft). Опекунство выработалось въ различные роды и виды. Опека надъ незамужними женщинами въ средніе вѣка потеряла свое значеніе, вслѣдствіе введенія римскаго права, которое не знало этаго института. Половая опека мужа надъ женою хотя и сохранилась въ статутномъ правѣ, но въ настоящее время, въ большей части нѣмецкихъ государствъ, женщины пріобрѣли самостоятельное юридическое положеніе. Опека надъ несовершеннолѣтними образовалась послѣ принятія римскаго права, весьма обработаннаго въ этомъ отношеніи, и была установлена по его основнымъ принципамъ, но съ удержаніемъ и дальнѣйшимъ развитіемъ германскаго принципа верховнаго опекунства, такъ что опека понимается преимущественно какъ публичное учрежденіе.

Имущественное право супруговъ съ самаго начала, какъ его представляетъ Тацитъ (стр. 248), развивалось въ послѣдствіи частію самостоятельно, частію подъ вліяніемъ римскаго права. Древнѣйшее брачное имущественное право, во время жизни супруговъ, вслѣдствіе mundium мужа, давало послѣднему право распоряжаться всѣмъ имуществомъ для удовлетворенія хозяйственныхъ семейныхъ потребностей. По смерти одного изъ супруговъ, права оставшагося въ живыхъ мужа въ древнее время были гораздо обширнѣе, нежели права оставшейся въ живыхъ жены. Послѣ смерти жены наслѣдниками ея недвижимаго имѣнія являлись ея кровные родственники; движимое-же ея имѣніе, равно какъ и благопріобрѣтенное было полнѣйшею собственностію мужа. Вдова получала свое недвижимое имущество въ самостоятельное распоряженіе и пользованіе; изъ своего же движимаго имущества могла она получить столько, сколько его было; въ послѣдствіи же, особенно въ городахъ, ея право на обратное полученіе ея движимаго имущества гарантировалось вещнымъ обезпеченіемъ. Кромѣ того вдова получала утренній подарокъ (Morgengabe) (стр. 248) т. е. то, что мужъ ей давалъ, или обѣщалъ, на другой день послѣ свадьбы, а также и вещи домашняго хозяйства. Вторая система общности *имущества* супруговъ образовалась въ концѣ среднихъ вѣковъ, прежде всего у французскаго народонаселенія (и именно въ coutume de Paris, почему она и вошла закономъ въ code civil стр. 298) и особенно въ городахъ, гдѣ эта система способствовала кредиту въ промышленности и торговлѣ. Съ римскимъ правомъ пріобрѣла отчасти значеніе *система приданаго* (Dotalsystem), которая впрочемъ многоразлично смѣшалась съ древнѣйшей германской системой. Такимъ образомъ въ настоящее время слѣдуетъ различать три главныхъ системы: 1) система соединенія имуществъ (Güterverbindung) (187), гдѣ имущество су-

(187) Такое названіе, какъ замѣчаетъ Блунтшли (§. 151), болѣе соотвѣтствуетъ сущности предмета, нежели употребляемыя другими писателями выраженія Gütereinheit, или äussere Gütergemeinschaft, такъ какъ единство выражаетъ болѣе тѣсное соединеніе, нежели какимъ оно было.

пруговъ хотя различается, но тѣмъ не менѣе внѣшне соединено и подчинено распоряженію и пользованію мужа; 2) система *общности имущества* (Gütergemeinschaft), которая была, или *общая*, когда общимъ было все имущество супруговъ, или партикулярная, когда общей была только часть этаго имущества и въ особенности такъ наз. благопріобрѣтенное во время супружеской жизни (Errungenschaftsgemeinschaft); и 3) разнообразно измѣненная римская система приданаго (Dotalsystem).

V. *Наслѣдственное право* (188).

Характеръ германскаго наслѣдственнаго права всегда выражалъ глубокое пониманіе семейнаго союза. Хотя оно и было измѣнено вслѣдствіе принятія римскаго права, но тѣмъ не менѣе въ немъ удержались національныя, богатыя по своимъ послѣдствіямъ особенности.

Виды наслѣдственнаго права. До переселенія народовъ завѣщанія были неизвѣстны Германцамъ. Послѣ смерти отдѣльнаго лица непосредственно выступало право семейства, котораго онъ былъ членомъ. Послѣ переселенія народовъ и по принятіи христіанства появляются завѣщанія, сперва какъ душеспасительныя (189) средства, какъ раздача милостыни бѣднымъ, или какъ отказъ своего имущества въ пользу церкви (которая преимущественно жила по римскому праву, благопріятствующему завѣщаніямъ). Въ послѣдствіи завѣщанія касались отдѣльныхъ частей имѣнія и преимущественно движимаго. Но основное воззрѣніе, основанное на кровномъ и семейномъ союзѣ, «что Богъ, а не человѣкъ творитъ наслѣдника», (Gott, nicht der Mensch, macht den Erben) давало преимущественное положеніе праву наслѣдованія по закону. Даже послѣ принятія римскаго права отношеніе наслѣдственнаго права по закону къ наслѣдованію по завѣщанію было измѣнено на столько, что правило римскаго права,—по которому наслѣдованіе по закону, (какъ показываетъ самое слово intestatus) представляетъ исключеніе лишь вслѣдствіе несуществованія завѣщанія,—измѣняется въ германскомъ правѣ такъ, что въ послѣднемъ является важнымъ, по своимъ послѣдствіямъ, правиломъ естественное наслѣдованіе семейства. Наслѣдственные договоры введены въ германскомъ правѣ въ XVI-мъ столѣтіи только посредствомъ науки права, которая изъ теоріи значенія всѣхъ договоровъ вообще вывела значеніе договоровъ наслѣдственныхъ (190), при чемъ однако были удержаны сродственныя германскому праву формы.

Само наслѣдство не понималось, какъ единство имущества и какъ юридическое лицо, universitas rerum римскаго права, но различалось по качеству имущества, такъ напримѣръ потому—было ли оно собственностью, или леномъ, такъ и по составнымъ частямъ недвижимаго и движимаго имущества, такъ что во всѣхъ этихъ случаяхъ существовалъ различный порядокъ наслѣдованія. Наслѣдникъ отвѣчалъ за долги на столько, на сколько они могли быть покрыты доходомъ съ недвижимаго имущества, или движимымъ имуществомъ (Саксонское зерцало). Переходъ наслѣдства не совершался, какъ въ римскомъ правѣ, посредствомъ объявленія вступленія наслѣдника, но по праву и по пословицѣ: «der Todte erbt den Lebendigen» (le mort saisit le vif); тѣмъ не менѣе наслѣдникъ, посредствомъ отказа отъ наслѣдства, могъ отстранить отъ себя и это естественное право. Оба эти случая и ихъ послѣдствія (191), съ введеніемъ римскаго права, подверглись многимъ измѣне-

---

(188) *Walter* §. 539. u. ff. *Bluntschli*, II §. 186. u. ff.

(189) Bluntschli, II. §. 190.

(190) См. *Beseler* Lehre von den Erbverträgen 3 Bde. 1835. Срав. *Walter* d. R. G. §. 549 ff. u. d. P. R. §. 424 ff. Bluntschli, ib. §. 194.

(191) О важныхъ послѣдствіяхъ см. Bluntschli II S. 380.

ніямъ. При завѣщаніяхъ, когда наслѣдникъ наслѣдовалъ по естественному праву (192), вводъ во владѣніе наслѣдствомъ не былъ необходимъ, исключая тѣхъ случаевъ, когда такого наслѣдника не было. Завѣщанія состояли изъ полномочій. Весьма рѣдко встрѣчаются случаи лишенія наслѣдства, дозволяемые 115-ой новеллой Юстиніана; но исключеніе изъ наслѣдства, за тяжкія преступленія противъ благочестія дозволялось безъ объясненія завѣщателемъ причинъ такого лишенія. Порядокъ законнаго наслѣдованія установлялся первоначально по степенямъ родства. Хотя съ XV-го столѣтія подъ вліяніемъ римскаго права и былъ введенъ порядокъ дѣленія наслѣдниковъ на четыре класса, установленный 118 новеллой, по которому послѣдующій классъ исключалъ права на наслѣдство членовъ предъидущаго класса, при чемъ въ каждомъ классѣ сперва призывались къ наслѣдованію ближайшіе по степени родства, (и допускалось вмѣстѣ съ тѣмъ, по крайней мѣрѣ относительно дѣтей, такъ называемое право представительства), но древне-германскій порядокъ наслѣдованія сохранился въ большей части германскихъ государствъ (193). Особенный порядокъ наслѣдованія существовалъ въ германскомъ правѣ для леновъ (Lehensfolge), для родовыхъ имѣній (преимущественно высшаго дворянства) и для фиденкомиссъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ допускались обѣ формы первородства, (къ которому впрочемъ присоединились Secundo- und Tertiogenitur) маіоратъ, сеньоратъ, и миноратъ. Относительно крестьянскихъ имѣній порядокъ наслѣдованія точно также совершался въ формѣ маіората или мінората.

VI. *Судъ и (гражданское) судопроизводство* (194).

Основный характеръ нѣмецкаго судопроизводства и судоустройства, пока оно оставалось нѣмецкимъ, заключался въ томъ, что функція суда состояла подъ управленіемъ верховной власти, но съ участіемъ народа. До переселенія народовъ, princeps предсѣдательствовалъ въ судѣ, составленномъ изъ собранія гау (стр. 247). Послѣ переселенія народовъ, у Франковъ судопроизводство было поручено Центенарію, или Тунгину (Hunne), въ Мальбергѣ, такъ что судебный приговоръ постановляли свободные ратманы-Rachinburgen (по Гримму, R. A. S; 775 consilium Ferentes), изъ которыхъ семь сидѣли, а остальные стояли вокругъ. Въ послѣдствіи центенарія замѣнилъ графъ и его викарій, которые разъѣзжали по округу, имѣя при себѣ мѣстнаго центенарія. Карлъ Великій издалъ Schoeffenverfassung (существовавшее по нѣкоторымъ ученымъ еще до него), вслѣдствіе котораго Schoeffen (195) сдѣлались постояннымъ сословіемъ. Они выбирались изъ свободныхъ собственниковъ (отсюда выраженіе schöffenbar Freie) и заняли мѣста прежнихъ семи рахинбурговъ. Процессъ могъ начаться лишь съ личнымъ явленіемъ тяжущихъ-

---

(192) Еще и теперь въ code civil подъ heretier слѣдуетъ разумѣть наслѣдника по закону; *другіе* же наслѣдники завѣщанія наз. legataire (Art. 1002 и слѣд.), хотя объ завѣщаніяхъ и говорится въ одной главѣ съ дареніями.

(193) Этотъ порядокъ снова возстановленъ австрійскимъ A. B. G. B., которое устанавляетъ §. 731 шесть линій. Такимъ образомъ это законодательство утверждаетъ самый простой и соотвѣтственный порядокъ наслѣдованія.

(194) Maurer, Geschichte des altgerm., besonders altbaier., Gerichtsverfahrens 1824; F. W. Unger, die altdeutsche Gerichtsverfassung 1842; Zöpfl II. 2. S. 386; Walter §. 574.

(195) *Schöffe*, scabinus, какъ думаетъ Гриммъ (R. A. 775) происходитъ отъ scapan, ordinare, decernere, или scaphan, creare—дѣлать schaffen, и производимаго отсюда scephjan (haurire) schoepfen—творить. Другіе же, какъ напр. Leo (G. d. d. H. 524) весьма ошибочно производятъ scabinus отъ латинскаго scamnum (древнефранц. eschame) скамья, отсюда Gerichtsbank.

ся, но допускались также, такъ называемые, prolocutores. Принципомъ приведенія доказательствъ было, что каждая тяжущаяся сторона свидѣтельствовала лишь то, что случилось, или не случилось, и судья долженъ былъ судить преимущественно на основаніи этихъ показаній, если онъ имѣлъ достаточное ручательство ихъ справедливости и того, что они были даны по доброй волѣ. Самымъ сильнымъ доказательствомъ было собственное показаніе, подкрѣпленное присягой. Для большаго утвержденія силы присяги существовали (какъ и въ уголовномъ процессѣ), соприсяжники (Eideshelfern), которые присягали не за самое дѣло, а за то, что присягающій не приметъ ложную присягу. Кромѣ присяги допускались также, для утвержденія показанія, ордалии, поединокъ, и проч. Кромѣ присяги имѣли также важное значеніе документы, хотя докозательство посредствомъ свидѣтелей и было общеупотребительнымъ (196). Право рѣшенія принадлежало постановляющему приговоръ, а не графу или его намѣстнику, которые только руководили судомъ. Аппелляція графу, равно какъ и отвѣтственность за незаконное рѣшеніе, кажется существовали въ самое древнее время. Впослѣдствіи всякая тяжущаяся сторона, всякій судья, а также всякое постороннее лицо, въ интересѣ какой нибудь тяжущейся стороны могли остаться недовольными приговоромъ и перенести дѣло въ высшую инстанцію. (Саксонское зерцало II, 12). Подобная форма судопроизводства, существенно не измѣнившаяся, существовала до конца XV стол., не смотря на уничтоженіе общиннаго устройства и на раздробленіе комитатовъ. Съ XV–го ст. эта форма судопроизводства потерпѣла важныя измѣненія вслѣдствіе вліянія римскаго и каноническаго права. Уже съ образованіемъ духовныхъ судовъ, подчинившихъ себѣ и многія чисто гражданскія дѣла (S. 467), возникъ новой процессъ, гдѣ употреблялись письменность, тайна и искуственная система доказательствъ римскаго права. Съ XV ст. этотъ процессъ стали перенимать и суды свѣтскіе. Рядомъ съ обыкновеннымъ процессомъ, по образцу римскаго и каноническаго процесса, образовался процессъ смѣшанный. Какъ благодѣтельныя слѣдствія такого процесса слѣдуетъ разсматривать: введеніе въ судопроизводство болѣе научныхъ правилъ; уничтоженіе ордалій, а также и поединка, ограниченіе присяги, какъ средства доказательства, и введеніе присяги, установленной римскимъ правомъ. Но вмѣстѣ съ тѣмъ исчезла гласность и возникла чрезмѣрная письменность, что конечно было великимъ зломъ. Основаніемъ новѣйшаго общаго германскаго гражданскаго процесса было jüngste Reichsabschied 1654, которымъ прежній процессъ *по пунктамъ* (articulirtes Verfahren) отмѣненъ совершенно и вмѣсто его введенъ новый, главнымъ принципомъ котораго были эвентуальныя правила (Eventualmaxime). Въ нѣкоторыхъ государствахъ, въ Баваріи 1753 г. посредствомъ codex juris judiciarii, въ Австріи посредствомъ Gerichtsordnung 1781 года, въ Пруссіи посредствомъ allgemeine Gerichtsordnung 1793 года, общій процессъ былъ во многихъ отношеніяхъ измѣненъ. Со времени возвращенія Франціи къ германскимъ формамъ публичности (а главное устности), вслѣдствіе Code de procédure 1806 г., и въ Германіи заговорили о подобныхъ реформахъ. Съ 1848 г. эти реформы, со многими улучшеніями, стали вводиться во многихъ государствахъ германскаго союза.

VII. *Уголовное право и уголовный процессъ* (197).

Въ развитіи германскаго уголовнаго права замѣтенъ постепенный переходъ отъ преобладающаго частно–правоваго къ публично–правовому воззрѣнію на

---

(196) О системѣ доказательствъ, по древне-германскому и римскому праву, мнѣнія ученыхъ весьма различны см. Walter §. 632. Новѣйшее хорошее сочиненіе *Sachsse*, das Beweisverfahren nach deutschem Rechte u. s. w. 1855.

(197) *Wilda*, das Strafrecht der Germanen 1842. Срав. *Eichhorn*, *Zöpfl II*, 2, S. 398 ff, *Walter*, §. 659.

наказаніе, отъ наказанія болѣе внѣшняго, касающагося имущества, къ наказаніямъ, преимущественно касающимся личности. Въ немъ выражается болѣе точное пониманіе какъ субъективныхъ, такъ и объективныхъ моментовъ преступленія: въ различіи преступленія совершеннаго сполна отъ покушенія и т. д. Наконецъ въ немъ выражаются: органическое развитіе опредѣленныхъ уголовныхъ судовъ изъ древнихъ судовъ народныхъ; отмѣненіе стараго способа доказательствъ, основаннаго на грубыхъ и религіозныхъ суевѣріяхъ, и введеніе болѣе нравственнаго способа къ открытію истины,—вмѣсто пытки, средствъ болѣе соотвѣтствующихъ цѣли. Ретроградное явленіе въ исторіи развитія германскаго процесса заключается главнымъ образомъ въ уничтоженіи обвинительнаго, гласнаго и устнаго судопроизводства. Но рѣшительный шагъ къ лучшему проявился въ настоящее время, вслѣдствіе вліянія болѣе гуманныхъ, распространенныхъ философіей, воззрѣній на уголовное право и вслѣдствіе ученаго и практическаго, тоже вызваннаго философіей, преобразованія послѣдняго, гдѣ практическія реформы, касающіяся цѣли наказаній, (пенитенціарная система въ различныхъ формахъ) пріобрѣли перевѣсъ надъ прежней формалистической и неподвижной теоріей.

Главныя измѣненія въ уголовномъ правѣ совершились вслѣдствіе принятія христіанства, возвышенія королевской власти, измѣненія жизненныхъ отношеній съ переселеніемъ народовъ, церковнаго уголовнаго суда, введенія римско-каноническаго процесса, преимущественно инквизиціоннаго, установленнаго P. H. G. O. Карла V-го и наконецъ вслѣдствіи помянутаго, все болѣе и болѣе возрастающаго, вліянія философіи.

До переселенія народовъ наказанія (какъ и у Римлянъ) имѣютъ преимущественно частно-правовой характеръ, образуя систему композицій, какъ частныхъ пеней (с. 251). Но тѣмъ не менѣе преступленія, касающіяся государства, наказываются смертью. Всѣ существенныя отношенія, вытекающія изъ преступленія, установлены правомъ; даже месть и поединокъ,—ошибочно принимаемые нѣкоторыми (Rogge) за единственныя основы древняго германскаго уголовнаго права,—имѣли свои правила. Послѣ переселенія народовъ, въ народныхъ правахъ еще принимается за основаніе система композицій, весьма жестокая вслѣдствіе увеличившихся различій въ имущественныхъ отношеніяхъ и вслѣдствіе возвышенія пеней, легкихъ для богатыхъ и тяжкихъ для бѣдныхъ, которые, если немогли заплатить пени, платили личностію и даже жизнію. Нарушеніе земскаго мира, а также и преступленія противъ королевскаго мира, обозначаются подробно; тяжкія преступленія, какъ грабежъ и убійство, наказываются смертною казнію. Въ капитуляріяхъ преобладаетъ принципъ возмездія, который впрочемъ не германскаго происхожденія, а взятъ изъ ветхаго завѣта и исчезнулъ самъ собою, когда духъ христіанства выразился въ послѣдующемъ, болѣе нравственномъ воззрѣніи на наказаніе. Въ это время возникли жестокія тѣлесныя наказанія и различные роды смертныхъ казней, существовавшіе и до нашего времени. Къ этому присоединилось смѣшеніе христіанства съ языческими суевѣріями (ордаліи, колдовство). Вслѣдствіе образованія церковнаго суда, уголовная власть еще болѣе усилилась, потому что церковные суды не ограничивались только цѣлью исправленія, но извѣстные случаи, какъ церковныя преступленія, особенно еретичество, судили сами и карали жестокими наказаніями. Въ церковныхъ судахъ образовался, на основаніи римскаго уголовнаго процесса, каноническій уголовный процессъ съ преобладающимъ инквизиціоннымъ началомъ. Прежде всего римско-каноническій уголовный процессъ сложился въ Италіи (198). Эта форма процесса, вмѣстѣ съ римскимъ

---

(198) Итальянскіе практики, сочиненія которыхъ еще въ XVI-мъ столѣтіи оставались въ Германіи главнымъ источникомъ уголовнаго права, суть: Alb. Gandinus (+1284), de maleficiis, Jac. de Bellovisu (+1330) Pract. jud., Angelus Arretinus, de maleficiis

правомъ проникла въ Германію и произвела тамъ большія измѣненія. Доброе вліяніе каноническаго права заключалось въ болѣе лучшихъ воззрѣніяхъ относительно невмѣненія и вмѣненія вины, потому что церковь, совершенно справедливо, видѣла въ преступленіи проявленіе внутренней испорченности; частію въ развитіи взгляда, впрочемъ къ сожалѣнію весьма мало проникнувшаго въ практику, что наказаніе должно служить болѣе цѣлью исправленія и очищенія преступника (199). Но вмѣстѣ съ тѣмъ отъ принятія этого процесса произошло также много вреда. Древній обвинительный процессъ, веденный первоначально частными обвинителями, позднѣе уже во времена Меровинговъ, относительно важныхъ преступленій, посредствомъ центенарія, (бывшаго обвинителемъ по своей должности), мало по малу перешелъ въ процессъ инквизиціонный. Еще большія измѣненія произошли въ системѣ приведенія доказательствъ. Ордаліи, противъ которыхъ часто рѣтовали папы, но которыя все таки долго продолжали существовать даже въ судахъ духовныхъ, наконецъ мало по малу были уничтожены. Поединокъ точно также былъ отмѣненъ; въ очистительной присягѣ, по тогдашнему состоянію народной нравственности, оставалось мало ручательства; даже семь обвинителей (изъ которыхъ шесть были эйдесгельферы) было, судя по обстоятельствамъ, или слишкомъ тяжкимъ, или слишкомъ легкимъ, средствомъ доказательства для осужденія обвиненнаго. Такимъ образомъ образовался недостатокъ, относительно способовъ доказательства. Вмѣсто того, чтобы пополнить этотъ недостатокъ, посредствомъ усиленія свидѣтельскихъ показаній и уликъ, законодательство, по образцу итальянскаго прибѣгло къ пыткѣ (по римскому праву дозволяемой только противъ рабовъ Sclaven, но уже въ народныхъ правахъ (200) она распространялась на слугъ—Knechte, servi, представляя собой печальное свидѣтельство нравственнаго и физическаго рабства тогдашняго времени), которая вошла въ общее употребленіе. Но послѣ того какъ ея основанія были потрясены философіей (Томазій), примѣненіе ея было ограничено въ 1740 г. Фридрихомъ II, а Марія Терезія въ 1776 г. отмѣнила ее вовсе. Доктрина, построенная на каноническомъ правѣ (201), представляетъ пять формъ процесса: посредствомъ обвиненія частнымъ человѣкомъ, или служебнымъ лицомъ, доноса, инквизиціи (весьма рѣдко встрѣчавшейся въ свѣтскихъ судахъ); очищенія (для возстановленія добраго имени, также и относительно процесса по личнымъ оскорбленіямъ) и процесса по явственнымъ преступленіямъ, относительно которыхъ существовалъ такой же процессъ, какъ и относительно преступленій съ поличнымъ (handhafte Tath). Сюда присоединились также особенныя формы процесса вемгерихтовъ (202), которые, особенно, въ Вестфаліи въ независимые отъ власти феодаловъ, существовали, какъ

1472., Hippol. de Marsiliis (въ XVI-мъ стол.) practica criminalis. Въ этихъ сочиненіяхъ пытка встрѣчается самымъ обыкновеннымъ средствомъ. Въ XVI-мъ столѣтіи пріобрѣли особенное вліяніе сочиненія Ж. Кларуса (въ Миланѣ +1575) и Praxis rerum criminalium нидерландскаго криминалиста Damhouder 1582. см. *Biener*, Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprocesses 1827, и *Mittermaier*, das deutsche Strafverfahren u. s. w. I. Bd. §. 16.

(199) *Mittermaier* въ Feuerbach's Lehrbuch des peinlichen Rechts. Aufl. 14, S. 11.

(200) См. L. Sal. t. u. 3; L. Burg. t. 2. Edict. Theod. §. 100 и L. Visig VI. 1. 2. Въ статутахъ итальянскихъ городовъ пытка встрѣчается гораздо прежде, нежели въ Германіи, гдѣ она является въ нѣкоторыхъ городахъ въ XIV стол., но въ большей части государствъ только въ XVI вѣкѣ. см. Mittermaier, ib § 15. Каноническое право не благопріятствовало пыткѣ. Biener. ib. S. 74.

(201) См. Ulrich Tengler, Laienspiegel Th. III; Walter, S. 718.

(202) См. Wächter, Beiträge zur deutschen Geschichte, insbes. zur Gesch. d. d. Strafrechts 1845.

императорскіе суды и до XIV-го столѣтія были публичными, а потомъ тайными, и наконецъ неизгладимое пятно—процессъ по дѣламъ о колдовствѣ, за которое наказаніе сначала было произвольно, а потомъ, около 1230 года, положено сожженіе на кострѣ, чѣмъ около того же самаго времени стали наказываться и еретики. Разнообразіе источниковъ права и подсудность разнымъ судамъ, особенно запутанность въ способахъ доказательствъ, привели уголовное судопроизводство въ такое безвыходное состояніе, что наконецъ имперскіе чины заговорили о необходимости реформы. Законодательства отдѣльныхъ государствъ подали примѣръ. Особенно было важно «Peinliche Halsgericht und Ordnung Rechtens fur das Bisthum Bamberg» 1507 г. Іоганна фонъ Шварценберга, послужившее основаніемъ для P. H. G. O. Карла V 1532 которое было названо Каролиной (203).

Эта Каролина хотя и жестока, но сравнительно съ тѣмъ, что дѣлали изъ уголовнаго права грубость, суевѣріе и фанатизмъ, она представляетъ нѣкоторый успѣхъ; но такъ какъ она не была предписана, какъ законъ, то юристы и не обратили на нее должнаго вниманія (204). Каролина пыталась примирить римское уголовное право съ германскимъ. Уголовное право получило публичный характеръ; система композицій уничтожена; обвинительный процессъ, хотя и остается въ нѣкоторыхъ своихъ основаніяхъ, но, относительно многаго, онъ является почти вытѣсненнымъ посредствомъ процесса инквизиціоннаго. Преступленія обсуждаются главнымъ образомъ съ объективной точки зрѣнія, а потому покушеніе наказывается слабѣе нежели преступленіе совершенное сполна; главный виновникъ наказывается сильнѣе пособниковъ; пытка хотя удержана, но примѣненіе ея ограничено и сама по себѣ она не разсматривается, какъ средство доказательства.

Голосъ разума и гуманности, особенно противъ процессовъ по колдовству и противъ пытки, раздался сначала только со стороны Томазія и нѣкоторыхъ его единомышленниковъ, но во второй половинѣ XVIII столѣтія, особенно вслѣдствіе сочиненія Бекарія, стали стремиться къ гуманнымъ реформамъ въ законодательствѣ и практикѣ. Но наука была преобразована только новой философіей, начавшейся съ Канта. Въ новую эпоху съ 1799, особенно Фейербахомъ, были сдѣланы болѣе глубокія философскія и психологическія изслѣдованія, относительно цѣли наказанія, мѣры наказанія, различія преступленій отъ проступковъ, о dolus и culpa, покушеніи и о совершенно оконченномъ преступленіи, о главномъ виновникѣ преступленія и участникахъ, причемъ различные преступленія и проступки были точнѣе опредѣлены. Новые уголовные кодексы большею частью воспользовались этими плодами новой науки. Само уголовное судопроизводство было существенно улучшено; древне-германское обвинительное начало, послѣ долгой борьбы, одержало побѣду и гласность и устность судопроизводства были окончательно признаны, но институтъ присяжныхъ былъ введенъ только въ нѣкоторыхъ государствахъ. Но наука уголовнаго права, послѣ толчка даннаго ей новой философіей, приняла въ Германіи слишкомъ абстрактное и формальное направленіе, въ которомъ, хотя опредѣленіе понятій и ихъ различія сдѣланы съ логическою точностью, хотя и придано значеніе многимъ весьма важнымъ моментамъ уголовнаго права, но вслѣдствіе совершенно односторонняго пониманія отношенія права къ нравственности, пониманія, вызвавшаго только различіе и совершенное отдѣленіе нравст-

---

(203) См. Zöpfl, die P. Gerichtsordnung K. V. mit der Bamberger und Brandenburger-Hals. G. O. 1832; и «das alte Bambergerrecht als Qelle der Carolina 1839.

(204). Вехтеръ замѣчаетъ, что она была понята тогда, когда она уже не соотвѣтствовала нравамъ народа и получила лучшую обработку только тогда, когда уже была пора отмѣнить ее,—доказательство того, какъ иногда положительные юристы мало понимаютъ потребности жизни и времени.

венности отъ права, была воздвигнута научная преграда, также не менѣе важной, связи наказанія съ нравственной цѣлью. Подобно тому, какъ Кантъ, вслѣдствіе такого отдѣленія нравственности отъ права, ошибочно понялъ въ принципѣ формальнаго равенства, цѣль наказанія, какъ возмездіе, точно также, за немногими исключеніями, во всѣхъ релативныхъ и абсолютныхъ (только вслѣдствіе ихъ полнѣйшей абстрактности) теоріяхъ о цѣли наказанія не пошли дальше иллюзіи, такъ что относительно наказанія хотѣли отдѣлить, (что однако не возможно при обсужденіи преступленій) право отъ нравственности, правовую волю отъ нравственной, правовой жизненный порядокъ отъ нравственнаго, какъ по отношенію къ преступнику такъ и по отношенію къ обществу. Отъ такой односторонней юридической обработки не могло произойти никакого существеннаго улучшенія въ практикѣ. Эти улучшенія явились у народа, въ развитіи институтовъ котораго остался жизненнымъ истинно христіанскій и нравственный смыслъ. Въ Америкѣ (205) положено основаніе гражданско-нравственной системы исправленія въ установленіи пенитенціарной системы, которая только одна соотвѣтствуетъ требованіямъ истинной гуманности и христіанскаго духа, какъ онъ еще и прежде отчасти выразился въ каноническомъ правѣ. Эта пенитенціарная (206) система развилась въ разныхъ формахъ, (207), (впрочемъ не вполнѣ) и была принята съ разнообразными измѣненіями въ сѣверной Америкѣ, въ Швейцаріи, Белгіи, Англіи и въ нѣкоторыхъ нѣмецкихъ государствахъ (Баденѣ, а теперь и Пруссіи). Эта система ни въ какомъ случаѣ не есть система послабленія, какъ часто полагали люди несвѣдущіе, но напротивъ въ правовыхъ формахъ нравственно-строгая система, которая должна быть разсматриваема, какъ конечная цѣль уголовнаго права, и которая позднѣе, обработанная наукой послѣдняго, должна сдѣлаться его руководящимъ принципомъ.

---

(205) Одно исправленіе не исчерпываетъ сполна цѣли наказанія, а есть только одна изъ существенныхъ сторонъ этой цѣли. Цѣль наказанія скорѣе заключается въ возстановленіи нравственно правоваго состоянія, какъ въ отдѣльныхъ нравственно правовыхъ разрушенныхъ отношеніяхъ, такъ и по отношенію къ государственному порядку, касательно правонарушителя и пострадавшаго отъ правонарушенія. См. Röder, zur Rechtsbegründung der Besserungsstrafe 1846 и мою Rechtsphilosophie S. 421.

(206) Первая Пенитенціарная тюрьма была построена въ 1821 г. въ маленькомъ городѣ Аубурнъ, въ штатѣ Нью-Іоркъ.

(207) Двѣ главныя формы ее суть: аубурнская система разлученія преступниковъ на ночь и соединенія ихъ днемъ на общую работу, производимую въ молчаніи: пенсильванская система полнѣйшаго разлученія днемъ и ночью, но съ регулярнымъ посѣщеніемъ лицъ, способныхъ оказывать нравственное вліяніе и особенно для того назначенныхъ; и улучшенная пенсильванская система Пентонвиля въ Англіи, не далеко отъ Лондона. О пенитенціарной системѣ см. у Миттермайера въ Feuerbach's Lehrbuche § 149 названныхъ писателей, особенно Beaumont u Toqueville du syst. pénit. 1833; переведенное на нѣмец. языкъ Юліусомъ Nord-Amerika's sittliche Zustände 2. Bd. 1839 Токвиля; Memoire sur les prisons 1845; Ducpetiaux des progrès de la reforme pènitent, Brux. 3. Voll. 1838; über Strafe un Strafanstalten vom Prinzen Oskar (покойнаго короля Швеціи) 1841; Würth, die neuesten Fortschritte des Gefängnisswesens, u. s. w. Wien 1844.

ОТДѢЛЕНІЕ ВТОРОЕ.

О СРОДСТВЕННЫХЪ ПРАВАХЪ НЕ-НѢМЕЦКО-ГЕРМАНСКИХЪ НАРОДОВЪ. ИЛИ НАРОДОВЪ, ОБЛАДАЮЩИХЪ ГЕРМАНСКИМИ ПЛЕМЕННЫМИ ЭЛЕМЕНТАМИ (208).

Права этихъ народовъ, частью, какъ напр. права Англовъ и сѣверныхъ народовъ, неиспытавшія римскаго вліянія, сохранили въ большей чистотѣ германское право и по нимъ легче исторически прослѣдить основную мысль германскихъ правовыхъ институтовъ, частію, какъ напр. фландрское, голландское, французское и итальянское право, испытавшее пополняющее и образовательное вліяніе римскаго права, по сходству своего развитія съ германскимъ, можетъ служить полезнымъ сравненіемъ.

I. *Права германскихъ нѣмецкихъ народовъ.*

A. *Право скандинавскаго сѣвера.* Въ правахъ трехъ королевствъ Датскаго Шведскаго и Норвежскаго и Исландіи, оказывается много общаго. Это право сохранялось въ памяти ученыхъ, народомъ избранныхъ людей, называв. Lagman. Этимъ лагманамъ принадлежатъ первые сборники, которые и были утверждаемы королями какъ законодательства. Эти законодательства причисляются къ важнѣйшимъ памятникамъ древне-германскаго права.

1) Всего ближе къ германскому праву стоитъ *Датское* (209), къ которому принадлежатъ: Canuti magni jus aulicum 1036 г.; книга законовъ Шонена (около 1165 г.); право Зеландіи 1170, вновь подтвержденное Эрихомъ Менведомъ (въ 1319) и ютскіе законы (jutische Low) 1241, еще и теперь дѣйствующіе въ Шлезвигѣ. Новѣйшее датское законодательство (danske lov) Христіана V 1683 г. имѣетъ весьма мало значенія для нѣмецкаго права.

2) *Древне-Шведское право*, къ которому принадлежатъ: Westgothalag, (называемое также Lumbslag, съ рецензіей текста 1160—1190) послужившее отчасти источникомъ для Ostgothalag XIII столѣтія; Uplandslag, утвержденное въ 1296; Gutalag для острова Готланда, относящееся къ началу XI столѣтія.

---

(208) См., богатое по литературѣ, соч: Mittermaier, Grundsätze des g. d. P. R. 7 Aufl. 1847, § 43, Maurenbrecher d. P. R. 2 Aufl. 1840, §, 102—110. Zöpfl ib., II. 1, S. 160—166; Warnkönig, Enclopädie.

(209) См. объ этомъ Grundriss der dänischen Rechtsgeschichte v. Kolderup-Rosenvinge 1821, переведенное на нѣмецкій Гормейеромъ въ 1825. Второе датское изданіе 1834 г. еще не переведено.

3) *Норвежское право* содержитъ Gulathing-lov, seu jus commune Norwegicum; послѣдніе изданіе было сдѣлано въ 1267 г. въ царствованіе Магнуса, который былъ названъ Lagabätir, исправитель закона.

4) *Право Исландіи*, заселенной въ девятомъ столѣтіи Норманнами, есть отрасль норвежскаго права и долго существовало въ преданіяхъ; но трудами ученаго юриста Гафлида оно было написано въ 1118 г. и названо Hafiid Skra (forum judicum). Съ семнадцаго столѣтія, вслѣдствіе своей древности, оно получило (исландское) названіе *Грагасъ*, т е. сѣдой гусь. Послѣ покоренія Исландіи Норвежцами въ 1216 г, король Гаконъ ввелъ строгой Hakonsbok, а сынъ его Магнусъ—Jonbok, получившій съ этихъ поръ законную силу. Грагасъ (210) такъ отличается своей редакціей и объемомъ, что съ нимъ можетъ сравниться только Lex Visig. см. выше стр. 287.

B. *Англійское право* (211). Послѣ покоренія Англіи Англо-Саксами, при чисто германскомъ правомъ и государственномъ устройствѣ, англосаксонскіе законы служили главнымъ источникомъ. Послѣ завоеванія Англіи Норманами въ XII столѣтіи, появилась книга права, tractatus de legib et consuetudinib. regni Angliae, которая отличается чистотою содержащихся въ ней германскихъ элементовъ, подробнымъ изложеніемъ и научной обработкой. Составленіе ее приписывается англійскому ученому юристу Главвиллу, (1190), а потому и называется Главвилла. Но юридическое образованіе автора можно приписать знанію римскаго права, которое уже преподавалъ въ Оксфордѣ Магистръ Вакаріусъ съ 1149—1170 г., но преподованіе котораго впослѣдствіи было запрещено королемъ Стефаномъ. Позднѣйшія сочиненія объ англійскомъ правѣ принадлежатъ въ XIII столѣтіи Брактону, Горну, въ XIV Литльтону. Изъ новѣйшихъ сочиненій пользуются практическимъ авторитетомъ Coment. on the lows of England, IV. vol. 1782 В. Блякстона. Съ тринадцатаго столѣтія образовалось въ Англіи различіе между common law, и statute law.

C. *Во Фландріи* долгое время дѣйствовали (212) салическіе законы. Съ половины XIII-го столѣт. пріобрѣло вліяніе римское право. Въ Голландіи, или Нидерландахъ, германское право, въ германскихъ правовыхъ институтахъ, гораздо лучше сохранилось отъ вліянія римскаго права, хотя послѣднее проникло и сюда и было разробатываемо нѣкоторыми знаменитыми учеными юристами.

D. *Гельветское* право нѣмецкихъ кантоновъ почти совершенно сохранилось отъ вліянія римскаго права, а потому и является весьма важнымъ объясненіемъ нѣмецкаго права. Каждый кантонъ имѣетъ свое собственное право (213). Въ новѣйшее время многіе изъ кантоновъ получили новые кодексы.

---

(210) Грагасъ изданъ въ первоначальномъ текстѣ съ латинскимъ переводомъ І. Ф. Шлегелемъ Gragas i. e. Codex jur. Island. antiq. 1819. См. также K. Maurer, Beiträge zur Rechtsgesch. d. d. Nordens 1852, Heft 1. Die Entstehung des isländischen Stammes und seiner Verfassung.

(211) Весьма замѣчательно, по этому предмету, сочиненіе Филлипса «englische Reichs- und Rechtsgeschichte 2. Bde. 1823. О сочиненіи Митчеля Кембле The Saxons in England, a history etc. и вообще о юридическихъ отношеніяхъ Англо-Саксовъ см. хорошую статью К. Маурера въ «Kritischen Ueberschau d. d. Gesatzg. u. Rechtsw». Bd. I.

(212) Warnkönig, Flandrische Staats und Rechtsgeschichte (до 1305) 3 Bde. 1835—42. Defacqz, ancien droit belge 1844.

(213) См. литературу Миттермайеръ ib. Note 1. Самое лучшее сочиненіе Bluntschli, Staats—und Rechtsgechischte v. Zürich 2 Bde 1839, которое, какъ замѣчаетъ Миттермайеръ, можетъ служить исторіей права всѣхъ Швейцарскихъ кантоновъ, имѣющихъ Алеманское право.

E. Право *Остзейскихъ провинцій* (214) Русской Имперіи есть нѣмецкое, занесенное туда нѣмецкими колоніями; оно содержитъ въ себѣ право Лифляндское, Курляндское и Эстляндское.

F. Право саксонскихъ племенъ Семигоріи, образовавшихся вслѣдствіе нидерландскихъ переселеній, въ своихъ принципахъ есть нѣмецкое (215). Съ 29 Мая 1853 здѣсь введено «Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch.»

II. *Германское право въ романскихъ государствахъ.*

A. Франція (216). Хотя съ 888 г. Франція политически отдѣлилась отъ Германіи, но основанія права остались общими. Со времени завоеванія Галліи Франками, образовалось различіе между правомъ южныхъ провинцій, гдѣ крѣпко укоренилось и осталось дѣйствующимъ римское право, и правомъ сѣверныхъ провинцій, гдѣ осталось дѣйствующимъ нѣмецкое право. Это различіе «pays de droit ercit» и «pays de coutumes» сохранилось до кодекса Наполеона. Хотя позднѣе въ pays de coutumes римское право и пріобрѣло вліяніе на туземное обычное право, но тѣмъ не менѣе не могло пріобрѣсти въ практикѣ одинаковаго съ послѣднимъ значенія. Вслѣдствіе закона Карла VII 1453 г., эти coutumes (земское и городское право) получили письменную форму. Древнѣйшими германскими источниками права, имѣющими историческій интересъ, можно считать: 1) Кодексъ крестоносцевъ 1099 г. для новаго іерусалимскаго королевства, Assises de Iérusalem, возникшій преимущественно подъ французскимъ вліяніемъ, который впослѣдствіи былъ пересмотренъ и остался дѣйствующимъ до паденія этаго королевства; 2) Les coutumes de Normandie (1270); 3) les coutumes de Bourgogne (нѣсколько позднѣе) и 4) coutumes de Paris вмѣстѣ съ самыми употребительными комментаріями Феріера 1670 г., имѣвшими весьма важное вліяніе на составленіе кодекса и его позднѣйшихъ толкованій; изъ королевскихъ постановленій, самыя замѣчательныя: Etablissement de St Louis, новое изданіе Begnot 1822.

Въ Италіи (217), въ верхней части которой уже давно смѣшалось германское право съ римскимъ, какъ видно въ Leges Longobardicae (стр. 287), особенно достойны вниманія для германскаго права constitutiones regni Siciliae Фридриха II, изданныя для возстановленія упадшаго состоянія права. Въ конституціяхъ Фридриха ломбарское и римское право разсматриваются, какъ вспомогательные источники и вліяніе послѣдняго довольно значительно, но не настолько, чтобы не отличить германскій характеръ этаго законодательства, основаніе которому положило Французско-Норманское населеніе.

Въ Испаніи, гдѣ основаніемъ права было Lex Visigoth. и возникшій изъ послѣдняго fuero juzgo (с. 287), города съ давнихъ временъ получили особенные

---

(214) Первую систематическую обработку этаго права сдѣлалъ Бунге das lief-und estländische Recht 2 Bde.

(215) См. Eigen Landrecht der Siebenbürger Sachsen, von Schuler von Libloy 1853. и его же siebenbürgische Rehtsgeschichte 1855.

(216) О литературѣ см. подробнѣе у Миттермайера, ib. Not. 2.

(217) См. литературу Миттермайеръ, Not. 4. Въ Италіи началось также весьма прилежное изученіе исторіи права. Изъ писателей, по этому предмету, особенно замѣчательны: (Графъ) Sclopis (Storia delle antica legislatione del Piemonte, Torino 1833 и Storia delle legislatione italiana 2 v. 1844, Rosa Gregorio (о Сициліи), Cibrario (о Савойѣ), Troya, Torti, Bonnini, Filippini, Albini, Lafarina, Zobi. и друг.

(218) Лит. см. у Митермайера, Not 8. Изъ историковъ испанскаго права въ новѣйшее время замѣчательны: Tejada, Navarro, Zamorano, Sempere, Orto de Zerrata, Antiquerra и проч.

статуты — fueros (Леонъ еще въ 1020 г.). При Альфонсѣ IX былъ изданъ законъ семи частей Ley de las siete Partidas, въ которомъ римское право сильно смѣшано съ германскимъ и древне-испанскими обычаями. Этотъ весьма полный сводъ законовъ и по нынѣ остается дѣйствующимъ въ судебной практикѣ Испаніи. Въ немъ между прочимъ содержится, такъ называемый, когнатическій принципъ престолонаслѣдія, котораго держится и нынѣ царствующая династія. Проектъ новаго уложенія гражданскихъ законовъ появился въ 1851 г.

Въ Португаліи (219) исторія права совпадаетъ въ древнее время съ испанскою и Lex Visigoth. остается дѣйствующимъ до XI-го столѣтія. Позднѣе являются законы кортесовъ, (первый Lamego въ 1143). Собраніе законовъ начато при Іоаннѣ I. + 1433) и окончено въ 1447 г., при Альфонсѣ I. Источниками этаго законодательства служили: Юстиніаново право, siete Partidas и каноническое право.

---

(219) См. Литер. Миттермаейръ ib. Not 8. и весьма хорошее сочиненіе Geschichte von Portugal 2. Bde. von Schäfer 1839.

ПРИБАВЛЕНІЕ.

О главнѣйшихъ источникахъ исторіи права славянскихъ народовъ (220).

Исторія права славянскихъ народовъ, еще и теперь весьма мало обработанная ихъ писателями, заслуживаетъ большаго вниманія, какъ потому, что славянскія народы составляютъ большую отрасль Индо-Европейскаго народонаселенія, такъ и по близкому сродству древне-славянскаго права съ древне-германскимъ.

Для изученія *древняго русскаго* права (221) служитъ до сихъ поръ главнымъ, хотя и бѣднымъ, источникомъ Русская Правда, состоящая изъ 17 статей и изданная въ 1020 г. для Новгорода. Она содержитъ въ себѣ обычное право и утверждена В. К. Ярославомъ (1019—1054). Въ этомъ правѣ встрѣчается много опредѣленій (кровавая месть, виры) сходныхъ съ германскими воззрѣніями на право, вслѣдствіе чего источниками Правды первоначально полагали Leges barbar., а потомъ (что конечно можно подтвердить многимъ) скандинавское право. Хотя городовое устройство Новгорода, еще задолго до сношеній послѣдняго съ Нѣмцами, имѣло много общаго съ нѣмецкими городами, равно какъ и устройство славянскихъ сельскихъ общинъ съ древне-германскими, но тѣмъ не менѣе оно выросло изъ славянскихъ элементовъ. Тоже самое можно сказать и относительно права. Монгольское завоеваніе задержало развитіе русскаго права. По сверженіе этаго ига начинается суровой деспотизмъ властителей, вольныя права городовъ уничтожены и крестьяне сдѣланы рабами. Іоаннъ III въ 1497 г. издалъ Судебникъ, который былъ пересмотренъ въ царствованіи Іоанна IV. Царь Алексѣй Михайловичъ приказалъ собрать все дѣйствующее право. Планъ систематическаго русскаго законодательства задуманъ Петромъ Великимъ, но приведенъ въ исполненіе только въ царствованіе Николая, который обнародовалъ въ 1833 г. Сводъ Законовъ Россійской Имперіи, получившій съ 1835 г. дѣйствующую силу. Этотъ сводъ, состоящій

---

(220) Главнымъ источникомъ служитъ до сихъ поръ замѣчательное сочиненіе Варшавскаго профессора Маціёвскаго „Исторія Славянскаго права“, переведенное съ Польскаго на Нѣмецкій Буссомъ и Навроки 1835—39. 4. Bde. Это сочиненіе представляетъ весьма замѣчательный трудъ, но, по мнѣнію свѣдующихъ Славянскихъ археологовъ, заключаетъ въ себѣ много весьма смѣлыхъ предположеній.

(221) Das älteste Recht der Russen, v. *Ewers*, Dorpat 1826 и еще Reutz, Versuch über die geschichtliche Ausbildung der Russichen Staats-und Rechtsverfassung. Mitau 2. Bde. 1829.

изъ 8 книгъ (XV томовъ) заключаетъ въ себѣ государственныя учрежденія и управленіе, гражданское и уголовное право, съ уставами гражданскаго и уголовнаго судопроизводства.

Древнѣйшее право *Польши* (222) имѣетъ одинаковое основаніе съ русскимъ. Принятіе христіанства и каноническаго права смягчило нравы и усилило могущество королевской власти. Духовные суды пріобрѣли перевѣсъ надъ судами народными и національное право рушилось. Сила и высокомѣріе дворянства возросло. Съ 1230 г. замѣтно вліяніе нѣмецкаго права, особенно Саксонскаго зерцала и Магдебургскаго права. Запутанность права все болѣе и болѣе увеличивалась, а потому Казимиръ Великій (+ 1370), который ввелъ нѣкоторый порядокъ внутри государства, издалъ въ 1347 г. на Вислицкомъ сеймѣ собраніе законовъ. Для Литвы, въ 1529 г., былъ изданъ Литовскій статутъ, впослѣдствіи получившій силу закона для всего королевства.

Богемско-славянское право, равно какъ и моравское (223), требуетъ еще болѣе основательнаго новѣйшаго изслѣдованія.

Изъ *юго-западныхъ Славянъ* и особенно Сербовъ и Кроатовъ, вышедшихъ изъ южной Россіи. Сербы заслуживаютъ наибольшаго вниманія. Величайшій изъ ихъ королей, Стефанъ Духанъ въ 1349 г. издалъ Zakon и Ustaw, который, по своему благородному духу, занимаетъ первое мѣсто въ ряду всѣхъ средневѣковыхъ памятниковъ права.

Венгры (224), происхожденіе которыхъ еще до сихъ поръ съ достовѣрностью не опредѣлено, но по всему вѣроятію принадлежащіе къ финскому племени, съ Стефана Святаго (+1038), давшаго имъ учрежденія и законодательство, какъ кажется по образцу французскихъ, имѣли многихъ королей, занимавшихся законодательствомъ. Исторія государства и права Венгріи еще нуждается въ основательномъ изслѣдованіи источниковъ.

---

(222) Главное сочиненіе Lelewel, Ursprüngliches Civil-und-Strafrecht Polens bis zu den Zeiten der Jagellonen, Warschau, 1828 (изданное на Польскомъ и нѣм. языкахъ); литературу см. также *Mittermaier* ib.

(223) См. Мацѣёвскій I. Ст. 262 и 228. Шафарикъ. Славянскія древности 1836 и лит. Миттермаейръ. Древнѣйшее право Моравіи, особенно собраніе законовъ 1167—1228 короля Оттокара, находится въ Бенедиктинскомъ собраніи Jura primaeva Moraviae 1787.

(224) О венгерскомъ правѣ см. Wenzel, de fontibus juris privati hungarici. Pesth 1836; Virozsil, Encyclopädie, Ofen 1852. S. 170. и его же Specimina juris publici Hungariae 1848 и 1851.

ЗАКЛЮЧЕНІЕ.

КРАТКАЯ ФИЛОСОФСКАЯ ОЦѢНКА НѢМЕЦКАГО ПРАВА И ИЗЛОЖЕНІЕ ОСНОВНЫХЪ НАЧАЛЪ ДЛЯ ГРАЖДАНСКАГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА, СЪ ПРЕИМУЩЕСТВЕННЫМЪ ПРИЛОЖЕНІЕМЪ КЪ НЕМУ ПРИНЦИПОВЪ НѢМЕЦКАГО ПРАВА.

§ I. *Оцѣнка нѣмецкаго права* (225).

Въ новѣйшее время философы и ученые юристы старались возвысить духъ и всемірно—историческое значеніе римскаго права. На долю германскаго права досталась только часть этаго вниманія; между тѣмъ какъ это право есть драгоцѣнное выраженіе духа народа, выполнившаго преобразованіе древняго міра и еще до сихъ поръ, совершающаго свою благородную задачу въ исторіи. Конечно нѣмецкое право вслѣдствіе принятія римскаго, заняло второстепенное мѣсто и, не смотря на усердное стараніе его новѣйшихъ приверженцевъ, еще не можетъ возвыситься до значенія своего соперника. Великая будущность его заключается не въ формахъ, еще существующихъ и большею частью состарѣвшихся, но въ его принципахъ, способныхъ произвести высшее преобразованіе. Римское право своими усовершенствованными формами, и своей юридической техникой имѣетъ великую привлекательную силу, можно сказать, художественный смыслъ для стремленій юридической науки; но нѣмецкое право, какъ скоро уяснится его лучшій духъ, гораздо болѣе соотвѣтствующій основнымъ принципамъ жизненныхъ отношеній, какъ скоро оно болѣе глубоко опредѣлится историческими и философскими изслѣдованіями и получитъ техническую обработку, безъ сомнѣнія, также обнаружитъ привлекательную силу, которая еще болѣе выиграетъ вслѣдствіе его болѣе гуманнаго и нравственнаго смысла.

Нѣмецкое право, живое выраженіе народнаго характера, можно объяснить только внутреннимъ характеромъ народа. Хотя этотъ характеръ въ своемъ историческомъ развитіи и подвергался чужеземному вліянію и потерпѣлъ нѣкоторыя измѣненія, но тѣмъ не менѣе онъ остался довольно сильнымъ, чтобы преобразовать чужое и затѣмъ снова выразиться еще съ большей силою.

---

(225) Сочиненія Шмидта и Рёдера см. ст. 207. прим 78. Предлагаемая оцѣнка есть только опытъ задача котораго заключается въ томъ, чтобы понять и связать въ органическое цѣлое важнѣйшіе національные моменты германскаго права, вытекающіе изъ основныхъ началъ характера германскаго народа. Эта оцѣнка придерживается основныхъ началъ философіи права Краузе и Рёдера, принимающей за исходный пунктъ нѣмецкое право, между тѣмъ какъ философія права Канта, Фихте и даже Гегеля придерживается болѣе римскаго права.

Вышеизложенныя (см. выше стр. 241) основныя черты характера нѣмецкаго народа,—постоянное выраженіе столь же глубокаго, какъ и всеобъемлющаго духа,—выразились въ жизненномъ направленіи и пониманіи не только посредствомъ абстрактнаго, разъединяющаго и анализирующаго *разсудка*, но также и посредствомъ высшаго разума, сохраняющаго единство и тѣсныя отношенія въ жизни, разума, который постоянно стремился и стремится, исходя изъ сознанія чести и достоинства человѣка, обусловливающихъ *свободу*, къ мѣрамъ и правиламъ общности и объективнаго *порядка* вещей, не только незабывающаго высшаго блага и цѣли человѣчества, но напротивъ способствующаго образованію гармоническаго и органическаго *цѣлаго* человѣческой жизни, въ связи и взаимнодѣйствіи существенныхъ благъ, цѣлей и сферъ жизни человѣка. При этомъ не слѣдуетъ упускать изъ виду, что *естественный*, *умственно-нравственный*, *историческій* принципъ получилъ болѣе глубокій и правильный смыслъ, для всякой *особенности* характера и жизни, въ умственно нравственной жизни, въ исторіи и въ образованіи общественнаго порядка, подобно тому, какъ уваженіе къ индивидуальности всего легче вызвало внутренное стремленіе къ взаимному пополненію въ корпоративныхъ жизненныхъ союзахъ и произвело богатое *разчлененіе* жизни на корпораціи и общины, въ которыхъ истинный принципъ права, возлагая не только отрицательныя, но и положительныя обязанности, находится въ тѣсной связи съ нравственностью. Изъ этой-то многосторонности характера и стремленій появились слабыя стороны и ошибки въ правовомъ и государственномъ порядкѣ, особенно часто выражавшіяся въ раздробленіи, въ стремленіи къ обособленію, въ недостаткѣ твердаго выраженія опредѣленнаго направленія и въ непониманіи ближайшихъ средствъ и постепеннаго достиженія цѣли. Впрочемъ хотя другіе народы въ отдѣльныхъ отрасляхъ и достигли большаго совершенства, но народъ нѣмецкій и теперь еще занимаетъ первое мѣсто въ *цѣломъ* всего развитія общественной жизни человѣчества.

Теперь бросимъ взглядъ на важнѣйшіе моменты народнаго характера, какъ они выразились, по ихъ практическимъ послѣдствіямъ, въ историческомъ развитіи и въ правовомъ общественномъ порядкѣ.

1) Въ *историческомъ* развитіи характера нѣмецкой жизни, при разнообразіи задатковъ и потребностей, никакое односторонніе направленіе, ни въ духовной, ни въ политической, ни въ религіозной сферѣ, не могло пріобрѣсти такого перевѣса, чтобы отъ того пострадалъ жизненный порядокъ. Хотя, особенно въ нѣкоторыя эпохи, вслѣдствіе обстоятельствъ и потребностей времени, и преобладали нѣкоторыя направленія, но противуположное жизненное начало было всегда на столько сильно, чтобы въ свое время снова пріобрѣсти значеніе. Различаются три главныхъ эпохи, изъ которыхъ первая опредѣляется преобладаніемъ свободы, вторая—преобладаніемъ принципа порядка и разчлененія, и наконецъ послѣдняя опредѣляется борьбою за принципъ свободы, истинное примиреніе котораго съ принципомъ порядка есть истинная и главная задача науки и жизни. Древняя эпоха, до переселенія народовъ, характеризуется преобладаніемъ принципа индивидуальной личности и свободы, но уже и здѣсь древне-германское правовое понятіе союза (Ewa) находитъ свое признаніе въ утвержденіи существенныхъ условій, соотвѣтствующихъ простымъ отношеніямъ общинной жизни. Переселеніе народовъ и измѣненіе вслѣдствіе того древне-германскаго сельскаго хозяйства, преобразованіе нравовъ и учрежденій, принятіе христіанства, усиленіе королевской власти были причинами того, что древняя свобода должна была уступить свое мѣсто принципу новаго правоваго политическаго и религіознаго порядка, регулированія и господства. Средніе вѣка стремились къ осуществленію величественной идеи объективнаго разчлененія жизненныхъ отношеній, разчлененія, охватывающаго государство, церковь и всѣ отдѣльныя сферы жизни, въ которомъ каждый членъ, каждое сословіе получаютъ опредѣленное

положеніе и имѣютъ извѣстныя права и обязанности (см. выше стр. 271). Но недостатокъ истинной науки, несовершенство и грубость того времени привели ко многимъ столкновеніемъ, войнамъ и рабству въ области духа, религіи, права и политики. Тѣмъ не менѣе въ средневѣковомъ порядкѣ феодальный бытъ, вмѣстѣ съ его внутренними, сельско-хозяйственными отношеніями, представляетъ для свѣтскихъ сословій самое надежное и широкое основаніе. Бенефиціальная и образовавшаяся изъ нея позднѣе ленная система, какъ показано выше (см. стр. 266), не есть чисто-германское учрежденіе; она возникла въ Галліи, вслѣдствіе полнѣйшаго разложенія кельтическаго и римскаго состоянія сельскаго хозяйства. Впрочемъ и здѣсь германскій духъ порядка на столько былъ силенъ, что посредствомъ принципа союза онъ снова стремился установить болѣе крѣпкій порядокъ въ системѣ поземельнаго владѣнія. Конечно никто, имѣющій человѣческо правовое сознаніе и чувство и знающій народно-хозяйственныя потребности настоящаго времени, не пожелаетъ возвращенія феодальнаго быта и древнихъ общинныхъ отношеній поземельнаго владѣнія. Но этимъ отношеніямъ нельзя не отдать исторической справедливости. Смотря безъ предъубѣжденія, въ этомъ регулированіи отношеній поземельнаго владѣнія того времени слѣдуетъ видѣть лучшее учрежденіе среднихъ вѣковъ. Въ немъ высказывается древне-германская наклонность къ прочности семейнаго наслѣдованія и поземельнаго владѣнія, этаго естественнаго корня всякаго государственнаго порядка. По крайней мѣрѣ это учрежденіе оказало неоспоримую заслугу тѣмъ, что впродолженіи болѣе тысячи лѣтъ сохранило довольно сносный порядокъ землевладѣнія и многочисленное, еще здоровое сословіе крестьянъ. Стоитъ только сравнить съ этимъ, противуположный результатъ римскихъ принциповъ совершеннаго произвола во владѣніи землею, который, пятьдесять лѣтъ тому назадъ, сполна выразился во Франціи. Чрезмѣрные налоги (226) до такой степени тяготѣютъ въ настоящее время на крестьянскомъ сословіи Франціи, что если тому не помогутъ, то съ нимъ можетъ повториться тоже самое, что было въ Римѣ и римскихъ провинціяхъ и что конечно можетъ грозить еще большею опасностью государственному порядку. Хотя средневѣковые налоги были тоже тяжелы для крестьянскаго сословія, но они не превышали извѣстной естественной мѣры производительной способности отягчаемаго, между тѣмъ какъ новѣйшая абстрактная, ни чемъ неограничивающаяся, система денежныхъ налоговъ превышаетъ стоимость имущества и такимъ образомъ легко можетъ лишить должника и крова и собственности. Хотя и въ древней системѣ извѣстныя имущества (большей частью наслѣдственныя аренды) также подвергались налогамъ и аукціону, но большая часть имущества, въ особенности мызы, были изъяты отъ налоговъ. Въ случаѣ дурнаго хозяйства мыза передавалась, при чемъ, ради общественнаго интереса, было положено, чтобы землевладѣлецъ не пользовался самъ этою мызою и неприсоединялъ ее къ другому своему имуществу, но чтобы сдалъ ея на такихъ же, никакъ не болѣе тяжкихъ, условіяхъ новому мызнику. Посредствомъ этаго поддерживалось солидарное сословіе мызниковъ и крестьянъ, между тѣмъ какъ теперь, чѣмъ болѣе усвоивается абстрактная фи-

---

(226) Изъ послѣднихъ официальныхъ отчетовъ видно, что 12 милліардовъ франковъ гипотекъ тяготѣютъ на поземельной собственности и новѣйшее учрежденіе банковъ, которое стараются перенять и во многихъ германскихъ государствахъ, кромѣ нравственнаго потрясенія во многихъ сферахъ, присоединило еще къ гипотекарнымъ долгамъ наклонность дѣлать долги съ цѣлью спекуляцій, духъ которыхъ уже проникнулъ во французскія деревни. Новѣйшіе французскіе историки и публицисты и даже такіе, какъ Гизо (cours d'histoire moderne, lecon 4) слишкомъ односторонне смотрятъ на феодальную систему, видя въ ней только германскаго выходца, отъ котораго освободился кельтической принципъ, сознанный въ первую революцію. Но можно сказать также, что послѣ революціи насталъ порядокъ, который снова привелъ къ древне-гальскому экономическому устройству, основанному на рыцарствѣ и рабствѣ, съ тою только разницею, что нынѣшніе рыцари—рыцари денегъ и промышленности.

пансовая система, основанная на отвлеченныхъ принципахъ римскаго имущественнаго права, и проникаетъ въ сельско-хозяйственныя отношенія, тѣмъ скорѣе возрастаетъ могущество капиталистовъ и процентщиковъ, которые, произвольно понижая и возвышая курсъ по требованію собственнаго интереса, могутъ скоро превратить сословіе крестьянъ въ рабовъ и поденщиковъ (227). «Borghart (должникъ) ist Lehnharts Knecht» говоритъ нѣмецкая пословица, въ которой здравый разсудокъ правильно понялъ это отношеніе. Къ концу концовъ можно ожидать, что свободная система дѣланія долговъ снова приведетъ къ древнему римскому и гальскому рабскому хозяйству и вовлечетъ государство въ погибель. Высказывая такое сужденіе, мы далеки отъ всякаго намѣренія желать введенія древнихъ союзныхъ отношеній и мы вовсе не хотимъ исключить всякую возможность займа для землевладѣльца. Такимъ сравненіемъ отношеній мы хотимъ только признать практическое значеніе, для настоящаго германскаго правоваго принципа, который заключается съ одной стороны въ томъ, чтобы, соображаясь съ публичными интересами, государство охранило бы крестьянское сословіе отъ чрезмѣрныхъ долговъ, а съ другой въ ограниченіи частнаго произвола, относительно отягченія долгами поземельныхъ владѣній, такъ что, по принципу, истинную свободу поземельнаго владѣнія слѣдуетъ разсматривать какъ аналогичную съ фамильными фидеикомиссами, какъ институтъ существующій для публичныхъ и крестьянскихъ семейныхъ интересовъ (228). Изученіе нѣмецкаго права и его исторіи должно служить также и къ тому, чтобы уяснить лучшіе принципы въ отжившихъ и отживающихъ формахъ и существенно ограничить принципы абстрактной свободы воли римскаго права. Задача настоящаго времени заключается вообще въ примиреніи принципа свободы съ условіями объективнаго порядка, соединяющаго отдѣльныхъ членовъ, ихъ стремленія и отдѣльныя цѣли, въ высшее цѣлое и въ одну общую цѣль. Римское право весьма мало можетъ способствовать разрѣшенію этой задачи. Польза, которую оно принесло для укрѣпленія сознанія юридической свободной воли, уже исчерпана. Его принципы свободы и произвола индивидуума во всѣхъ областяхъ частнаго права могутъ раздробить наши государства на ихъ атомы, могутъ открыть всѣ шлюзы индивидуальному эгоизму и привести нашу жизнь въ такое же разстройство, въ какое они привели ее въ Римѣ. Много говорили нѣмецкому народу «о вѣчныхъ принципахъ всемірнаго права, писаннаго разума, свободы воли и господства», стараясь насильно внушить его юношеству, что отъ этихъ вѣчныхъ принциповъ зависитъ будто бы вѣчное благо государства, между тѣмъ какъ истинное спасеніе заключается, частію въ отрицаніи этихъ принциповъ, частію въ существенномъ ихъ ограниченіи. Нѣмецкое право, если не прилагать къ нему стѣснительныхъ римскихъ понятій, своимъ естественнымъ разчлененіемъ можетъ указать путь къ рѣшенію этой задачи, такъ какъ и нѣмецкая исторія шла до сихъ

(227) Вальтеръ, указавъ, § 491, на то, какъ обычай и законъ заботились о поддержаніи двора и сильнаго сословія крестьянъ, касательно новыхъ отношеній, возникшихъ изъ эманципаціи, § 442, замѣчаетъ: „уже во время этой операціи (эманципаціи), земледѣльческое сословіе, вслѣдствіе раздробленія имуществъ, обѣднѣло, и вслѣдствіе легкости гипотечныхъ сдѣлокъ подпало въ вѣчную зависимость отъ вѣрителей, при чемъ возникъ новый родъ главной собственности. Крестьянинъ, какъ и прежде, для уплаты процентовъ, долженъ былъ жертвовать частью своего труда; при обратномъ же выкупѣ, вмѣсто древняго простаго залога или отдачи участка въ чужое пользованіе, онъ долженъ былъ заводить дорогой и не менѣе жестокій процессъ, такъ что вся его кажущаяся свобода была только иллюзія. Такимъ образомъ слѣдуетъ ожидать того времени, когда земледѣльческое сословіе, вслѣдствіе долговъ и лишенія собственности, превратится въ простыхъ арендаторовъ или поденщиковъ и когда оно основательно потребуетъ сложенія гипотекъ". Но для избѣжанія такихъ крайностей слѣдуетъ ограничить гипотеки.

(228) См. III книгу, право отдѣльныхъ сословій, гдѣ я, въ „земледѣльческомъ правѣ", старался выразить нѣкоторыя новыя и, по моему, мнѣнію, весьма важныя замѣчанія, относительно правоваго регулированія этихъ отношеній.

поръ лучшимъ путемъ развитія, нежели римская. Нѣмецкая исторія незнаетъ возстаній народа противъ ростовщичества богатыхъ, въ ней не слышно крика римскаго пролетаріата papem et circenses, въ ней нѣтъ демократическаго произвола массъ и превращенія его въ императорскій деспотизмъ, къ которымъ привели и отчасти проложили дорогу принципы римскаго права и государства. Въ нѣмецкомъ правѣ отдѣльное лицо и его свобода ограничиваются обществомъ, которое въ свою очередь само въ различныхъ сферахъ опирается на содѣйствіе отдѣльныхъ лицъ непосредственно, или посредственно, черезъ представительство, чѣмъ и установляется органическое взаимнодѣйствіе между отдѣльными лицами и цѣлымъ. Германская жизнь въ семействѣ, въ общинѣ, въ корпораціяхъ и въ государствѣ устроена такимъ образомъ, что всѣ сферы жизни, всякое состояніе и званіе признаны, сообразно ихъ чести и свободѣ и имѣютъ организованное участіе въ управленіи публичными дѣлами. Въ этомъ то и заключается нѣмецкое право, развитое исторіей, которое должно сохраниться въ жизни нѣмецкаго народа, если высшее Провидѣніе предназначило могучему нѣмецкому народу идти по дальнѣйшему пути организованной государственной жизни.

II. Разсматривая теперь германское право *само по себѣ*, со стороны выразившихся въ немъ главныхъ моментовъ нѣмецкаго духа и характера, въ немъ представляется преобладающимъ высшее *синтетическое* и *органическое* основное начало, которое выражается въ тѣсной связи *субъективнаго* принципа личности и свободы съ *объективнымъ* порядкомъ, въ разчлененіи всей *общественной жизни* и въ постоянномъ стремленіи къ разчлененію и организаціи, посредствомъ образованія корпорацій. Далѣе, этотъ принципъ выражается въ тѣсномъ соединеніи правоваго порядка съ *естественнымъ* и *нравственнымъ* порядкомъ вещей, въ регулированіи каждаго отношенія, посредствомъ органическаго *соображенія* всѣхъ другихъ условливающихъ его отношеній, въ уваженіи *особенности* лицъ и сферъ жизни, *въ подчиненіи* вещно-имущественныхъ отношеній (при отсутствіи абстрактнаго имущественнаго права) личнымъ, для которыхъ первыя служатъ только внѣшней подставкой, и наконецъ въ тѣсномъ соединеніи *частнаго* и публичнаго права, для взаимнаго ихъ подкрѣпленія и при сохраненіи особенностей каждаго. Всѣ вышеупомянутые главные моменты, тѣсно соединенные между собою, образуютъ одно органическое цѣлое.

1) *Синтетическій* принципъ нѣмецкаго права выражается въ тѣсномъ соединеніи субъективнаго права, какъ власти и свободы, вытекающихъ изъ личности и свободы воли, съ правиломъ и нормой объективнаго жизненнаго порядка, основаннаго Богомъ и поддерживающаго союзъ общества свободныхъ. Конечно оба эти моменты въ различныя эпохи поперемѣнно одерживали верхъ; въ средніе вѣка владычествовалъ объективный порядокъ, служившій помѣхой для свободы. Но принципъ свободы также укоренился въ нѣмецкомъ правѣ, а принципъ союза и правила до такой степени очевидно выступаетъ во всѣхъ отношеніяхъ, что только предъубѣжденіе можетъ упрекнуть нѣмецкое право, то въ излишней субъективности, то въ объективности (229), потому что соединеніе того и другаго момента въ систематическое органическое понятіе составляетъ основную черту нѣмецкаго характера и права. Конечно можетъ показаться, что субъективный моментъ беретъ преимущество, если мы возмемъ въ разсчетъ древне-германское понятіе свободы, большее значеніе принципа личности въ народныхъ правахъ и въ средніе вѣка, равно какъ, относительно источниковъ права, произвольные договоры, автономію и льготныя грамоты, или, въ смыслѣ свободы, привилегіи, пони-

---

(229) Такъ Zöpfl II, 2 S. 2. желаетъ видѣть въ чистомъ нѣмецкомъ правѣ преобладаніе субъективнаго понятія права, или свободы, а въ римскомъ (и совершенно ошибочно) преобладаніе объективнаго понятія закона; Шмидтъ же въ своемъ сочиненіи держится совершенно противуположнаго взгляда.

мемыя, какъ свобода. Но принципъ союза и закона, заключающагося въ отношеніяхъ и установляющаго ихъ, выступаетъ не менѣе сильно. Такимъ образомъ является тѣсная связь между правами и обязанностями, такъ что каждое право ограничивается обязанностями и каждая обязанность, въ свою очередь, является основаніемъ права. Такъ въ жизненныхъ союзахъ отдѣльное лицо многоразлично ограничено естественнымъ союзомъ семейства, особенно въ случаѣ отчужденія или передачи; такъ семейства связываются между собою еще тѣснѣе посредствомъ общины и марки. Но самымъ важнѣйшимъ и обширнѣйшимъ былъ ленный союзъ и союзъ въ крестьянскихъ отношеніяхъ, наконецъ не менѣе сильными были союзы корпорацій и различныхъ сферъ общественной жизни, такъ что всюду принципъ союза и закона многоразлично является, какъ самое важное и самое высшее. Синтетическимъ характеромъ, который выражается во всѣхъ направленіяхъ, нѣмецкое право существенно отличается отъ римскаго, проявляющаго, во всѣхъ своихъ положеніяхъ и институтахъ, равно какъ и въ методѣ, *аналитическій* характеръ. Въ нѣмецкомъ правѣ преобладаетъ *разумъ*, объединяющій, организующій и выравнивающій противуположности, при чемъ конечно отдѣльное лицо понимается не довольно точно и опредѣляется лишь общими правилами; напротивъ въ римскомъ правѣ преобладаетъ анализирующій и внѣшне комбинирующій *разсудокъ* (стр. 226), которому онъ обязанъ своей технической обработкой отдѣльныхъ формальныхъ правилъ, за которыми многіе не замѣчаютъ въ немъ недостатка высшихъ принциповъ.

2) Въ нѣмецкомъ правѣ отражается организація *всѣхъ общественныхъ* жизненныхъ отношеній и германская жизнь, какъ уже выше замѣчено (стр. 217), охватываетъ собой не только сферу юридическо-политическую, но и всѣ направленія, всѣ блага жизни, всѣ человѣческо-общественныя цѣли, создавъ для нихъ органы. Съ возрастающей властью церкви, самостоятельно противупоставившей себя государству, народная жизнь должна была выдти за предѣлы государства и должна была возникнуть наклонность къ образованію обществъ, независимая отъ авторитета государства и утверждаемая силою собственнаго права, наклонность, которая создала богатую систему корпорацій, особенно въ областяхъ промышленности и торговли. Но вообще право всюду стремится къ регулированію всѣхъ внѣшнихъ общественныхъ отношеній, при чемъ каждое изъ нихъ должно быть установлено, сообразно внутренней его сущности. Такъ замѣтно стремленіе къ регулированію всѣхъ публичныхъ и частно правовыхъ отношеній церкви, государства, земледѣлія, промышленности и т. д., не по однимъ абстрактнымъ принципамъ, но сообразно внутренней сущности и цѣли этихъ отношеній и институтовъ. Потому нѣмецкое право представляетъ *организмъ*, соотвѣтствующій общественному организму, въ которомъ ограждается личность и свобода каждаго члена, но вмѣстѣ съ тѣмъ послѣдній связывается, посредствомъ извѣстнаго союза, съ другими членами и съ цѣлымъ. Напротивъ римская жизнь и право, направляемыя лишь на внѣшнія второстепенныя цѣли жизни, проникнутыя лишь стремленіями эгоизма и управляемые абстрактными правилами, втиснули все въ однообразный частно и публично правовой механизмъ (230) нормъ и формъ. Но для того, чтобы нѣмецкое право сохранило свойственный ему характеръ, не слѣдуетъ его стѣснять механическими формами римскаго права, но напротивъ, по мѣрѣ развитія новыхъ отношеній и потребностей, слѣдуетъ держаться той путеводной нити, что право должно вытекать изъ сущности и цѣли жизненнаго отношенія и сообразно органической зависимости отъ другихъ обусловливающихъ его отношеній, причемъ развитіе и образованіе органической систе-

(230) Срав. стр. 228, примѣч. 114.

мы права должно соотвѣтствовать органической системѣ жизненныхъ отношеній, цѣлей и условій (231).

3) Изъ сущности нѣмецкаго характера выясняется также и жизненная *наклонность къ образованію обществъ*, которая развила богатую систему корпорацій и обществъ всякаго рода. Тамъ, гдѣ съ одной стороны была жива идея собственной и чужой индивидуальности и свободы, а съ другой признавалась необходимость высшей власти и порядка для общей цѣли, должно было развиться стремленіе къ взаимному пополненію въ организованномъ обществѣ. Это стремленіе, весьма рано проявившееся въ германской жизни, тѣсно соединило между собой личности въ нравственный союзъ посредствомъ вѣрности, укрѣпило естественный союзъ семействъ и племенъ и основало важные правовые и политическіе союзы маркъ и гау. Съ среднихъ вѣковъ это стремленіе начинаетъ выражаться въ образованіи всякаго рода корпорацій и обществъ съ промышленной и торговой цѣлями, а также съ цѣлями науки, преподаванія, религіи и нравственности. Въ этихъ обществахъ совершенно опредѣленно высказался юридическій характеръ нѣмецкаго народа. Въ этихъ обществахъ находятся въ связи оба важные момента, индивидуальной личности и общности, опредѣляемые посредствомъ извѣстной цѣли, такъ что какъ отдѣльныя лица, такъ и нравственная совокупность, являются нетолько съ опредѣленными правами, но и съ извѣстными обязанностями. Потому нѣмецкія юридическія товарищества и общества совершенно не соотвѣтствуютъ двумъ, абстрактно противуположнымъ, институтамъ римскаго права universitas (personarum) и societas, которые выражаютъ соединеніе лицъ для извѣстной какой либо цѣли.

Различные роды обществъ зависятъ отъ различія цѣлей, которыя онѣ преслѣдуютъ. Но не менѣе характеристическая черта нѣмецкихъ обществъ и корпорацій заключается въ томъ, что они касаются не одного только имущества, но учреждаются также и съ нравственною цѣлью. Подобно тому, какъ многіе роды товариществъ и корпорацій охраняли честь и нравы посредствомъ дисциплинарныхъ постановленій, точно также сдѣлались предметомъ ихъ же заботливости несчастные случаи, а также призрѣніе вдовъ и сиротъ. Въ этомъ то и заключается истинно благородный нѣмецкій характеръ и нравственное пониманіе права, что имущество не имѣетъ отвлеченнаго значенія отдѣльно отъ личности, но напротивъ имущественныя личныя и общественныя отношенія связываются съ другими личными и нравственными отношеніями, при чемъ имущество разсматривается только какъ средство для послѣднихъ, или, по крайней мѣрѣ, ими обусловливается (232). Подобно тому, какъ при отношеніи поземельнаго владѣнія ленной системы, союзъ вѣрности и вытекающія отсюда обоюдныя обязанности составляли самый важный нравственный моментъ, а равно и въ другихъ крестьянскихъ отношеніяхъ многія ихъ нравственныя и правовыя политическія стороны, оставляя въ сторонѣ ихъ достоинства и недостатки, были связаны съ лицами, которыхъ они касались, при дальнѣйшимъ развитіи это еще болѣе выразилось въ корпораціяхъ, въ которыхъ имущественно правовая сторона есть вмѣстѣ съ тѣмъ нравственная и даже публично правовая. Богатое разчлененіе городской жизни, на общества,

---

(231) См. въ началѣ III книги, методологія права.

(232) Какъ утѣшительное явленіе, въ этомъ отношеніи, слѣдуетъ разсматривать предложеніе, сдѣланное однимъ изъ членовъ прусской палаты 12 Апрѣля. 1857 г. „Не можетъ ли правительство путемъ законовъ понудить владѣльцевъ желѣзныхъ дорогъ, фабрикъ и проч. сдѣлать что нибудь для призрѣнія или облегченія тѣхъ бѣдныхъ, которые употреблялись на ихъ работахъ и семейства которыхъ имъ служили". Правительственный коммиссаръ хотя и объяснилъ что большая часть промышленныхъ учрежденій въ Пруссіи уже озаботились о своихъ рабочихъ и къконцѣ 1854 г. 500 общинъ завели вспомогательныя кассы для подмастерьевъ и помощниковъ и что 2622 подобныхъ кассъ имѣютъ 246,000 участниковъ, тѣмъ не менѣе палата приняла предложеніе.

корпораціи и цехи, не менѣе придало крѣпости и прочности нѣмецкой жизни, какъ и связь, существующая въ поземельныхъ отношеніяхъ. Хотя матеріальный успѣхъ въ томъ и другомъ направленіи, вслѣдствіи ошибочной организаціи союза, весьма затруднителенъ и почти невозможенъ, но тѣмъ не менѣе положеніе личности было сноснымъ впродолженіи нѣсколькихъ столѣтій. Новый принципъ индивидуальной свободы, въ областяхъ промышленности и торговли, направленный въ настоящее время на совершенное разрушеніе древнихъ корпорацій, во многихъ государствахъ уже одержалъ окончательную побѣду. Но если это направленіе будетъ проведено во всѣхъ своихъ послѣдствіяхъ, то свобода здѣсь, какъ и вездѣ, гдѣ она неограничена, разрушитъ сама себя и сдѣлается рабою другихъ властей, особенно власти денежной, неограниченное расширеніе которой приведетъ къ полнѣйшей эксплуатаціи людей и отношеній. Но если общество не хочетъ раздробиться на свои индивидуальные атомы, то оно должно возвратиться къ принципу товарищества, еще полному жизни, и установить въ немъ этическое, правовое-нравственное регулированіе. *Общественные* интересы требуютъ того, чтобы поддержать нѣмецкое понятіе товарищества, какъ *института*, который бы не подвергался измѣненіямъ, въ его существенныхъ отношеніяхъ, со стороны произвола его членовъ, и который былъ бы организованъ путемъ закона. Промышленный эгоизмъ конечно предпочтетъ въ этомъ случаѣ, какъ и было долгое время, римскую форму договора, относительно опредѣленія задѣльной платы, и предпочтетъ нанимать и отпускать рабочихъ по условіямъ опредѣляющимся требованіями и конкуренціей, а въ случаяхъ необходимой поддержки предоставлять рабочихъ общественной благотворительности, или кассѣ для бѣдныхъ. Но такъ какъ германскій договоръ, относительно опредѣленія задѣльной платы, носитъ на себѣ лучшій характеръ и опредѣляется многими нравственными обязанностями, то такое обращеніе съ ремесленниками и рабочими противно нѣмецкимъ нравамъ, праву, и гуманности. Задача законодательства, относительно товариществъ и обществъ въ области промышленности, заключается въ томъ, чтобы, какъ въ прежнихъ корпораціяхъ и цехахъ, такъ и въ новыхъ формахъ ассоціацій рабочаго класса, были организованы опредѣленные фонды, съ цѣлью вспомоществованія во всѣхъ случаяхъ нужды, болѣзни, отсутствія работы, а также призрѣнія вдовъ и сиротъ. Подобное учрежденіе, въ духѣ нѣмецкаго права, было бы существеннымъ противодѣйствіемъ противъ угрожающихъ обстоятельствъ нашей государственной и общественной жизни, и подѣйствовало бы благотворнѣе, нежели полнѣйшее принятіе въ какомъ либо ученіи всего римскаго права.

4) *Естественный принципъ* нѣмецкаго права. Подобно тому, какъ германскій духъ отличается отъ римскаго и романскаго болѣе глубокимъ пониманіемъ жизни природы, сродство съ которой выразилось въ его поэзіи и искусствѣ, равно, какъ и внѣшнее образованіе жизни природы произошло болѣе сообразно ея внутренней сущности, нежели по искусственнымъ формамъ и нормамъ, такъ и въ германскомъ правѣ обращается болѣе глубокое вниманіе на естественный порядокъ вещей. До принятія римскаго права, въ германскомъ правѣ замѣтенъ естественный процессъ развитія; оно было не произведеніемъ сознательной, рефлектирующей дѣятельности, ни плодомъ законодательства, ни трудомъ сановниковъ, ни ученыхъ юристовъ, но все было результатомъ живаго обычая народа. Естественное развитіе чуждо римскому праву (с. 228), хотя нѣмецкій духъ и думалъ найдти въ немъ это развитіе; въ нѣмецкомъ же правѣ оно понятно для всякаго, кто вникалъ въ постоянное образованіе его учрежденій, непосредственно вытекающихъ изъ пѣлаго и разчлененія народа. Съ принятіемъ римскаго права и, вызваннаго черезъ то, усиленія государственной власти, до новѣйшаго времени все болѣе и болѣе развивалось одностороннее центральное и абсолютное направленіе, которому потомъ, какъ реакція, былъ противупоставленъ демократическій абсолютизмъ массъ. Но германскій духъ и характеръ въ развитіи и образованіи права не требовалъ,

чтобъ право и законъ исходили исключительно сверху, или снизу, но искалъ его въ участіи всѣхъ естественныхъ разчлененій, или непосредственно, или посредственно чрезъ представителей. Такимъ образомъ, свойственный природѣ характеръ организма, разчлененія, сохранившійся въ развитіи германскаго права, долженъ еще болѣе заявить себя въ будущемъ. Точно также и естественный порядокъ былъ по преимуществу уважаемъ германскимъ правомъ. Такъ первое естественное общество—семейство, уже въ древнемъ германскомъ правѣ является основаніемъ многихъ правовыхъ отношеній (см. выше стр. 310). Нѣмецкое семейство не знаетъ искуственнаго различія между агнатами и когнатами, опредѣляющагося главнымъ образомъ посредствомъ принципа власти и уничтоженнаго въ наслѣдственномъ правѣ только Юстиніаномъ. Единство крови, съ самыхъ древнихъ временъ, является главнымъ принципомъ нѣмецкаго права. Степени родства въ второй линіи обозначались членами человѣческаго тѣла (233). Германское mundium хотя и сходно филологически съ римскимъ manus, но оно не выражаетъ отношеніе власти, а отношеніе защиты, соотвѣтствующее естественному положенію членовъ въ семействѣ. Въ вещномъ, облигаціонномъ и наслѣдственномъ правѣ принято въ соображеніе весьма важное естественное различіе между движимымъ и недвижимымъ имуществомъ, потому что первое, по его природѣ, образуетъ союзъ, связывающій отдѣльныя лица съ семействомъ и цѣлымъ обществомъ, второе же находится въ связи болѣе съ отношеніями отдѣльныхъ лицъ, какъ лицъ частныхъ. Физическое и духовное здоровье имѣли въ германскомъ правѣ болѣе значенія, относительно правоспособности лицъ, нежели въ римскомъ. Этому естественному направленію слѣдуетъ приписать и то, что въ публичномъ правѣ нѣмецкое понятіе земскаго господства, развившееся изъ mundium, распространилось и на всѣхъ живущихъ на поземельномъ участкѣ, и позднѣе съ одной стороны развило территоріальныя права, какъ патримоніальное право суда въ рыцарскихъ имѣніяхъ, а съ другой—и многія обязанности попеченія, какъ напр. относительно бѣдныхъ, живущихъ въ имѣніи. Наконецъ въ нѣмецкихъ юридическихъ пословицахъ выражается направленіе народа олицетворять правовыя отношенія въ естественныхъ.

5) *Нравственный принципъ* нѣмецкаго права. Правильная оцѣнка этого важнаго принципа предполагаетъ правильное и ясное воззрѣніе на отношенія права и нравственности, которыя еще до сихъ поръ такъ различно опредѣляются и въ жизни и въ наукѣ. Съ односторонней точки зрѣнія, нѣмецкое право казалось, или совершенно проникнутымъ нравственнымъ принципомъ и ему расточали похвалы за то, что оно нравственныя отношенія возвысило до юридическихъ (?), или его упрекали въ смѣшеніи права и нравственности. Но съ нашей вышеизложенной точки зрѣнія, мы должны равно защитить нѣмецкое право и противъ такихъ похвалъ, и противъ такихъ нарѣканій. Конечно нравственнаго начала въ немъ болѣе, нежели въ римскомъ правѣ, но начало это справедливо оцѣнено; то же, что выдается, вышеприведенной похвалой, за нравственный принципъ нѣмецкаго права, есть лишь *положительный* принципъ права, до котораго еще не могли возвыситься ни поверхностная философія права, ни положительная юриспруденція. Истинно нравственный и положительный принципы права слѣдуетъ различать между собою, какъ мы вкратцѣ здѣсь и покажемъ. Нравственность, какъ субъективная форма осуществленія добра, показываетъ только внутреннее отношеніе субъекта къ добру, и выражается *въ мотивахъ* дѣйствія и въ опредѣляющемся ими внутреннемъ состояніи. До тѣхъ поръ, пока эти внутреннія отношенія остаются внутренними право не касается до нихъ и ни какія, даже самыя страшныя, испытанія совѣсти не могутъ въ точности ихъ изслѣдовать. Былъ ли кто побуждаемъ напр. къ

(233) Саксонское зерцало, Art. 4.

благотворительности, къ благодарности дѣйствительно чисто нравственными побужденіями, или нѣтъ—все это предоставляется суду собственной совѣсти. Но коль скоро мотивъ воплощается во внѣшнемъ дѣйствіи, то послѣднее, хотя бы оно и происходило до конца ,изъ нравственныхъ и духовныхъ побужденій, съ своей внѣшней стороны является вмѣстѣ съ тѣмъ *правовымъ*, какъ *отношеніе* къ лицамъ, обстоятельствамъ, или другимъ дѣйствіямъ. Такъ дѣйствіе, вытекающее изъ мотива благодарности, въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ должно быть разсмотрено и по праву; такъ напр. не нарушены ли имъ другія юридическія обязанности, относительно соприкосновенныхъ къ дѣлу лицъ. Вообще во всякомъ дѣйствіи слѣдуетъ различать внутренній нравственный и внѣшній правовой моменты, ибо, какъ внѣшнее, дѣйствіе является въ связи съ другими отношеніями, которыя подлежать регулированію права. Далѣе, нравственный моментъ можетъ быть непремѣнной составной частью жизненнаго отношенія и въ такомъ случаѣ онъ долженъ быть предвидимъ и предполагаемъ при правовомъ регулированіи. Но если открывается противуположное и нарушеніе нравственнаго момента является въ внѣшне-распознаваемомъ дѣйствіи, — тогда имѣетъ мѣсто и *юридическое послѣдствіе*. Такъ вѣрность въ супружествѣ представляетъ нравственный моментъ, но также и условіе этого отношенія, предполагаемое до тѣхъ поръ пока противуположное не выразится въ дѣйствіи, когда супруговъ, по требованію, разводъ расторженіе брака являются, какъ юридическія послѣдствія. Разсматривая нѣмецкое право съ такой двоякой точки зрѣнія, право и нравственность не только не являются въ немъ смѣшанными, но даже тѣсно связанными. Такъ многія внутреннія опредѣленія воли, особенно ошибка и долгъ съ ихъ юридическими послѣдствіями, пріобрѣтшіе значеніе въ римскомъ правѣ только со времени преторовъ, въ нѣмецкомъ правѣ оцѣнены еще по болѣе точному различію отношеній (234). Конечно, истинно-нравственные мотивы и въ нѣмецкомъ правѣ разсматриваются, какъ лежащіе внѣ сферы права, но изъ этого вовсе не слѣдуетъ, чтобы безнравственное дозволялось правомъ. Положеніе, какъ: in emendo ac vendendo naturaliter concessum est sese invicem circumscribere, какъ бы не придавали ему болѣе мягкое значеніе, совершенно противно духу нѣмецкаго права. Оно не дозволяетъ, но только терпитъ, или допускаетъ, безнравственное, вслѣдствіе уваженія правомъ нравственной свободы человѣка; но тѣмъ не менѣе безнравственному оно стремилось положить нѣкоторыя границы и, какъ нечестное, соединяло съ извѣстными юридическими послѣдствіями. Такъ нѣмецкое право требуетъ и въ имущественномъ правѣ честнаго промысла и чрезмѣрныя выгоды отъ послѣдняго разсматриваются, какъ обманъ, который влечетъ за собою выключеніе изъ цеха. Точно также оно выставляетъ многія условія относительно нравственнаго употребленія законныхъ правъ. Давность является, какъ наказаніе за безпечность; передача аренды другому хозяину точно также является наказаніемъ за дурное хозяйство. Наконецъ оно требуетъ извѣстныя нравственныя добродѣтели, какъ необходимыя и непремѣнныя условія отношеній, особенно *вѣрности* и, весьма сходной съ ней, *чести*. Такъ нѣмецкое право безусловно требуетъ вѣрнаго исполненія обѣщанія (235) и хотя въ немъ дается значеніе опредѣленнымъ формамъ, но оно никогда не знало различія contractus stricti juris и bonae fidei римскаго права. Оно требуетъ вѣрности, въ преданности однаго лица къ другому, что было совершенно неизвѣстно римскому праву, вѣрности супруговъ, вассаловъ и владѣльца леновъ, слугъ и ихъ господъ, вѣрности въ исполненіи обязанностей, которыя возложены на каждаго, сообразно его мѣсту, положенію, службѣ и состоянію.

---

(234) Сравн. Plainer, histor. Entiw. des d. Rechts 1854.

(235) О вѣрности, какъ связующемъ моментѣ договоровъ нѣмецкаго права, см. Stobbe, zur geschichte des deutschen Vertragsrechts 1855.

Честь, которая есть только выраженіе и отраженіе поведенія, сообразнаго долгу, въ обществѣ свободныхъ и которая измѣняется, сообразно положенію призванію лица, является въ нѣмецкомъ правѣ, какъ условіе достиженія, выполненія и сохраненія правъ. Если и случалось, что предразсудки невѣжественнаго времени вводили въ ошибки по этому предмету, и наказывали безчестіемъ такихъ лицъ, которыхъ образованіе и гуманность должны были ставить внѣ такого позора, тѣмъ не менѣе нельзя не признать, что общее направленіе было правильно и что честь и честность, какъ въ большихъ, такъ и въ меньшихъ союзахъ, служили основнымъ условіемъ и лучшимъ ручательствомъ правильныхъ отношеній. Такъ какъ нѣмецкое право во всѣхъ общественныхъ союзахъ обращало вниманіе на честность (пословица: «Die Aemter und Stände müssen so rein sein, als wären sie von Tauben gelesen») и дисциплину, находящуюся въ рукахъ общественныхъ властей, то этотъ принципъ и въ новѣйшее время можетъ быть въ высокой мѣрѣ плодотворенъ для общественной жизни. Какъ въ государствѣ, такъ и въ каждомъ отдѣльномъ обществѣ, въ каждомъ сословіи, въ каждомъ товариществѣ, или корпораціи, честность являлась основнымъ условіемъ ассоссіаціи. Государство есть правовой стражъ публичной нравственности, но такъ какъ этаго недостаточно, то каждая ассоссіація, каждое сословіе, или общество, должно наблюдать за особенными обязанностями своихъ сочленовъ. Слѣдовательно должно быть дисциплированное право и судъ во всѣхъ сословіяхъ, во всѣхъ отрасляхъ публичной службы, въ сословіи торговомъ и промышленномъ, въ сословіи воспитателей и преподователей, между адвокатами и докторами, а также и всѣми тѣми, дѣятельность которыхъ касается различныхъ отраслей литературы и прессы. Чрезъ это нравственная функція, подобная римской цензурѣ, бывшей существеннымъ пополненіемъ правовой жизни римскаго народа, но бывшей вмѣстѣ съ тѣмъ слишкомъ абстрактной и центральной (см. выше стр. 213), въ нѣмецкой жизни была бы гораздо сообразнѣе распредѣлена, и расчленена, будучи предоставлена въ каждомъ обществѣ, содѣйствію его членовъ и организована по инстанціямъ.

6) Еще большія практическія послѣдствія представляетъ въ нѣмецкомъ правѣ *положительное* воззрѣніе права, которое, вслѣдствіе преобладанія римскаго права и сродственнаго съ нимъ древняго естественнаго права, почти совершенно было вытѣснено изъ новѣйшей науки права. Римское право, исходя только отъ отдѣльнаго лица и его свободы и разсматривая все другое, какъ противуположное лицу, должно было остановиться на такомъ отрицательномъ и ограниченномъ понятіи права; нѣмецкое же право, понимая отдѣльное лицо *членомъ* одного, или многихъ общеетвъ, уже по сущности общества, допускаетъ правовыя обязанности, независимо отъ воли отдѣльныхъ лицъ. Уже въ началѣ нѣмецкой исторіи, семейство, родство, община представляютъ тѣсные союзы отдѣльныхъ лицъ, а позднѣе вся общественная и государственная жизнь сформировалась, какъ союзъ съ цѣлью защиты, содѣйствія, ручательства въ мирѣ и взаимной помощи. Христіанство съ своимъ ученіемъ о божественномъ Провидѣніи, которое должно было практически привести въ жизни къ организаціи общественной заботливости (см. выше стр. 104), конечно осталось здѣсь не безъ вліянія, но это направленіе уже существовало въ германскомъ характерѣ. Подобно тому, какъ на германскомъ императорѣ лежала обязанность покровительства всѣхъ нуждающихся (с. в. стр. 274), а позднѣе феодальнымъ владѣльцамъ принадлежало право верховнаго опекунства, нѣмецкое государство, вслѣдствіе этой заботливости, получило воспитательный и покровительственный характеръ, точно также была организована система покровительства и защиты во всѣхъ отдѣльныхъ обществахъ и корпораціяхъ. Такъ въ гильдіяхъ основнымъ принципомъ было, чтобы каждый помогалъ другому, какъ своему брату во всемъ, что полезно и право. И вообще вездѣ, гдѣ только лица вступали между собою въ какое либо продолжительное отношеніе, даже и съ матеріальной цѣлью, нѣмецкій характеръ допускалъ здѣсь не только положительно правовыя, но и нравственныя обязанности. Ленная си-

стема и различные роды крестьянскихъ отношеній служатъ тому доказательствомъ. Въ болѣе постоянныхъ обществахъ, члены ихъ составляющіе, еще болѣе обняты со всѣхъ человѣческихъ сторонъ. Такъ гильдіи (въ древнѣйшее время вѣроятно общества съ цѣлью жертво-приношеній), хотя и были по преимуществу обществами торговыми и промышленными, но тѣмъ не менѣе каждое такое общество, въ религіозномъ отношеніи, имѣло своего патрона;—въ политическомъ отношеніи, оно являлось обществомъ съ политическими правами и обязанностями;—въ нравственномъ отношеніи, оно имѣло свое дисциплинарное право, которому подчинялись всѣ его члены и наконецъ въ положительно-правовомъ отношеніи на немъ лежала обязанность призрѣнія вдовъ, сиротъ, немощныхъ и проч. Въ цехѣ между мастеромъ, его подмастерьями и учениками существовали нравственно-правовыя отношенія. Во всѣхъ этихъ отношеніяхъ проявляется органическій характеръ нѣмецкаго права. Подобно тому какъ въ природѣ цѣлое является въ отдѣльныхъ частяхъ, которыя въ свою очередь связаны съ нимъ во всѣхъ отношеніяхъ, такъ и въ обществѣ каждый его членъ понимается со всѣхъ сторонъ и во всѣхъ сферахъ жизни, не нарушая право цѣлаго и другихъ членовъ. Такъ отдѣльныя лица, семейства, корпораціи, общины, государство, относительно самостоятельны, но всѣ они находятся въ тѣсной связи между собою. Какъ отдѣльное лицо не исчезаетъ въ семействѣ, такъ и цехи не исчезаютъ въ государствѣ; но напротивъ эти постепенныя разчлененія представляютъ только постепенное, все большее и большее пополненіе. Потому каждое истинно-человѣческое и человѣчески-понятое общество, какъ такое, предписываетъ и такія положительно-правовыя обязанности, которыя, какъ и отрицательныя правовыя обязанности, должны выполняться прежде всего вслѣдствіе нравственныхъ побужденій, въ случаѣ же невыполненія ихъ допускается также и принужденіе.

Это положительное воззрѣніе нѣмецкаго права должно сдѣлаться жизненнымъ и для нашего времени. Въ настоящее время было бы весьма благороднымъ, если бы основатели торговыхъ и промышленныхъ обществъ, вслѣдствіе свободнаго нравственнаго побужденія, основывали учрежденія съ цѣлью вспомоществованія и попеченія для своихъ членовъ и работниковъ; впрочемъ государство, какъ всеобщій стражъ права, должно обязать къ тому посредствомъ закона. Кромѣ того общее этическое требованіе состоитъ вообще въ томъ, чтобы люди, вся дѣятельность которыхъ постоянно сосредоточена на какой нибудь отрасли труда, не были понимаемы какъ интелектуальныя машины, ненужныя послѣ употребленія, но разсматривались бы человѣчески, со стороны нравственно-юридической заботливости и попеченія, относительно всѣхъ ихъ человѣческихъ положеній и отношеній. Положительный принципъ права, вытекающій изъ этики, состоитъ также въ томъ, чтобы, сообразно организаціи всѣхъ общественныхъ сферъ жизни, возстановить здоровое зданіе общественнаго порядка, разстроившагося преимущественно вслѣдствіе чрезъ чуръ индивидуальнаго эгоизма. Въ возстановленіи такого прядка только и можно искать исцѣленія отъ многихъ золъ, существующихъ и могущихъ существовать.

7) Но естественный, нравственный и правовой порядокъ существуетъ и многоразлично проявляется въ нѣмецкомъ правѣ лишь какъ слѣдствіе вездѣсущаго божественнаго жизненнаго порядка. Это пониманіе, которое уже видно въ древне германскихъ религіозныхъ и правовыхъ воззрѣніяхъ, было приведено въ полное сознаніе посредствомъ христіанства. По этому воззрѣнію всякое право, равно какъ и всякая истина, происходитъ отъ Бога. Божественная справедливость господствуетъ въ этой жизни и связываетъ послѣднюю съ жизнью будущей. Этотъ божественный порядокъ долженъ передать и порядку установленному человѣческой свободой высшую связь и силу, мѣру и цѣль, и истинное освященіе. Но человѣкъ, вслѣдствіе своего безсмертнаго и богоподобнаго существа, имѣетъ не одни только права, образовавшіяся посредствомъ государственнаго развитія или поста-

новленій народа, но также и права прирожденныя, которыя хотя отрицали и отрицаютъ древніе и новые язычники, но которыя всякій христіанинъ чтитъ, какъ неотъемлемое условіе всего жизненнаго и правоваго порядка. Это отношеніе всего права къ Богу и божественному жизненному порядку выражается практически двояко. Прежде всего всякое право, хотя оно и есть субъективное полномочіе для человѣческой свободы, но тѣмъ не менѣе, въ высшемъ смыслѣ, должно быть разсматриваемо происходящимъ отъ Бога и хотя каждый человѣкъ свободенъ, но онъ также подчиняется внѣшней отвѣственности, какъ и внутренней передъ Богомъ и своею совѣстью. Изъ такого высшаго объективнаго пониманія права вытекаетъ то, что всякое право дается для выполненія извѣстныхъ обязанностей и связано съ ними. Такъ родители, относительно дѣтей, исполняютъ Богомъ имъ предназначенный долгъ, съ опредѣленными правами и обязанностями; такъ собственникъ и владѣлецъ является, какъ распорядитель имущества, даннаго Богомъ, для его собственнаго пользованія и для выполненія обязанностей относительно другихъ. Какъ у многихъ народовъ, такъ и у Германцевъ въ древнѣйшее время, поземельная собственность понималась, какъ божественный даръ и даже, какъ даръ солнца (съ чѣмъ позднѣе находятся въ связи солнечные лены–Sonnenlehn см. выше стр. 276) и вообще можно утверждать, что въ нѣмецкой поземельной собственности безсознательно осталась руководящей мысль долга, предписаннаго всякому владѣльцу, относительнаго его самаго и его семейства, какъ это особенно является въ вещно–правовыхъ и наслѣдственныхъ германскихъ семейныхъ фидеикомиссахъ, которыя имѣли мѣсто болѣе въ вещно–правовыхъ, нежели наслѣдственныхъ правовыхъ отношеніяхъ, чѣмъ они существенно и отличаются отъ субституцій римскихъ фидеикомиссъ (236). Въ высшемъ отношеніи, даже власть императорская разсматривалась дарованной отъ Бога, въ справедливомъ выполненіи которой императоръ долженъ былъ давать отчетъ суду князей. Это высшее объективное пониманіе права, которое должно быть приведено въ болѣе ясное сознаніе этической философіей права, должно въ настоящее время снова получить свое практическое значеніе. Даже въ частномъ правѣ, гдѣ долженъ остаться преобладающимъ субъективный моментъ свободы, все таки слѣдуетъ установить многія ограниченія во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ этими правами злоупотребляется и гдѣ замѣтенъ ущербъ для общественныхъ интересовъ. Напротивъ въ публичномъ правѣ всякое право слѣдуетъ разсматривать, какъ функцію, какъ должность, съ которой связаны извѣстныя правовыя обязанности; всякое политическое право отдѣльной личности должно разсматривать, какъ функцію, предоставленную ей въ виду публичныхъ интересовъ и по ее достойнству. Такъ права избирателей, присяжныхъ и т. д. являются не только политическими преимуществами, но и обязанностями, и даже высшая должность властителя, свободная отъ всякой юридической отвѣственности, по новому государственному праву, должна заключать въ себѣ не одну только сумму преимуществъ, но также и обязанности, которыя, по крайней мѣрѣ, должны быть ясны нравственному сознанію.

8) Изъ принципа тѣснаго внутренняго союза и разчлененія общественной жизни, проникающаго все нѣмецкое право, вытекаетъ также весьма важное, основное правило, по которому, при опредѣленіи всякаго правоваго отношенія, принимаются въ соображеніе и всѣ другія, соприкасающіяся съ нимъ, отношенія. Римское право, отсутствіемъ такого соображенія отношеній, представляетъ въ этомъ случаѣ совершеннѣйшую противуположность, потому что въ немъ каждый принципъ и каждое положеніе права понимаются сами по себѣ и сами для себя, причемъ послѣдствія ихъ выводятся односторонне. Напротивъ въ нѣмецкомъ духѣ,

---

(236) Это замѣчаетъ также Герберъ въ своей прекрасной статьѣ: Ueber das deutsche Fam. Fideicommiss. Въ Jahrb. fur die Dogmatik des Rechts Bd. I. S. 52.

право установляетъ и регулируетъ отношенія не само изъ себя, но по масштабу и образцу высшаго, божественнаго, естественнаго и нравственнаго, порядка вещей. Потому въ этомъ порядкѣ заключается тѣсная связь между принципами права и жизненными отношеніями. Въ общественномъ порядкѣ всѣ люди живутъ не только другъ съ другомъ, но и другъ для друга; всѣ люди суть члены одного цѣлаго, а потому они должны органически опредѣляться, какъ другъ другомъ, такъ и цѣлымъ. Это взаимнодѣйствіе выражается въ правовомъ опредѣленіи каждаго отношенія, посредствомъ соображенія всѣхъ другихъ, соприкасающихся съ нимъ отношеній. Этотъ принципъ соображенія является двояко: съ одной стороны въ томъ, что право, какъ уже выше показано, обязано принимать въ соображеніе всѣ другіе жизненные и особенно нравственные принципы; а съ другой въ томъ, что всѣ жизненныя отношенія такъ тѣсно связаны между собою, что, коснувшись одного, нельзя не затронуть всѣхъ и что одно опредѣляется другимъ. Такъ кровное родство въ нѣмецкомъ правѣ имѣетъ широкій кругъ дѣйствія и находитъ свое выраженіе въ нравственныхъ и правовыхъ отношеніяхъ, въ родствѣ, въ семейномъ совѣтѣ и т. д., причемъ и имущественное семейственное право опредѣляется происхожденіемъ. Точно также принципъ соображенія высказывается относительно собственности, въ особенности поземельной (237). Послѣдняя регулируется со стороны различныхъ отношеній, со стороны семейства, сосѣдства, общины и государства, и такъ какъ поземельная собственность есть отношеніе публичное, то публичность принимается въ разсчетъ при передачѣ. Въ правѣ на движимыя вещи является еще большее соображеніе оборотныхъ отношеній по принципу: Hand muss Hand wahren (см. выше стр. 305). Въ облигаціонномъ правѣ требованіе разсматривается не абстрактно, само по себѣ, но при соображеніи съ возможными обязанностями, такъ что въ нѣмецкомъ правѣ, при обоюдномъ обязательномъ договорѣ, не заключается условіе въ двухъ отдѣльныхъ договорахъ, какъ то слѣдуетъ по теоріи римскаго права. Облигація допускается и по отношенію къ третьему лицу, какъ обѣщаніе въ пользу третьяго, или передача третьему. Вслѣдствіе общихъ и особенныхъ соображеній, вытекающихъ изъ самыхъ отношеній, нѣмецкое право содержитъ въ себѣ гораздо болѣе законныхъ обязательствъ, возникающихъ изъ извѣстныхъ положеній, или объективныхъ отношеній. Въ этомъ принципѣ соображенія нѣмецкое право признало истинное органическое понятіе права; ибо, такъ какъ право есть регулированіе жизненныхъ отношеній, насколько они обусловливаемы, то, при опредѣленіи каждаго отношенія, должны быть существенно взяты въ соображеніе всѣ отношенія, и чѣмъ тѣснѣе человѣческія жизненныя отношенія будутъ поняты, тѣмъ тѣснѣе и многостороннѣе должно быть и само это соображеніе. Но нѣмецкое право не всегда непогрѣшимо, оно установило многія стѣснительныя ограниченія; тѣмъ не менѣе принципъ его самъ по себѣ правиленъ и предполагаетъ только правильное пониманіе жизненныхъ отношеній.

9) Нѣмецкое право полнѣе обнимаетъ *сущность* всѣхъ важныхъ институтовъ и заключающихся въ нихъ отношеній и такимъ образомъ правильнѣе понимаетъ отношеніе между *сущностью* и *формой*. Такъ какъ нѣмецкій духъ вообще склоненъ болѣе углубляться въ сущность, въ идею, въ самый смыслъ и начало вещей, вслѣд-

---

(237) Sandhaas въ Germanische Abhandlungen 1832, обозначилъ нѣкоторые глубокіе мотивы германскаго права. Онъ точно также думаетъ, ст. 19, что въ нѣмецкомъ вещномъ правѣ заключается идея „не только современнымъ владѣльцамъ, какъ подданнымъ отдѣльнаго государства, но всѣмъ членамъ союза и въ особенности будущему поколѣнію сохранить вещныя условія разумнаго существованія“, и воззрѣніе, „что совершенное невниманіе римскаго права къ живущимъ, или грядущимъ поколѣніямъ, въ пользу настоящаго собственника, есть только вредъ“, при чемъ справедливо заключаетъ, „что нѣмецкое право хотя и ограничиваетъ право отдѣльныхъ лицъ, но отнюдь не уничтожаетъ его, при чемъ самостоятельность индивидуума не менѣе почитается, какъ и интересъ общества.

ствіи чего часто страдаютъ само изложеніе, внѣшнее образованіе и форма, то и въ нѣмецкомъ правѣ сущность предмета понимается болѣе непосредственно. Это выражается уже въ тѣсномъ сближеніи съ естественнымъ и нравственнымъ порядкомъ вещей. Но за то сущность понимается полнѣе во всѣхъ существенныхъ отношеніямъ. Это есть слѣдствіе направленія нѣмецкаго духа понять цѣлое, направленіе, которое выражается во многосторонности и всесторонности пониманія и стремленій. Римское право съ своими, уже самими по себѣ односторонними, основными принципами почти всюду опредѣляетъ отношенія, по ихъ выдающимся сторонамъ, абстрактно рѣзко, съ видимой точностью; но такъ какъ во многихъ случаяхъ эти опредѣленія становятся въ противорѣчіе съ естественнымъ сознаніемъ и чувствомъ, то это право часто прибѣгаетъ къ уклоненіямъ и стремится односторонніе, необходимые, выводы снова привести на истинный путь, посредствомъ исключеній, фальшивыхъ аналогій (quasi-contracti, quasi—delicti) и фикцій. Между тѣмъ нѣмецкое право, вслѣдствіе своей сущности, лучшаго и полнѣйшаго пониманія отношеній, предохраняется отъ такихъ уклоненій, а потому и не нуждается въ такихъ окольныхъ путяхъ. Нѣмецкое право не знаетъ въ семействѣ никакихъ искуственныхъ agnatio и cognatio, отношеній, основанныхъ на принципѣ власти, а потому и не нуждается въ наслѣдственномъ правѣ въ фикціи, какъ bonorum possessio, а также въ фикціи, какъ hereditas quae personae vice fungitur, при непосредственномъ вступленіи наслѣдника во владѣніе наслѣдствомъ; точно также, уже изъ существа человѣческаго общества, нѣмецкое право признаетъ юридическое замѣщеніе одного лица другимъ, а потому и не имѣетъ никакой необходимости вводить относительно договоровъ фикцію, какъ quasi-contracti и т. д. Потому нѣмецкое право должно считать болѣе *естественнымъ* и *прямымъ* правомъ, которое непосредственно понимаетъ вещи и само право опредѣляетъ самими отношеніями. Этимъ объясняется также, что сущность предпочитается *формѣ*, которая вообще разсматривается, какъ второстепенное и подчиненное первой. Но вообще нѣмецкое право нельзя упрекнуть въ недостаткѣ формы. Гдѣ форма составляетъ самое важное, какъ на примѣръ при установленіи извѣстнаго правоваго отношенія, а также для прочности и уясненія его, тамъ нѣмецкое право придерживается ее даже болѣе, нежели римское, хотя собственно формальныхъ различій, заключающихся въ самой вещи, оно не знало. Формальность, даже послѣ принятія римскаго права, не пріобрѣла никакого значенія. Отыскиваніе права не было стѣснено никакою узкою системой исковъ. Уже каноническое право, весьма многое заимствовавшее изъ германскаго духа, смягчило rigor juris civilis, а германскій характеръ, даже и при принятіи римскаго права, не далъ ему никакого значенія. Нѣмецкому праву не достаетъ формальной обработки положеній права и правовыхъ институтовъ; многія положенія его, какъ открыто глубокими изслѣдованіями средневѣковыхъ источниковъ права, остались очти неизмѣнными. Здѣсь римское право оказало германскому уже много пособія, а потому изученіе его, для выработки этого формальнаго смысла, все таки будетъ благотворно.

10) Точно также нѣмецкое право, сообразно существу вещей, практически не выработало никакого абстрактнаго имущественнаго права. Въ римскомъ правѣ выражается въ положеніяхъ имущественнаго пррва, подчиненнаго господству всѣхъ другихъ отношеній, римское корыстолюбіе и эгоизмъ. Германскій духъ, напротивъ, имущество лица подчиняетъ цѣлямъ, которымъ оно служитъ. А потому имущество разсматривается различно, сообразно жизненнымъ положеніемъ лицъ, т. е. сообразно ихъ состоянію и сферѣ дѣятельности. Точно также, въ имущественномъ правѣ, вслѣдствіе тѣсной связи лица съ имуществомъ, нѣмецкое право, какъ уже выше замѣчено, беретъ въ соображеніе и другія личныя и нравственныя отношенія.

11) Наконецъ въ нѣмецкомъ правѣ не выражается абстрактнаго отдѣленія частнаго права отъ публичнаго. Такъ какъ это принятое раздѣленіе только формальное (см. выше стр. 73), не вполнѣ опредѣляющее сущность отношеній, потому что всякое физическое и нравственное лицо, во всѣхъ существенныхъ личныхъ и вещныхъ отношеніяхъ, должно быть разсматриваемо и съ частно и съ публично-правовой стороны, то и въ нѣмецкомъ правѣ понимаются въ своихъ публичныхъ отношеніяхъ отдѣльныя лица, семейства, корпораціи и общины. Римское право, первоначально имѣвшее наклонность къ публичности, вслѣдствіе постояннаго преобладанія частнаго эгоизма, все болѣе и болѣе теряло ее. Нѣмецкое же право, напротивъ, все болѣе и болѣе развивало характеръ публичности. Семейства, сословія, цехи были публично-правовыми институтами. Точно также принципъ публичности пріобрѣтаетъ многостороннее значеніе, относительно поземельной собственности, и является основаніемъ цѣлесообразной гипотечной системы, между тѣмъ какъ римское право, при всѣхъ стремленіяхъ улучшить эту систему, вслѣдствіе непризнанія принципа публичности, не могло достигнуть того. Эту наклонность къ публичности слѣдуетъ сохранить и еще болѣе развить въ частномъ правѣ, такъ какъ участіе публичнаго права въ послѣднемъ можетъ имѣть мѣсто, какъ относительно защиты и ограниченія частнаго права, такъ и относительно уравненія частныхъ и общественныхъ интересовъ.

12) Въ этихъ основныхъ чертахъ выражается то, что называется *«природою вещей»*, которую всего лучше усвоило нѣмецкое право и которая, со времени Рунде, особенно германистами, стала пониматься, какъ руководящій принципъ научнаго метода. Однако это многознаменательное понятіе еще не даетъ путеводной нити. Для того, чтобы придать ему опредѣленный смыслъ, по крайней мѣрѣ въ духѣ нѣмецкаго права, и для того, чтобъ приложить его къ объясненію институтовъ, или отношеній, всѣ вышеозначенные моменты, или черты нѣмецкаго права, должно понять и еще болѣе развить съ точки зрѣнія философіи права.

Изъ этаго краткаго обзора основныхъ началъ характера нѣмецкаго права, открывается его значеніе для *изученія* вообще и для образованія, которое можетъ этимъ путемъ пріобрѣсти истинный юридическій смыслъ. Если нѣмецкое право будетъ разсматриваться не только со стороны его отдѣльныхъ институтовъ, изъ которыхъ многіе уже отжили свой вѣкъ и отвергнуты жизнію, но и со стороны его основныхъ принциповъ, которые могутъ быть усмотрены даже и въ институтахъ, служившихъ помѣхой жизненному развитію, то оно является намъ самымъ естественнымъ правомъ, находящимся въ тѣснѣйшей связи съ истинной философіей права, а вслѣдствіе этаго и самымъ способнымъ пробудить естественный, прямой юридическій смыслъ,—внушить уваженіе къ естественному и нравственному порядку и—распространить убѣжденіе, что право хотя и есть задача человѣческой свободы, но должно соотвѣтствовать объективному божественному порядку жизненныхъ отношеній, которыя должны быть изслѣдованы и мудро установлены. Римское право, хотя и оказало развитію германскаго многія услуги, но вслѣдствіе своего воззрѣнія на право, воззрѣнія, отвлекающагося отъ этическаго жизненнаго порядка и уважающаго только субъектъ и его волю, вообще воспитало только абстрактныя направленія жизни и воли, и, вслѣдствіе эгоизма, который находитъ въ этомъ правѣ лучшее оружіе и который, проникнувъ всѣ поры, заглушилъ лучшій юридическій смыслъ, существенно способствовало чрезъ чуръ индивидуальному разложенію отношеній. Если изучать римское право, безъ основательнаго предварительнаго изученія философіи права, то оно, какъ это и случается съ юношествомъ, дѣлаетъ человѣка окончательно неспособнымъ къ высшему воззрѣнію на право. Напротивъ изученіе нѣмецкаго права, не входя въ разсмотрѣніе массы его историческихъ матеріаловъ, но разсматривая лишь его высшіе, руководящіе принципы, лучшее приложеніе которыхъ еще случится въ будущемъ, можетъ служить отчасти поправкой

римскому и романическому направленію и, въ тѣсной связи съ сродственной ему философіей права, можетъ дать самыя лучшія основныя начала для новаго гражданскаго законодательства Германіи.

Въ этой бѣглой характеристикѣ изложены только важнѣйшія особенности нѣмецкаго права и его существенныя отличія отъ римскаго. Но при сравненіи того и другаго права не слѣдуетъ допускать взгляда, чтобы онѣ были совершенно противоположны, а еще болѣе, при признаніи ихъ сходства, не слѣдуетъ упускать и ихъ различія (238). Римское и нѣмецкое право суть права двухъ родственныхъ, сильныхъ, арійскихъ народовъ, которые въ древнее время имѣли много общаго въ воззрѣніи на право и учрежденія (свободное направленіе, благородная семейная жизнь, наслѣдственное право по закону, преобладаніе публичности въ правѣ и проч). За тѣмъ жизнь римскаго народа, съ начала ограниченная пространствомъ и постепенно распространявшаяся на другія національности, при дальнѣйшемъ развитіи своего быта и права, откинула много устарѣвшихъ и стѣснительныхъ формъ, расширила сферу духа и тѣснѣе соединилась съ нравственными моментами. Но нѣмецкое право стоитъ *ступенью* выше и имѣетъ болѣе достоинства. Оно открывается въ постепенномъ образованіи права и цивилизаціи народа. Подобно тому, какъ главнѣйшія племена народовъ хотя существенно и образуютъ единый человѣческій родъ и имѣютъ одинъ общій физическій и духовный прототипъ, но тѣмъ не менѣе представляютъ постепенный переходъ (отъ длиннолицей, такъ называемой черной расы, къ широколицей т. е. монгольской, и къ овальнолицей т. е. кавказской, см. выше ст. 91), и подобно тому какъ и между народами одной и той же расы замѣтна та же постепенность, которая, въ свою очередь, замѣтна и въ развитіи ихъ жизни; такъ и римское и нѣмецкое право, нося на себѣ отпечатокъ народнаго генія, представляютъ только различныя степени развитія жизни и права. Но, не отвергая величія римскаго народа, можно однако же сказать, что германскій геній одаренъ болѣе богатыми дарами духа и характера и что онъ сочеталъ въ себѣ художественный и научный смыслъ Грековъ съ практическимъ, жизненнымъ направленіемъ Римлянъ, почему божественнымъ Провидѣніемъ ему и была предназначена передовая роль во всемірной исторіи—обновленіе европейской жизни, посредствомъ смѣшенія съ другими народами, а позднѣе ему было предназначено совершить, для собственнаго своего усиленія, процессъ ассимиляціи греческой и римской цивилизаціи. Такъ германскія племена, даже въ своей древней юридической жизни, выразили болѣе объемлющій синтетическій смыслъ, связывающій и соображающій всѣ существенныя отношенія, который, хотя и во многомъ долженъ былъ уступить аналитической точности римскаго разсудка, а позднѣе многому у него поучиться, но тѣмъ не менѣе этотъ смыслъ германскаго народа вообще болѣе расширилъ область юридическаго развитія жизни и обработалъ правовыя отношенія, не уклоняясь отъ истиннаго пути. Существенное различіе между римскимъ и нѣмецкимъ правомъ заключается слѣдовательно не въ рѣзкихъ противоположностяхъ, но только въ *преобладаніи* извѣстныхъ направленій въ нѣмецкомъ правѣ, которыхъ впрочемъ не лишено и римское, такъ

---

(238) На этомъ заблужденіи основано новѣйшее сочиненіе Fr. von Hahn, die materielle Uebereinstimmung der römischen und germanischen Rechtsprincipien 1856, которое, при изложеніи сходства, еще сильнѣе высказало видимое различіе того и другаго права, но не поставило и не разрѣшило существеннаго вопроса: имѣетъ ли это сравненіе цѣлію доказать строгую противоположность, или оно приведено только для того, чтобы найти начало различія. Безъ глубокаго изслѣдованія начала права и его важнѣйшихъ моментовъ никогда нельзя будетъ дойти до правильнаго сравненія и обсужденія принциповъ римскаго и германскаго права. Приведенное сочиненіе Редера, на которое особенно сылается знаменитѣйшій ученый и практикъ W. Bornemann, die Rechtsentwickelung in Deutschland und deren Zukunft 1856., уже прежде высказало по этому поводу существенные намеки.

что онѣ различаются только *отношеніемъ*, *пропорціей* смѣшенія правовыхъ элементовъ, изъ которыхъ создается правовое образованіе жизни. Но эти отношенія или пропорціи вызваны различными внутренними мотивами и направленіями, выражающими совершенно другое воззрѣніе и другую гармонію жизни. Такъ напр. отношеніе частнаго права къ публичному различно; такъ является, богатое по своимъ послѣдствіямъ, различіе въ положеніе наслѣдственнаго права по закону и наслѣдственнаго права по завѣщанію; такъ вѣрность имѣла болѣе глубокое значеніе, нежели bona fides въ римскомъ правѣ. Потому юристъ, при анализѣ различныхъ національныхъ правъ, долженъ поступать какъ и физіологъ, который различаетъ народы и расы по различнымъ *пропорціямъ* развитія (преимущественно головы). Слѣдовательно нѣмецкое право отличается отъ римскаго, не вслѣдствіе случайнаго образованія, но особенными свойствами народнаго генія; и оно смѣшалось съ римскимъ, какъ это подтверждается изслѣдованіями, лишь при существенныхъ измѣненіяхъ послѣдняго. Но такъ какъ нѣмецкая жизнь вообще сдѣлала большіе успѣхи въ преобразованіи и развитіи жизненныхъ и оборотныхъ отношеній, то близко время, когда нѣмецкій народъ, отбросивши состарѣвшіеся институты и отношенія, съ своей, теперь уже готовой, научной силой, проложитъ путь къ составленію единаго національнаго законодательства болѣе счастливо, нежели прежде, и болѣе соотвѣтствующаго требованіямъ жизни.

§ 2. *О необходимости новаго гражданскаго законодательства (кодификаціи)* (239).

Мысль о составленіи національнаго законодательства Германіи принадлежала Лейбницу—этому геніальнѣйшему изъ нѣмецкихъ мыслителей, равно знаменитому и въ области философіи и въ области положительнаго знанія, который вездѣ открылъ новые пути (240). Что несовершилъ самъ *Лейбницъ*, то совершилось

---

(239) Объ этомъ см. *Thibaut* über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, 1814. Противъ него см. *Savigny*, über den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung 1814, а изъ новѣйшихъ писателей (сочиненія которыхъ относятся большей частью къ 1848 г. и которые, особенно *Geib*, *Heimbach* и друг., были за кодификацію) *Sintenis*, Zur Frage von der Civilgesetzbüchern 1853. Въ этомъ сочиненіи, написаномъ по случаю появленія саксонскаго гражданскаго кодекса, отвергается всякая кодификація и указываются противорѣчія новѣйшихъ кодексовъ. Впрочемъ, если самому автору указать на безчисленныя противорѣчія въ его «praktisches gemeines Civilrecht», то про него совершенно справедливо можно сказать, что онъ видитъ въ чужемъ глазу спицу, а въ своемъ не замѣчаетъ даже цѣлаго бревна. Кромѣ того содержащіяся въ его „руководствѣ“ предложенія улучшить, подъ вліяніемъ государственной власти, современное состояніе права и его «die gesetzliche Entscheidung der Controversen», заключая въ себѣ всѣ недостатки законодательства и не представляя никакихъ выгодъ, могутъ считаться, какъ и первое его сочиненіе, истинно заглушающими средствами для науки. За кодификацію см. W. *Bornemann*, «die Rechtsentwickelung in Deutschland und deren Zukunft, mit besonderer Hinsicht auf Preussen» 1856 (также содержащее въ себѣ практическія предложенія).

(240) Сочиненія, касающіяся реформы юриспруденціи см. у Лейбница въ Leibnitii opera omnia, ed. Dutens tom. IV. Corpus juris долженъ былъ имѣть не силу закона, но силу разума, или говоря вмѣстѣ съ французами, силу великаго учителя, t. c. p. 269: fateor optandum esse, ut veterum legum corpus apud nos habeat non vim legis, sed rationis et, ut Galli, loquuntur, magni doctoris, et ex illis aliisque *patrii* etiam juris, *usuque* praesenti, sed inprimis ex evidenti aequitate *novus* quidem *codex* brevis, clarus, sufficiens, auctoritate publica concinnetur. Воздавая весьма часто по хвалу римскому праву (см. выше стр. 228), Лейбницъ незабывалъ также и его недостат

подъ вліяніемъ его же философско-правовыхъ принциповъ, еще болѣе развитыхъ Вольфомъ и другими его послѣдователями. Ни одна изъ философій права не была такъ распространена въ Европѣ и ни одна не была достойнѣе по своему этическому, благородному и германскому духу, какъ философія *Лейбницо-Вольфова*. Эта философія права пріобрѣла такое довѣріе великихъ практиковъ и ученыхъ юристовъ XVIII-го столѣтія, что они, забывая задачу и границы «естественнаго права», разсматривали послѣднее какъ самый обильный источникъ для новаго законодательства. Подъ вліяніемъ этой философіи права были написаны: preussisches Landrecht, œsterreichisches allg. bürg. Gesetzbuch, а также и французское законодательство. Но послѣ сверженія чужеземнаго ига, возникъ между двумя знаменитыми учеными *Тибо* и *Савиньи* извѣстный споръ объ общемъ гражданскомъ законодательствѣ Германіи. Временная побѣда взгляда *Савиньи* (241) была подготовлена обстоятельствами времени, которыя, послѣ броженія политическихъ принциповъ и учрежденій, уступили постепеннему историческому развитію. Замѣчательно то, что знаменитѣйшій основатель исторической школы,—заслуга которой заключается между прочимъ и въ томъ, что она первая надлежащимъ образомъ указала на внутренную связь права съ историческими условіями жизни народа,—при рѣшеніи этаго вопроса, забылъ весьма важное—національность права. Хотя это противорѣчіе и уничтожалось замѣчаніемъ, что римское право принято невнѣшне, но нѣмецкій народъ совершилъ надъ нимъ процессъ ассимиляціи, т. е. сдѣлалъ его правомъ нѣмецкимъ, но тѣмъ не менѣе, у нѣмецкаго народа была отнята всякая способность къ совершенію высшаго процесса ассимиляціи и дальнѣйшая творческая сила, которая постоянно выражается съ яснымъ сознаніемъ въ законодательствѣ. Но высшее Провидѣніе часто заставляетъ индивидуальныя побужденія и воззрѣнія служить совершенно инымъ цѣлямъ. Такъ посредствомъ защиты Савиньи же римскаго права, послѣднее оказало свою несостоятельность для нѣмецкаго законодательства, потому что Германія, посредствомъ кодификаціи, уже предохранила свое право отъ вліянія римскаго. Ибо, около того самаго времени, римское право, послѣ уничтоженія смѣшенія usus modernus, пріобрѣло еще большее одностороннее господство въ наукѣ; изученіе нѣмецкаго права, несмотря на нѣкоторыя замѣчательныя сочиненія (Runde), было все таки пренебрегаемо, къ чему присоединился еще формализмъ кантовой философіи права, овладѣвшій римскимъ правомъ. Убѣдительнымъ доказательствомъ тому можетъ служить Pandectenrecht *Тибо*. Такимъ образомъ романизмъ и формализмъ должны были неоспоримо пріобрѣсти преимущественное значеніе въ кодификаціи. Но вскорѣ сформировалось новое направленіе въ наукѣ, которое открыло лучшія надежды для будущаго. Римское право было болѣе понято въ

ковъ, какъ это и видно изъ его сочиненія Ratio corporis juris reconcinnandi, l. c. tom. IV. p. 235—52 и изъ Epistola ad amicum de naevis et emendatione jurisprudentia rom; l c. p. 230—235.

(241) Но сужденіе *Тибо* о недостаткахъ римскаго права все таки осталось совершенно основательнымъ. Позднѣе, въ "Archiv für civil. Praxis„ Bd. 21. H. 3. онъ говоритъ: "Ясно какъ день, что Юстиніаново право, практически вовсе несоотвѣтствуетъ ни нашему характеру, ни нашимъ потребностямъ„. Родительская власть и супружескія отношенія—достойныя сожалѣнія, жалкая tutela legitima, изуродованная собственность, неимѣющая основанія, ипотечная система, уничтожающая всякую безопасность, наслѣдственное право, полное неестественности, тонкостей и непослѣдовательностей, неподвижное облигаціонное право и вполовину неполныя, или совершенно изуродованныя понятія о владѣніи и давности. Недостатки Юстиніанова права уже замѣчены *Лейбницомъ*, который хотя и удивился проницательности ума классическихъ юристовъ, но жаловался, что они, вслѣдствіе дурныхъ положительныхъ основаній, должны было придти къ дурнымъ результатамъ. Кромѣ того насколько еще все (?) испортили позднѣйшіе Императоры? Дѣйствительно нужно имѣть много терпѣнія, чтобы выслушивать рѣчи педантовъ о величіи (скупыхъ и жесткихъ) Римлянъ и чтобы принимать все, что только выходило изъ этаго народа, за неопровержимую вѣчную истину„.

своей внутренней сущности, черезъ что было яснѣе сознано его отличіе отъ нѣмецкаго, при чемъ послѣднее, со времени *Эйхгорна*, пріобрѣло значеніе и стало пониматься въ своемъ постоянномъ развитіи. Хотя философія права и во многомъ заслуживаетъ упрековъ, въ чемъ собственно должны быть обвинены юристы-романисты, которые, по незнанію высшихъ принциповъ философіи права, сдѣлали естественное право нелѣпымъ экстрактомъ изъ права римскаго. Но философія права, въ другой формѣ, снова явилась въ положительномъ правѣ. Самъ Савиньи, конечно, подъ неоспоримымъ вліяніемъ философіи Шеллинга, воспротивился формалистическому пониманію права, поставивъ на первый планъ органическую сущность и жизнь права, привелъ послѣднее въ тѣсную связь съ жизненными отношеніями и такимъ образомъ доставилъ праву новыя философскія стороны; причемъ Савиньи же, равно какъ и многіе изъ его послѣдователей, при обработкѣ римскаго права, удержали болѣе свободный взглядъ и объяснили многія ограниченія и фикціи римскаго права, какъ несоотвѣтствующія нашей правовой жизни. Но еще болѣе былъ спасенъ лучшій философскій духъ посредствомъ изученія нѣмецкаго права (242) и въ новѣйшее время, почти всѣми мыслящими учеными юристами, снова чувствуется потребность болѣе глубокой философіи права.

Но теперь мы должны спросить, какой былъ практическій результатъ этаго сороколѣтняго прогресса науки права и возвышенія римскаго права, а также на сколько была тѣмъ выяснена и удовлетворена потребность новаго законодательства, или же она сдѣлалась отъ того еще болѣе настоятельной и всеобщей? Было бы совершенно безполезно высказывать по этому поводу теоретическое мнѣніе; словъ было сказано довольно, рѣшеніе же зависитъ только отъ фактовъ. Состояніе практическаго права, статистика противорѣчій во всѣхъ государствахъ общаго права, являются непреложнымъ свидѣтельствомъ того, что первая формальная потребность прочности права, которая относительно многихъ вопросовъ еще беретъ перевѣсъ надъ значеніемъ матеріально-правовыхъ опредѣленій не была удовлетворена вслѣдствіе прогресса науки большимъ соглашеніемъ въ opinio doctorum, какъ думаетъ Савиньи, но вслѣдствіе накопленія противорѣчій, сдѣлалась источникомъ справедливаго недовольства въ Германіи (243), что и заставило въ настоящее время серьезно подумать объ устраненіи этаго зла. Конечно нѣкоторымъ ученымъ еще снится, что все спасеніе заключается въ гражданской наукѣ, но уже многія правительства ясно сознали необходимость исправить запутанность права и распорядились о составленіи проэктовъ для гражданскаго законодательства (Гессенъ, Саксонія, Баварія) (244), точно также какъ и дальновидные романисты видятъ приближающимся время уничтоженія значенія римскаго права, какъ права законодательнаго. Въ настоящее время для всѣхъ, сохранившихъ независимое жизненное воззрѣніе на право, вопросъ уже болѣе незаключается въ томъ, *нужно ли*, но въ томъ *какимъ образомъ*. Конечно здѣсь встрѣтится не мало трудностей, заключающихся частью въ томъ, что еще не надлежащимъ образомъ и не ясно опредѣлены римское и нѣмецкое право со стороны ихъ основныхъ принциповъ, институтовъ и метода, частью также и въ

---

(242) Тѣсное сродство нѣмецкаго права и философіи права много разъ указалъ *Löher*, ib.

(243) Многіе доводы приводитъ также *Nöllner*, «die deutschen Juristen u. s. w. 1854. Это сочиненіе представляетъ, хотя и поверхностную, но сильную апологію противъ нѣмецко-романской науки права и противъ всѣхъ, которые, во имя своихъ римскихъ воззрѣній, противятся всякой кодификаціи. Это сочиненіе, выставляя жалкое состояніе права въ Германіи, тѣмъ фактомъ, что оно въ короткій срокъ пережило два изданія, нѣкоторымъ образомъ выражаетъ направленіе нашего времени.

(244) Срав. также *Arndts* въ «Krit. Ueberschau u. s. w. Bd. I» и появившіяся о саксонскомъ законодательствѣ сочиненія: *Wächter'a*, *Unger'a*, *Beschorner'a*, и друг.

пренебреженіи изученіемъ болѣе глубокой философіи права, безъ которой невозможно съ надлежащею точностію опредѣлить важнѣйшія основныя положенія и институты права (245). Относительно началъ и разграниченія кажется будетъ весьма справедливымъ общій взглядъ, что между прусскимъ земскимъ правомъ,— которое сдѣлалось уже черезъ чуръ учебникомъ, —и австрійскимъ законодательствомъ, слишкомъ краткимъ, относительно многихъ важныхъ вопросовъ, слѣдуетъ искать средины, которая впрочемъ должна болѣе приближаться къ послѣднему. Но къ сожалѣнію, кажется, слѣдуетъ надѣяться, что прежде появленія общаго гражданскаго германскаго законодательства, появятся законодательства въ отдѣльныхъ государствахъ и такимъ образомъ возникнутъ многія области частнаго права, сообразно нѣмецкому духу партикуляризаціи. Конечно этимъ путемъ наука и практика не разъ будутъ приведены къ плачевному состоянію, но его слѣдуетъ разсматривать какъ начало лучшаго будущаго и надѣяться, что къ нѣкоторымъ отдѣльнымъ государствамъ примкнутъ впослѣдствіи другія и что этотъ союзъ, подобно нѣмецкому таможенному союзу, будетъ постоянно все болѣе и болѣе увеличиваться и что наконецъ недалеко то время, когда всѣ онѣ соединятся въ одно цѣлое. Но прежде всего слѣдуетъ выдѣлить изъ общаго частнаго права отдѣль-

---

(245) Современное положеніе дѣлъ и потребности настоящаго времени, съ практической точки зрѣнія, изложилъ *Seufert*, равно знаменитый и какъ ученый и какъ членъ главнаго суда (въ Мюнхенѣ) и какъ писатель, въ приложеніи къ A. A. Zeitung vom 11 Jul. 1853. Мы приведемъ изъ этой статьи нѣкоторыя мѣста. „Съ тѣхъ поръ, какъ сказалъ Савиньи свое слово прошло тридцать девять лѣтъ. Этаго времени было достаточно, чтобы осмотрѣться и приступить къ рѣшенію вопроса: "сдѣлалась ли съ 1814 г. наша теорія болѣе практической и наша практика болѣе научной, нежели какими онѣ были прежде?„ Затѣмъ Зейфертъ, замѣтя, что почти три четверти ученыхъ сочиненій послѣднихъ 50 лѣтъ, касавшихся этаго вопроса, весьма мало отличаются серьезной и спеціальной обработкой, въ остальной же четверти сочиненій, гдѣ было дѣйствительно вліяніе новой науки и метода, рѣшеній этаго вопроса было весьма мало,—продолжаетъ: "особенно неисполнилась надежда, что значительная часть существующихъ противорѣчій въ правѣ будетъ разрѣшена стараніями преуспѣвающей науки и именно посредствомъ успѣха историческаго метода; точно также весьма мало оказалось правильнымъ увѣреніе *Савиньи*, "что у насъ, въ большей части случаевъ это мнѣніе уже давно принято, какъ совершенно утвержденное.„—"Но "Archiv„ показываетъ раз образіе рѣшеній только относительно общаго права: если же в глянуть на рѣшенія, опирающіяся на опредѣленія партикулярнаго права, то недостатки современнаго состоянія гражданскаго права Германіи являются еще въ большемъ количествѣ. Общее зло, происходящее отъ разнообразія существующихъ нормъ гражданскаго права, все болѣе и болѣе увеличивается, съ каждымъ упрощеніемъ личныхъ и вещныхъ оборотныхъ отношеній, съ каждымъ споспѣшествованіемъ матеріальнымъ интересамъ, обнимающимъ многія области законодательства, и съ каждымъ увеличеніемъ договорныхъ и семейныхъ отношеній между подданными различныхъ государствъ. Какой необыкновенный успѣхъ и прогрессъ во всѣхъ этихъ отношеніяхъ, если сравнить время настоящее съ тѣмъ, когда Савиньи писалъ свое сочиненіе "über den Beruf u. s. w.„ Точно также кажется еще нельзя ожидать, чтобы Civilrechtsverein, обнимающій Австрію и Пруссію, или только послѣднюю, былъ въ состояніи составить новый гражданскій кодексъ для Германіи. Съ другой стороны въ странахъ, гдѣ дѣйствуетъ общее право, пришли къ убѣжденію, что слѣдуетъ отказаться отъ надежды, чтобы право достигло хотя приблизительно удовлетворительнаго состоянія и что необходимую помощь можно получить лишь составленіемъ полнаго гражданскаго кодекса. Если бы можно было предположить, что при этомъ ограничатся составленіемъ нѣсколькихъ отдѣльныхъ законодательствъ, какъ въ уголовномъ правѣ и уголовномъ судопроизводствѣ, то, взявъ во вниманіе, что это послужило бы лишь препятствіемъ къ позднѣйшему объединенію законодательства, мы имѣли бы основаніе отсовѣтовать немедленный приступъ къ дѣлу и присовѣтовать скорѣе для ближайшаго будущаго частныя реформы и разрѣшенія противорѣчій (что совѣтовалъ также и *Савиньи*). Но мы охотно склоняемся къ мысли, недавно высказанной на этихъ листкахъ: *дѣло*, вызванное общими потребностями и удачно приведенное въ исполненіе въ одномъ изъ государствъ, должно заставить примкнуть къ послѣднему и другія и проложить путь къ гражданско-правовому союзу. Я не могу умолчать о моей прирожденной увѣренности въ добромъ успѣхѣ общеполезныхъ совѣтовъ, и добавлю съ своей стороны: "мужественно беритесь за общеполезное дѣло и съ свѣжими силами стремитесь къ его совершенному выполненію!„

ныя частныя права, касающіяся тѣхъ жизненныхъ отношеній, на которыя римское право имѣло мало вліянія и которыя, бывъ еще болѣе выработаны новой оборотной жизнью, всего настоятельнѣе требуютъ регулированія посредствомъ общихъ законовъ. Такъ въ настоящее время, во всѣхъ государствахъ союза, существуетъ одно общее вексельное право; затѣмъ необходимо одно общее торговое право, потому что частное промышленное право, заключающее въ себѣ земледѣльческое, горное и проч., и особенно уже болѣе развитое право техническихъ ремеслъ, должно быть прежде всего регулировано нѣкоторыми большими союзами государствъ и таможенными (и промышленными) союзами. Общее нѣмецкое уголовное право еще стоитъ въ далекомъ будущемъ, такъ какъ здѣсь болѣе глубокая этическая философія права, должна еще выяснить основныя понятія и въ особенности опредѣлить, со всѣхъ правовыхъ сторонъ, цѣль наказанія, которую христіанство, гуманность и истинная справедливость, полагаютъ въ исправленіи и которую все полнѣе и полнѣе стремится (конечно еще строго) осуществить пенитенціарная система (стр. 318). Но вообще, всякое новое законодательное право, будь оно общее или партикулярное, должно помогать постоянному практическому развитію права особенно тѣмъ, чтобы вмѣстѣ съ законодательствомъ, покрайней мѣрѣ для разрѣшенія недоразумѣній, были учреждены высшія судебныя мѣста, или общія судебныя палаты, которыя бы имѣли назначеніе и положеніе, подобное римскимъ преторамъ (246).

Такимъ образомъ потребность новаго законодательства, какъ для общаго такъ и для особеннаго частнаго права, несомнѣнна. Силъ для выполненія такой задачи достаточно и кромѣ того онѣ легко могутъ быть собраны и черезъ то сдѣлаться еще болѣе надежными (247).

---

(246) Это средство къ дальнѣйшему развитію, рядомъ съ законодательствомъ, рекомендуетъ въ особенности *Бернеманъ*, ib. Послѣдній считаетъ "долгомъ Пруссіи, какъ государства, гдѣ въ первый разъ совершилось освобожденіе отъ слишкомъ сильнаго вліянія римскаго права, чѣмъ и нарушилась общая правовая связь, стать во главѣ другихъ государствъ при проложеніи пути къ болѣе законченному общему правовому союзу." Пруссія конечно имѣетъ къ этому поводъ въ необходимости измѣненія своего земскаго права; но если бы это дѣло было удачно выполнено въ Баваріи, или Саксоніи, или въ обѣихъ вмѣстѣ, то и это послужило бы вскорѣ основаніемъ большаго единенія.

(247) Какъ на средство такого укрѣпленія силъ, я укажу на повторяющіяся чрезъ извѣстное время собранія нѣмецкихъ ученыхъ юристовъ, убѣжденныхъ въ необходимости кодификаціи. Эти собранія, я предполагаю вызванныя какою-либо государственною властью, должны имѣть своею цѣлью дѣлать критическую оцѣнку дѣла по его содержанію и формѣ.

КНИГА ТРЕТЬЯ.

СИСТЕМА ЧАСТНАГО ПРАВА, ВЪ ЕГО ОСНОВНЫХЪ ЧЕРТАХЪ; ФИЛОСОФСКО-ПРАВОВОЕ ОСНОВАНІЕ ПОЛОЖИТЕЛЬНАГО ПРАВА И ПРИМИРЕНІЕ РИМСКАГО И ГЕРМАНСКАГО ПРАВА НАСТОЯЩАГО ВРЕМЕНИ.

ВВЕДЕНІЕ.

ПОНЯТІЕ, ЗАДАЧА, РАЗДѢЛЕНІЕ И МЕТОДЪ.

§ 1. *Понятіе частнаго права и задача предлагаемаго изложенія.*

Отличіе частнаго права отъ публичнаго, въ ихъ понятіяхъ, мы опредѣлили выше (стр. 73 и слѣд.). Частное и публичное право, какъ уже показано, не представляютъ матеріальнаго раздѣленія права, потому что многія стороны права, въ различныхъ направленіяхъ, принадлежатъ къ той и другой области права (1), но составляютъ только два различные рода и направленія осуществленія права. Частное право есть совокупность правовыхъ нормъ, по которымъ отдѣльные члены государства, въ ихъ особенности, могутъ регулировать свои жизненныя отношенія *сами собой* и *для своихъ отдѣльныхъ цѣлей.* Къ частнымъ лицамъ принадлежатъ не только физическіе индивидуумы, но и семейства и общества, потому что онѣ также имѣютъ свое частное право (2). Публичное право, напротивъ, есть совокупность правовыхъ нормъ, которыя обязательны для свободы всѣхъ и по которымъ регулируются *взаимныя отношенія* всѣхъ членовъ общественнаго порядка для достиженія единства и общности въ жизни и цѣ-

---

(1) Потому Blume, въ св. Encyclopädie, u. s. w. Th. 2. S. 1., точнѣе, нежели всѣ другіе положительные юристы, опредѣляетъ частное право, говоря: „частное право не есть только то, что исключительно предоставляется частному лицу, но и то, что относится одинаковымъ образомъ и къ государству и къ частнымъ лицамъ. Этимъ самымъ допускается совмѣстное бытіе многихъ ученій и институтовъ, обнимающихъ собою и ту и другую область права, безъ чего совершенно немыслимо истинное единство всего права". Но Blume думаетъ, „что эти общія основныя положенія не выводятся изъ цѣлаго", но „указываются частнымъ правомъ, какъ болѣе развитою областью нашей науки, при чемъ предполагалтся, что эти основныя положенія уже извѣстны и достаточно доказаны въ правѣ публичномъ". Но наука права нуждается въ общей главной философской части, развивающей общія основанія, что составляетъ главнымъ образомъ задачу философіи права.

(2) О важности частно-правовой стороны общества см. *Reyscher*, въ «Zeitschrift für deutsches R. u. R. W.» XVI. Bd. 1. Heft.

ляхъ (3). Изъ такаго воззрѣнія вытекаетъ истина, вполнѣ согласная съ жизнью, именно, что всякое нравственное и физическое лицо, индивидуумъ, семейство, община, отдѣльныя общества и товарищества, даже само государство, находятся съ одной стороны въ частно-правовыхъ, а съ другой въ публично правовыхъ отношеніяхъ, смотря потому разсматриваются ли они въ ихъ отдѣльности, или во взаимнодѣйствіи всѣхъ частей. По этому всѣ области частнаго права имѣютъ также и публично правовую сторону; онѣ находятся не только подъ защитою публичнаго права, но послѣднее, посредствомъ предписаній, охраняетъ, во всѣхъ областяхъ интересы и цѣли общества, при достиженіи и выполненіи которыхъ всѣ отдѣльные члены, въ свою очередь, принимаютъ извѣстное участіе (4). Школа романистовъ, вслѣдствіе отвлеченнаго характера римскаго частнаго права, стремилась выдѣлить изъ послѣдняго всѣ публичныя отношенія и видѣла въ томъ преимущество римскаго права предъ нѣмецкимъ, въ которомъ обѣ эти области много-различно соединены между собою. Нисколько неотрицая необходимость извѣстнаго разграниченія, какъ въ жизни такъ и въ наукѣ, и сознавая въ томъ отношеніи ошибочность нѣмецкаго права, все таки слѣдуетъ замѣтить, что германскій принципъ есть принципъ болѣе истинный, который только нуждается въ болѣе точной и научной обработкѣ. Возстановить болѣе тѣсную связь между частнымъ правомъ и публичными отношеніями есть существенная потребность нашего времени. Такое сближеніе снова вызоветъ, во всѣхъ областяхъ частной жизни стремленіе къ общности и къ публичной жизни.

2. *Задача* настоящаго изложенія состоитъ въ томъ, чтобы представить частное право только въ его основныхъ чертахъ и въ особенности точнѣе (чѣмъ это было сдѣлано до сихъ поръ) развить основныя понятія всѣхъ важнѣйшихъ частей, обращая также вниманіе на относящіеся къ тому спорные вопросы и такимъ образомъ сдѣлать энциклопедическое введеніе въ частное право. Мы изложимъ предметъ съ трехъ точекъ зрѣнія. Прежде всего каждый важный правовой институтъ будетъ понятъ и и развитъ съ точки зрѣнія *философіи права*, по его внутренней сущности, т. е. по его цѣли, которой онъ имѣетъ назначеніе служить въ человѣческой жизни, такъ что понятіе цѣли, телеологическая идея, посредствомъ философскаго правоваго основанія и опредѣленія, получитъ въ наукѣ права практическое примѣненіе, что до сихъ поръ почти упускалось изъ виду. Но съ *другой* точки зрѣнія философско-правовое развитіе должно быть не только идеальное, но постоянно имѣть въ виду общее положительное право, т. е. римское и нѣмецкое право, къ которымъ, развиваясь, примыкаютъ новѣйшія законо-

---

(3) Не нахожу вѣрнымъ взглядъ *Bluntschli* (s. Kritische Ueberschau u. s. w. 3. Bd. 2. Heft. 1855), который семейство и общину считаетъ переходными и посредствующими институтами между частнымъ и публичнымъ правомъ. Хотя отдѣльное лицо, какъ лицо нравственное, и состоитъ въ публичныхъ отношеніяхъ, но принципъ остается тотже самый и только, сообразно различію лицъ, различно его примѣненіе.

(4) О древнѣйшихъ опредѣленіяхъ частнаго права см. *Unger*, System des österr. allgem. Privatrechts, S. 1. ff, который, какъ и *Thöl*, Einleitung in das P. R. §. 44. опредѣляетъ частное право, какъ: „*совокупность правовыхъ положеній, регулирующихъ правовыя отношенія частныхъ лицъ*, т. е. установляющихъ нормы для такихъ отношеній, въ которыхъ частныя лица являются субъектами имущества и членами семействъ“. Совершенная неудовлетворительность этаго опредѣленія уже явствуетъ изъ нашего изложенія. Противъ такаго опредѣленія см. также *Berger*, kritische Beiträge zur Theorie des österr. allgem. Privatrechts 1856. *Wächter*, Handbuch des Würtemb. Privatrechts 1839, сомнѣвается даже въ возможности установить положительное понятіе частнаго права и опредѣляетъ послѣднее только отрицательно, какъ право, которое не есть право государственное (нетождественное съ публичнымъ S. 120). Такой взглядъ столь знаменитаго юриста представляетъ лишь доказательство, что посредствомъ абстракціи, или совершеннаго отдѣленія обѣихъ областей, положительно невозможно найти опредѣленія, соотвѣтствующаго жизни.

дательства. Но римское и нѣмецкое право не будутъ изложены здѣсь въ ихъ внѣшнемъ единствѣ, какъ они являются въ жизни. Не смотря на все достоинство и заслугу этаго, уже начатаго предпріятія ([5]), дальнѣйшее выполненіе котораго принадлежитъ будущему, оно не соотвѣтствуетъ ограниченному объему нашего сочиненія. Здѣсь будутъ изложены только философско-правовыя, основныя понятія, но не будутъ оцѣнены и сравнены между собою понятія главныхъ частей римскаго и нѣмецкаго права и обозначены воззрѣнія, сдѣлавшіяся господствующими въ практикѣ, или новѣйшихъ законодательствахъ. При этомъ отчасти выяснится, что понятія римскаго и германскаго права суть только виды общаго родоваго понятія, найденнаго философіей права ([6]). Но въ *третьихъ*, посредствомъ философско-правовой оцѣнки основныхъ ученій римскаго и нѣмецкаго права и изложенія понятій, наиболѣе соотвѣтствующихъ жизненнымъ отношеніямъ, будетъ вмѣстѣ съ тѣмъ указано и направленіе, по которому долженъ совершаться прогрессъ науки и законодательства.

Посредствомъ такого приложенія философіи права къ положительному праву, будетъ положено основаніе не только критической, но и создающей *философіи положительнаго права* и философія права, вслѣдствіе болѣе методической обработки и болѣе точнаго установленія понятій, снова пріобрѣтетъ положительное вліяніе на образованіе науки положительнаго права. Это практическое направленіе философіи права должно подготовить новое законодательство, поддержать и развить тотъ лучшій духъ новѣйшихъ кодексовъ, вслѣдствіе котораго, помощью философіи права, они еще и прежде возвысились надъ общимъ правомъ. Этимъ самымъ возстановится связь философіи права съ лучшими преданіями, связь, только отчасти уничтоженная формальнымъ естественнымъ правомъ, въ которомъ абстрактно разсматривалось только римское право. Уже раньше практическое направленіе философіи права удержало и отклонило германскій и вообще современный духъ отъ многихъ узкихъ римскихъ воззрѣній на право; въ настоящее же время оно должно охранять германское право, получающее все болѣе и болѣе научное значеніе, и новѣйшіе кодексы отъ не совсѣмъ еще минувшей опасности снова впасть въ романизмъ, и всѣми силами должно способствовать къ совершенному устраненію римскаго права, какъ права дѣйствующаго и наконецъ содѣйствовать основанію истиннаго общаго права.

§ 2. *Раздѣленіе системы частнаго права.*

Система частнаго права распадается на общую и особенную части ([7]). *Общая часть* (которую не слѣдуетъ смѣшивать съ общимъ частнымъ правомъ)

---

(5) Я вполнѣ цѣню достойную попытку, впрочемъ лишенную философско-правовыхъ основаній, которую на основаніи прежнихъ воззрѣній Росгирта и Шмидта, сдѣлалъ *Blume* въ св. Encyclopaedie der in Deutschland geltenden Rechte (3 Bde. 1847—55) и которую Варнкёнигъ оцѣнилъ не по достоинству.

(6) Этого требуетъ *Ihering* въ Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 1856, Heft 1, гдѣ онъ говоритъ: «родовое понятіе облигаціи, которое выставляетъ романистъ (?), прежде всего должно быть на столько обширнымъ, чтобы совмѣстить въ себѣ оба вида облигаціи римскаго и нѣмецкаго права и только послѣ развитія родоваго понятія романистъ можетъ обратиться къ видовому, которое исключительно относится къ первому. При настоящемъ состояніи науки, послѣдняя имѣетъ два вида, но не имѣетъ родоваго понятія, двѣ половины, но не цѣлое».

(7) О необходимости общей части см. *Savigny*, System d. h. r. R. 1. Bd. S. 390 u. ff.; *Unger*, ib; *Berger* kritische Beiträge zur Theorie des österr. allgem Pr. R. S. 15. Я думаю, что обзоръ общей части также составляетъ предметъ юридической энциклопедіи, если, какъ это и есть на самомъ дѣлѣ, она представляетъ введеніе въ юридическое образованіе.

имѣетъ задачей разсмотрѣть основныя понятія и главныя составныя части, встрѣчающіяся во всѣхъ правовыхъ отношеніяхъ отдѣльно по ихъ внутренней сущности, кратко въ элементарномъ ученіи изложить элементы, которыми всѣ отношенія, по выраженію Пухты, «какъ бы проникаются духовной атмосферой». Эти элементы суть слѣдующіе: 1) *объективный* принципъ права, который выражается въ частномъ правѣ и въ его основныхъ положеніяхъ и который слѣдуетъ разсматривать: а) *самъ по себѣ* и въ связи съ сродственными этическими положеніями, в) по его *источникамъ*, с) по его примѣненію, которое въ свою очередь слѣдуетъ разсматривать, какъ по духовнымъ средствамъ, въ *истолкованіи* и *пополненіи* основныхъ положеній, такъ и по личнымъ (туземнымъ, чужеземныхъ), временнымъ и пространственнымъ границамъ примѣняемости; 2) *субъектъ* права, или *лица*: физическія и юридическія; 3) предметъ или *объектъ* права, который представляетъ собой вещи (въ тѣсномъ смыслѣ) и дѣйствія; 4) общая связь этихъ трехъ вышеизложенныхъ составныхъ частей между собою, или частное право, какъ субъективное право, по его содержанію, объему и выполненію; 5) происхожденіе и прекращеніе права; 6) *охраненіе* правъ; и 7) *владѣніе*, какъ охраняемое субъективно-правое отношеніе лица къ объекту.

Объ этихъ основныхъ началахъ общей части частнаго права уже говорилось въ общей части энциклопедіи, особенно объ объективномъ принципѣ, потому что развитіе послѣдняго, ученіе объ *источникахъ* и т. п. касается всего права и всѣхъ областей его. Здѣсь будутъ кратко изложены, по отношенію къ частному праву, только общія основныя положенія права.

Особенная часть частнаго права, или *прикладное* частное право снова распадается на *общее частное право* и *особенное*. Первое обнимаетъ собою тѣ правовыя отношенія къ вещамъ, требованіямъ и обязанностямъ, въ которыхъ могутъ находиться *всѣ* лица вообще. Потому это общее частное право заключаетъ въ себѣ: 1) *общее личное право*, или право, касающееся общихъ жизненныхъ отношеній и цѣлей всѣхъ лицъ; 2) *общее вещное право*, или общія возможныя правовыя отношенія и институты, касающіеся вещей; и 3) *общее право требованій и обязанностей*, регулирующее общія правовыя отношенія, въ которыхъ могутъ находиться всѣ лица къ другимъ опредѣленнымъ лицамъ. Послѣднія двѣ части: вещное право и облигаціонное обработываютъ обыкновенно, но весьма ограниченно, какъ одно право, именно какъ имущественное право (см. ниже § 23 и 30).

Особенное частное право обнимаетъ собою съ частно-правовой стороны отдѣльныя *сферы жизни*. Послѣднія бываютъ двоякаго рода: или онѣ обнимаютъ лица во всѣхъ жизненныхъ связяхъ, или только по опредѣленнымъ главнымъ цѣлямъ. Къ сферамъ перваго рода принадлежатъ: *семейство*, гдѣ союзъ есть цѣль самъ по себѣ, и *община*, которая мѣстно соединяетъ семейства и и отдѣльныя лица по всѣмъ общественнымъ связямъ, и которая является не только политически соціальной частью организма государства, но и фокусомъ всѣхъ частно-правовыхъ отношеній (см. выше стр. 69). Жизненныя сферы втораго рода слагаются по главнымъ цѣлямъ человѣческой жизни и обнимаютъ собою, относящееся до выполненія послѣднихъ, право отдѣльныхъ лицъ, обществъ, въ особенности же постоянныхъ сословій; сюда относятся: частное право религіи и религіознаго союза, частное право воспитанія и преподаванія, частное право нравственности и болѣе всѣхъ выработавшееся частное хозяйственное право съ подраздѣленіями по функціямъ производства и оборота: на право *сельскаго хозяйства* и сельскихъ

сословій; право *техническихъ* ремеслъ и ремесленныхъ сословій, *торговое* право и право торговаго сословія.—При отдѣльной обработкѣ отраслей права перваго и втораго рода, онѣ, сообразно своей цѣлостности, должны излагаться съ двухъ главныхъ сторонъ: публично-правовой и частно-правовой. Даже и въ предлагаемомъ изложеніи, не смотря на преобладающій въ немъ частно-правовой характеръ, вслѣдствіе тѣсной связи между той и другой сторонами, нельзя было совершенно не обратить вниманія на публично-правовую сторону различныхъ областей права.

Примѣч. Въ настоящее время еще не существуетъ частнаго права, расчлененнаго по всѣмъ его отраслямъ, а также нѣтъ полнаго общаго частнаго права, и ни одна изъ существенныхъ частей особеннаго частнаго права еще не разработана. Нѣмецкое частное право, какъ оно обработано лучшими германистами, ближе всего представляетъ полную систему, потому что въ немъ, кромѣ общаго частнаго права, обнимающаго общее личное, вещное, облигаціонное, семейное и наслѣдственное право, развито также право отдѣльныхъ сословій, по крайней мѣрѣ сельскихъ. Напротивъ римское jus civile, не смотря на свою обширность, есть самое жалкое частное право. Оно представляетъ собою лишь абстрактное имущественное право, или точнѣе *частное хозяйственное право*, да и то не полное, потому что изъ трехъ областей вещно-имущественнаго хозяйства производства, оборота и потребленія, въ немъ выработаны только нѣкоторыя части вещно-имущественнаго пріобрѣтенія и общаго оборотнаго права. Но это узкое и абстрактное имущественное право выдавали за всеобщее частное право и, увлекаясь при этомъ воззрѣніемъ романистовъ, утверждали, что всякое частное право нашихъ жизненныхъ отношеній есть только имущественное право, изъ котораго слѣдуетъ исключить все то, что не имѣетъ имущественно-правоваго интереса. Естественнымъ слѣдствіемъ такого воззрѣнія было совершенное пренебреженіе личнымъ правомъ вообще, при чемъ обращалось вниманіе только на имущественно-правовую дѣятельность лица, которая опредѣляется различными отношеніями, а въ бракѣ и семействѣ, помимо всѣхъ другихъ важныхъ отношеній, право обнимало только отношенія вещно-имущественныя. Римское корыстолюбіе, имѣвшее въ виду только имущественные интересы, хотѣли сдѣлать образцомъ для нашего времени и науки, которыя, развивъ римскій эгоизмъ еще далѣе, все болѣе и болѣе усвоивали римскія воззрѣнія; но въ окончательномъ примѣненіи послѣднихъ къ существующему лучшему нѣмецкому праву и нѣмецкимъ законодательствамъ, изъ всего этаго вышла только каррикатура. Наука права, примкнувшая къ высшему философско-правовому воззрѣнію обязана предохранить нѣмецкое частное право и новѣйшія законодательства, изъ которыхъ прусское земское право лучше всѣхъ прочихъ регулируетъ существенныя частно-правовыя отношенія и не разсматриваетъ одни только имущественныя права ([8]), отъ возвращенія къ несносному романизму ([9]) и понятіямъ, по которымъ частное право сводится лишь

([8]) Высшій философскій и нѣмецко-правовой характеръ прусскаго земскаго права хорошо очерченъ въ прекрасномъ соч. « Das System des Preussischen Rechts » von *Löher*. 1859.

([9]) Начало такого возвращенія къ романизму, примѣненному къ обработкѣ австрійскаго гражданскаго законодательства, представляетъ къ сожалѣнію *Joseph Unger* въ своемъ замѣчательномъ во многихъ отношеніяхъ сочиненіи « System des Oesterr. algem. Privatrechts; Bd. I. 1856. Чѣмъ болѣе мы желаемъ, чтобы австрійская наука права присоединилась къ наукѣ общаго права (а не одного только римскаго), чрезъ что, какъ слѣдуетъ ожидать, будетъ положено начало позднѣйшему единству гражданскаго права, и чѣмъ мы склоннѣе воздать должное дѣльному, научному стремленію и таланту, тѣмъ болѣе мы чувствуемъ себя обя-

на имущественное. Наука права должна также само имущественное право обработать не только въ общихъ началахъ и абстрактно, но въ зависимости отъ важнѣйшихъ

занными противостать ученому, заблудшемуся въ направленіи, которое само по себѣ хорошо. Оставляя въ сторонѣ вопросы второстепенной важности, слѣдуетъ замѣтить, что Унгеръ не признаетъ нашего правосознанія, которое развивалось подъ вліяніемъ христіанства и гуманной культуры, и благороднымъ, хотя и несовершеннымъ плодомъ котораго было наше законодательство. Въ такую ошибку впалъ Унгеръ вслѣдствіе: 1) изгнанія личнаго права (объ этомъ см. подробнѣе ниже § 20); 2) выдѣленія изъ области права брака и семейныхъ отношеній, за исключеніемъ лишь имущественнаго права ,—что конечно представляетъ результатъ поверхностнаго философско-правоваго воззрѣнія и что разумѣется необходимо повлекло за собою не только отнятіе у государства права регулировать эти отношенія, но и неподчиненіе послѣднихъ церкви, которая, въ *силу* своего права, заявитъ притязаніе на регулированіе этихъ отношеній, какъ *церковно-правовыхъ*, и ни въ какомъ случаѣ не предоставитъ ихъ лишь одной «*нравственности*»; 3) превращенія всего права въ *имущественное право*, превращеніе, достигшее даже большихъ размѣровъ, нежели въ римскомъ правѣ; 4) опроверженія многихъ ученій и правовыхъ институтовъ нашего законодательства, получившихъ свое основаніе изъ нѣмецкаго права и дѣйствительныхъ жизненныхъ отношеній, и опроверженія понятія владѣнія, нѣмецко-правовыхъ понятій общей и раздѣльной собственности, болѣе тѣснаго пониманія юридическихъ лицъ и т. д., — понятій, опередившихъ римскую теорію и выработанныхъ каноническимъ и нѣмецкимъ правомъ и практическими потребностями.

Но хотя опроверженіе такого романистическаго изложенія A. B. G. B. прежде всего должно быть предоставлено ученымъ положительнаго австрійскаго права, тѣмъ не менѣе, въ интересѣ болѣе соотвѣтствующей нашему настоящему складу жизни, высшей обработки науки права въ Австріи, главнымъ основаніемъ которой все таки остается философія права, мы должны ближе разсмотрѣть ложность взглядовъ, высказанныхъ Унгеромъ, относительно философіи права и ея отношенія къ положительному праву. Взгляды эти отчасти подкрѣплены цитатами изъ Гегеля и опроверженіе ихъ тѣмъ болѣе необходимо, что они еще неудовлетворительнѣе, нежели взгляды весьма распространенной въ Австріи школы Канта, противъ которой Унгеръ поднялъ въ Jahrbücher *Schletter'a*, Bd. 1. внѣшнюю, но ни какъ не строго разящую полемику.

Во первыхъ, что касается вообще философско-правовыхъ мнѣній автора, высказанныхъ въ бездоказательныхъ и несвязныхъ положеніяхъ, то уже *Бергеръ*. въ св. « Kritische Beiträge zur Theorie des Oesterr. allg. Privatrechts, 1856 (собственно критика труда Унгера), указалъ на неясность и пустоту такихъ фразъ, какъ: « право есть порядокъ извѣстныхъ жизненныхъ отношеній » (Унгеръ, стр. 210), или «частное право есть власть, принадлежащая лицу надъ лицомъ и вещію » (см. выше стр. 305). Такими положеніями не позволитъ себѣ смутиться ни одинъ изъ приверженцевъ древнѣйшаго естественнаго права; потому что система Канта даетъ ему принципъ права, который, не смотря на всю свою односторонность и абстрактность, имѣетъ болѣе научное основаніе и обладаетъ даже бо́льшей практической примѣнимостью, нежели такія скудныя понятія, какими по бо́льшей части удовлетворялось до сихъ поръ романистическое самодовольство. Но такъ какъ вслѣдствіе научныхъ стремленій Унгера можно надѣяться на то, что онъ и этотъ предметъ подвергнетъ болѣе глубокому изслѣдованію, тѣмъ скорѣе, что теперь болѣе глубокими учеными положительнаго права и для развитія положительнаго права признана потребность въ болѣе основательной философіи права, — то мы укажемъ въ особенности на слѣдующія положенія, — въ которыхъ высказывается вообще весьма распространенный способъ воззрѣнія, — какъ на предметъ, требующій исправленія.

1) Ложно и превратно положеніе, что « всякое право—положительное право », параллелью котораго служитъ положеніе Гегеля: « Все что разумно,—дѣйствительно ». Если вышеприведеннымъ положеніемъ Унгеръ хотѣлъ сказать, что всякое право, для того, чтобы имѣть *силу* въ дѣйствительности, должно быть также и *формально* признано обычаемъ или закономъ, то въ этомъ высказалась та, не надлежащимъ образомъ понятая, истина, что въ общественной жизни имѣютъ высокое значеніе (см. выше стр. 46) и формы въ правѣ, или вообще формальное право, и что отдѣльное лице должно покоряться имъ, если бы даже это и несогласовалось съ его убѣжденіемъ о матеріальномъ правѣ. Если же въ этомъ положеніи, что мы и видимъ у Унгера (S. 4), должно было высказаться отрицаніе существованія « права разума » (Vernunftrecht), то это съ одной стороны точка зрѣнія безсодержательнаго скептицизма, скоропреходящее появленіе которой возможно лишь въ эпохи умственнаго и нравственнаго упадка, съ другой же точка зрѣнія матеріализма, по которой ни что не можетъ существовать, не относясь къ области чувственной дѣйствительности. Но противъ этаго замѣтилъ *Монтескьё*, вслѣдствіе своего болѣе глубокаго историческаго и политическаго воззрѣнія на право и государство: « Разумные индивидуумы могутъ имѣть законы, ими самими созданные,

нравственныхъ и публично-правовыхъ отношеній и въ связи съ народно-хозяйственными цѣлями и сословіями.

но у нихъ будутъ также законы, не ими самими созданные ». — « Утверждать, что нѣтъ права или неправа внѣ того, что повелѣваютъ или запрещаютъ положительные законы, значитъ утверждать, что радіусы не равны до тѣхъ поръ, пока въ дѣйствительности не проведенъ кругъ » (Esprit des lois. Liv. I. chap. I.). Унгеръ пытается ослабить выводы такого чисто положительнаго и матеріалистическаго правоваго воззрѣнія утверждая,

2) что « хотя и нѣтъ права разума, но есть наука требованій, адресуемыхъ разумомъ къ праву ». Этаго не будетъ отрицать ни одинъ философъ права и, какъ выше было замѣчено, не уничтожитъ также различія между идеею и дѣйствительностію и не станетъ слѣдовательно смотрѣть на признанное имъ за право въ идеи, какъ на имѣющее тотчасъ же формальную силу. Но эти идеальныя требованія суть не только нравственныя, но и правовыя требованія. Съ послѣднимъ кажется согласенъ и Унгеръ; потому что

3) онъ высказываетъ слѣдующее положеніе (S 261): « право, на сколько это допускается его основными понятіями (— что это за понятія и откуда они? —), должно осуществлять требованія нравственности »; и потомъ « Вообще прогрессъ состоитъ въ возведеніи (?) нравственнаго закона въ законъ права, въ снабженіи (?) требованій нравственности правовой защитой ». Это воззрѣніе, опять напоминающее теорію Гегеля, имѣетъ связь съ почти общимъ всѣмъ неяснымъ пониманіемъ отношенія между нравственностію и правомъ (моменты котораго я старался основательно развить въ м. Rechts philosophie 1852, S. 192—333), и до тѣхъ поръ, пока не минуютъ этотъ «мысъ Горнъ философіи права», какъ называетъ его Ихерингъ (см. S. 337, Note), не будетъ безопасности въ разработкѣ важнѣйшихъ частей права. Но не смотря на частыя упреки, дѣланные философіи права Краузе, въ недостаточномъ различеніи нравственности и права, что происходитъ отъ непониманія строгихъ, но тонкихъ различій, дѣлаемыхъ ею, я смотрю на такое воззрѣніе Унгера, какъ на теоретически ложное и практически опасное, такъ какъ оно легко приводитъ къ смѣшенію права и морали. Слѣдуетъ только имѣть полный и цѣлостный взглядъ на право, разсматривать его не только съ отрицательной, но и положительной стороны и тогда нравственное и правовое, каждое получитъ свою сферу и не нужно будетъ нравственное ни унижать, ни возвышать до права.

4) Когда наконецъ Унгеръ (S. 4, Note 12) говоритъ, « что философія права, стремящаяся вывести результаты свои изъ изслѣдованія идей, открывающихся въ исторіи человѣчества, относится къ дѣйствующему праву, какъ идеалъ къ дѣйствительности, какъ будущее къ настоящему и высказываетъ требованія, долженствующія осуществиться съ теченіемъ времени », то мы признаемъ себя неспособными понять, какимъ образомъ идеи исторіи, слѣдовательно прошедшаго, могутъ сдѣлаться идеаломъ для будущаго или, переносясь въ юридическую область, какимъ образомъ идеи, выразившіяся въ историческомъ развитіи института собственности, сервитутовъ закладнаго права, наслѣдственнаго права и т. д. могутъ сдѣлаться идеаломъ для образованія этихъ институтовъ въ будущемъ. При всемъ нашемъ уваженіи къ исторіи и опыту, мы держимся того мнѣнія, что для того, чтобы познать идеи, развивающіяся въ исторіи и стать отъ того умнѣе, слѣдуетъ все таки напередъ пріобрѣсти нѣкоторыя разумныя понятія о человѣческой жизни и потому совершенно согласны съ стишками дѣтскаго писателя Шмидта: « Dass dich Erfahrung klüger mache, So denk'erst über eine Sache», и посовѣтуемъ также и другимъ подумать сначала разумно о природѣ права, этическомъ существѣ человѣка и вытекающихъ изъ него жизненныхъ отношеніяхъ, для того, чтобъ имѣть пробный камень и компасъ при плаваніи по историческому морю.

Мы сожалѣемъ, что именно Унгеръ, желавшій создать на прочномъ основаніи науку австрійскаго гражданскаго права, не подвергъ болѣе глубокому изслѣдованію основныя понятія (съ которыхъ бы ему и слѣдовало начать), относительно ихъ происхожденія и сущности, чего мы впрочемъ ожидаемъ отъ его позднѣйшей научной дѣятельности. Въ основаніи же его настоящаго воззрѣнія заключается непониманіе истинной задачи и положенія философіи права въ цѣломъ науки права; это воззрѣніе конечно находится въ связи съ направленіемъ времени, противъ котораго нужно выступить тѣмъ рѣшительнѣе, что непониманіе задачи и значенія науки, которая, правда иногда уклоняясь отъ своей цѣли, все таки должна изслѣдовать и поддерживать начало, одухотворяющее право, легко влечетъ за собою и въ наукѣ права грубѣйшій матеріализмъ, подобный свирѣпствующему въ другихъ наукахъ, и намъ представляется дѣломъ высокой нравственной важности сохраненіе въ духѣ человѣка вѣры въ вѣчный правовой законъ, начертанный самимъ Богомъ во всѣхъ сердцахъ и умахъ человѣческихъ и о которомъ уже Софоклъ, Антиг. ст. 456, выразился столь просто и вѣрно: Не нынѣче лишь или вчера, а вѣчно живетъ это право, и никто не знаетъ, когда оно появилось.

§ 3. *Юридическій методъ* ([10]).

Обновленіе и прогрессъ всѣхъ наукъ всегда обусловливались установленіемъ и дальнѣйшимъ развитіемъ ихъ метода. Великія эпохи философіи связаны съ именами Сократа, Декарта, Лейбница, Канта; естественныя науки своимъ процвѣтаніемъ обязаны Бэкону и его аналитическому опытному методу, развитому этимъ философомъ во всѣхъ направленіяхъ и областяхъ; историческія науки преуспѣли въ послѣднее время лишь вслѣдствіе болѣе широкаго пониманія ихъ задачи и болѣе глубокаго изслѣдованія источниковъ. Наука права, сравнительно съ другими, осталась далеко назади; причина этого заключается въ томъ, что, подобно тому, какъ въ средніе вѣка естественныя науки изучались не изъ живаго источника природы, а изъ сочиненій Аристотеля и его комментаторовъ, право думали найдти осуществленнымъ въ Corpus juris и не обращали вниманія на источникъ жизни, постоянно идущей впередъ съ своими потребностями. Хотя науку положительнаго права и нельзя упрекнуть въ совершенномъ отсутствіи всякаго метода, но несамостоятельность права и науки права не могли произвести и самостоятельнаго метода. Наука римскаго права со временъ глоссаторовъ и наука нѣмецкаго права со времени Конринга хотя и испытали различнаго рода обработки, но потребность истинно-научной обработки была пробуждена лишь новой философіей Лейбница (nova methodus etc.) и Вольфа и еще болѣе философіей Канта. Кантова философія, не смотря на то, что ея формализмъ заявилъ себя преимущественно лишь формальнымъ распорядкомъ матеріи права, весьма способствовала развитію метода и критики римскаго права. Но еще большее вліяніе оказала естественная философія Шеллинга на историческую школу, которая заимствовала у этой философіи свои воззрѣнія на органическое существо и развитіе права и на аналогію послѣдняго съ развитіемъ языка. Философія Гегеля, относительно сущности и метода права, скорѣе спутала, нежели разъяснила понятія; но подъ ея вліяніемъ были предприняты болѣе глубокія философско-историческія изслѣдованія мотивовъ римской жизни и права. Нѣмецкая наука права хотя и сдѣлала значительные успѣхи, но до сихъ поръ еще мало сознала методъ, соотвѣтствующій духу нѣмецкаго права, такъ, что относительно болѣе развитый методъ римскаго права, сглаживая различіе характеровъ того и другаго права, пытался обработывать и нѣмецкое право по началамъ римскаго. Но полный юридическій методъ не можетъ сложиться ни по одному римскому праву, ни по одному германскому, которыя срослись въ нашей жизни между собою и, въ своемъ развитіи слившись во едино, обра-

---

(10) До настоящаго времени юридическій методъ вовсе не составлялъ предмета спеціальныхъ изслѣдованій. Сочиненіе Лейбница «nova methodus discendæ docendaeque jurisprudentiæ», 1667, касается главнымъ образомъ только новаго раздѣленія науки права и указаній на изученіе cum catalog. desideratorum и только въ спеціальной doctrina conditionum, какъ specimen demonstrationum in jure (см. opera stud. Dutens t. IV. p. 29—159) прилагаетъ болѣе глубокій философско-юридическій методъ. Новое сочиненіе «Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts» 1848, von *Reinhold Schmidt* обсуждаетъ болѣе новыя школы философіи права Шеллинга, Гегеля, Краузе, Фриса (послѣдователемъ котораго объявляетъ себя авторъ) и за тѣмъ трактуетъ главнымъ образомъ лишь объ источникахъ права. Вопросъ метода былъ поставленъ надлежащимъ образомъ лишь трудами ученыхъ послѣдняго времени, изъ которыхъ особенно замѣчательны: *Leist* (см. выше стр. 47), *Brinz* (kritische Blätter), *Ihering* (Jahrb. für Dogmatik, 1856) и *Kunze* (Wendepunkt der Rechtswissenschaft, 1856).

зовали право *настоящаго времени*. Подобно тому какъ всякій методъ своимъ исходнымъ пунктомъ долженъ имѣть существо вещи, составляющей предметъ его, методъ юридическій точкой своего отправленія долженъ взять существо права и, волей или неволей, сознательно, или безсознательно, примкнуть къ какому либо философскому пониманію права. Слѣдовательно философія права есть главнѣйшій источникъ метода; она придаетъ послѣднему свойственный ей характеръ и обусловливаетъ степень его правильности и практической приложимости. Такимъ образомъ методъ долженъ идти рука объ руку съ вещью, по отношенію къ которой онъ есть спутникъ, слѣдующій по пятамъ ея (*μετα—οδος*), а потому и долженъ быть различнымъ, сообразно различнымъ родамъ вещей. Вслѣдствіе высшаго единства всѣхъ наукъ и всеобщихъ условій всякаго изслѣдованія и всякой достовѣрности, хотя и существуютъ всеобщіе методы, какъ методъ *аналитическій* и синтетическій (дедукція и конструкція), но въ каждой наукѣ эти методы получаютъ своеобразное примѣненіе. Такъ естественныя науки требуютъ совершенно инаго анализа, нежели психологія, этика и философія права. Потому, кто говоритъ о примѣненіи къ послѣднимъ наукамъ «метода наукъ естественныхъ», тотъ имѣетъ не ясное представленіе о сущности метода и разсматриваетъ всего человѣка, со всѣми его духовными, нравственными и юридическими отношеніями, матеріально, какъ простое существо природы. Кромѣ того сила метода такъ велика, что онъ можетъ увлечь за собою даже и самую вещь. Если обработывать право по методу естественныхъ наукъ, то, чтобы быть послѣдовательнымъ, и самое право слѣдуетъ разсматривать какъ произведеніе природы; если же къ праву будетъ приложенъ романистическій методъ, то наше право снова будетъ раманизировано. Истинный методъ можетъ быть опредѣленъ и развитъ лишь на основаніяхъ этической сущности права.

Такимъ образомъ истинный юридическій методъ, какъ и методъ всякой другой науки, основывается на проведеніи опредѣленныхъ основныхъ понятій, или *категорій*, прежде всего тѣхъ, которыя составляютъ элементы понятія права, т. е. принадлежатъ *собственно* праву, и за тѣмъ тѣхъ, которыя принадлежатъ какъ праву, такъ и *всѣмъ* жизненнымъ наукамъ. Категоріи втораго рода, сообразно существу права, должны быть связаны съ элементами права. Потому ученіе о юридическомъ методѣ существенно есть ученіе о юридическихъ категоріяхъ. Отъ правильности, точности, полноты и правильной связи этихъ категорій зависитъ достоинство и полнота метода. Методъ каждой науки исходнымъ своимъ пунктомъ долженъ имѣть непосредственно принадлежащія ей категоріи, а потому методъ науки права точкой своего отправленія долженъ имѣть составныя части, образующія понятіе права. Эти основные моменты понятія права подробно изложены въ началѣ предлагаемаго сочиненія (см. выше стр. 24—38), здѣсь же мы коснемся ихъ вкратцѣ, лишь по отношенію къ методу.

Мы опредѣлили право вообще, какъ регулированіе, взаимно обусловливающихся жизненныхъ отношеній, вытекающихъ изъ разумнаго и цѣлесообразнаго бытія людей для самихъ себя и другъ для друга.

Въ этомъ опредѣленіи прежде всего выступаютъ *объективная* и *субъективная* сторона права. *Объективное* право является правиломъ, нормой; *субъективно*—оно есть опредѣленная правиломъ дѣятельность воли, или употребленіе свободы, сообразно съ находящимися въ соотношеніи моментами правъ и обязанностей. Такимъ образомъ право есть правило воли, норма свободы.

Разсмотримъ теперь существенные моменты, заключающіеся въ понятіи права.

1) Право есть *регулированіе* жизненныхъ отношеній. Это положеніе, которое вытекаетъ изъ философіи права, объективно-понявшей жизненныя отношенія, въ настоящее время принято многими учеными положительнаго права (см. выше стр. 45, примѣч.); но безъ дальнѣйшаго опредѣленія этаго положенія, оно является лишь общей фразой, мало приносящей пользы относительно изслѣдованія права ([11]), потому что оно прежде всего не дѣлаетъ различія между правомъ и нравственностью, которая точно также регулируетъ жизненныя отношенія, и потому, что это различіе не заключается въ томъ, *что* такое есть это регулированіе, а въ томъ, *какъ* оно должно совершаться. Тѣмъ не менѣе это положеніе поняло право, какъ объективную норму и стоитъ выше прежнихъ воззрѣній, выводившихъ право лишь изъ субъективнаго источника всеобщей или отдѣльной *воли*, или *сознанія*, и разсматривавшихъ его отрѣшенно отъ обязанностей. Вмѣстѣ съ тѣмъ этимъ положеніемъ разрушается столь любимое воззрѣніе новѣйшихъ романистовъ на право, какъ на силу воли, или господство—воззрѣніе, которое не состоятельно болѣе, нежели всякое другое опредѣленіе прежней системы естественнаго права.

2) Право есть регулированіе *жизненныхъ отношеній*. Жизненныя отношенія суть отношенія лицъ другъ къ другу и къ извѣстному предмету, или объекту, который опредѣляется разумной цѣлью и въ свою очередь можетъ состоять изъ вещей, или дѣйствій. Регулированныя отношенія между *лицами* выражаются для ихъ воли въ правахъ и обязанностяхъ и образуютъ *содержаніе* права, которое (т. е. содержаніе) потому должно быть отличаемо отъ *объекта* права. Но жизнь, равно и жизненныя отношенія слагаются вслѣдствіе причинъ и силъ, которыя само право не создаетъ, но только регулируетъ въ ихъ проявленіяхъ. Потому право не есть создающій, но лишь установляющій принципъ и наука права не должна основываться лишь на всеобщемъ принципѣ отношеній, выведеннымъ извѣстнымъ образомъ изъ нея самой, и стремиться произвести право вѣчное для всѣхъ народовъ и отношеній; напротивъ она должна преуспѣвать и развиваться вмѣстѣ съ жизнью, каковой она *есть* и чѣмъ она *стремится* сдѣлаться. Подобно тому какъ жизнь никогда не бываетъ законченной, точно также нѣтъ и законченнаго права и всякое положительное право въ самомъ себѣ (особенно посредствомъ признанія обычнаго права) носитъ возможность дальнѣйшаго преобразованія и развитія. Хотя въ ряду жизненныхъ отношеній и существуютъ постоянныя, *неизмѣняемые* нравственные законы и основныя отношенія людей между собою, какъ бракъ, семейство, собственность, требованіе, но съ теченіемъ времени и эти отношенія терпятъ многоразличныя измѣненія. Только принципъ права, какъ и принципъ жизни съ его основными силами, остается неизмѣннымъ и постояннымъ въ своихъ основныхъ элементахъ; но образованіе, развитіе этаго принципа въ жизни является всюду различнымъ.

Теперь спросимъ касается ли право *всѣхъ*, или только *нѣкоторыхъ* опредѣленныхъ, жизненныхъ отношеній? На этотъ вопросъ еще долго будутъ отвѣчать различно, потому что онъ тѣсно связанъ съ неустановившимся еще вопросомъ объ отношеніи права къ нравственности. Что касается насъ, то мы

---

(11) Тѣмъ не менѣе ученые положительнаго права, которые прежде всего должны бы были стремиться къ точности, не отказываются отъ такого общаго положенія; такъ напр. *Унгеръ*, ib. § 24. *Бергеръ*, указывающій, ib. S. 21, на безсодержательность подобныхъ фразъ, самъ не отрѣшается отъ такого обобщенія понятія.

утверждаемъ, что *всѣ* жизненныя отношенія могутъ регулироваться правомъ, хотя положительное право и представляетъ только главнѣйшіе начатки такого всесторонняго регулированія, добавляя при этомъ, что право регулируетъ только *одну* сторону жизненныхъ отношеній, именно на столько, на сколько послѣднія видимымъ образомъ *обусловливаются*. Такой взглядъ имѣетъ приложеніе даже и тамъ, гдѣ онъ преимущественно могъ бы быть оспариваемъ; мы говоримъ о нравственныхъ обязанностяхъ и добродѣтеляхъ, которые, на сколько они *выражаются* въ дѣйствіяхъ и составляютъ *условіе* жизненныхъ отношеній, могутъ (какъ напр. супружеская любовь и вѣрность, послушаніе дѣтей и т. д.) имѣть свою правовую сторону. Точно также этотъ взглядъ имѣетъ приложеніе и относительно уголовнаго права, гдѣ, при обсужденіи внѣшняго дѣйствія, должны быть взяты во вниманіе и многіе нравственные моменты, которые всегда обусловливаютъ наказуемость всякаго преступленія. Вообще, какъ уже объяснено (см. выше стр. 28), всякое отношеніе имѣетъ столько сторонъ, сколько есть цѣлей человѣческой жизни и вытекающихъ отсюда направленій жизненной дѣятельности. Отсюда вытекаютъ два положенія, весьма важныя въ практическомъ отношеніи. Первое, что всѣ порядки, или сферы человѣческой жизни, сфера религіозная, нравственная, экономическая, науки, искуства и воспитанія, имѣютъ право, соотвѣтствующее ихъ цѣлямъ, которое тамъ, гдѣ оно выработало самостоятельную власть и учрежденія, установляется послѣдними автономически; и второе, что государство, какъ всеобщій правовой порядокъ, должно имѣть верховный надзоръ за тѣмъ, чтобы во *всѣхъ* сферахъ жизни право выполнялось по существующимъ правовымъ нормамъ, установленнымъ или самимъ государствомъ, или автономически, и чтобы государству принадлежалъ *верховный* судъ.

3) Но важнѣйшій *характеристическій* моментъ права составляетъ *условность*, заключающая, какъ уже достаточно было показано (см. выше стр. 16), въ себѣ обѣ стороны и условливающее и условливаемое. Такъ какъ люди, вслѣдствіе ихъ конечности и ограниченности, другъ друга обусловливаютъ и, нуждаясь во взаимномъ пополненіи, должны соединяться въ общества, то эта взаимная условность должна быть ими регулирована и опредѣлена такимъ образомъ, чтобы они, или, (какъ въ бракѣ, семействѣ) выполняли существеннѣйшія жизненныя условія, сообразно *природѣ* существующихъ между ними отношеній, или же, какъ въ нѣкоторыхъ, свободно возникающихъ отношеніяхъ (наприм. въ договорахъ), они должны уговориться, что́ они обязаны исполнить и что́ находятъ нужнымъ получить. Но всякое отношеніе должно быть регулируемо не только по его внутреннимъ условіямъ, но и со стороны всѣхъ другихъ, соприкасающихся съ нимъ отношеній. Такъ вещное право опредѣляетъ условія, при которыхъ мы можемъ пріобрѣтать, потреблять и отчуждать вещи, но при этомъ, со стороны права, должны быть взяты въ соображеніе и условливающія народно-хозяйственныя, а также и нравственныя отношенія. Точно также оборотное и въ особенности договорное право, по отношенію къ выражающимся въ немъ цѣлямъ оборота, должно быть опредѣлено со стороны всѣхъ главныхъ условій. Всѣ эти внѣшнія и внутреннія условія, которыя необходимо брать въ соображеніе при каждомъ отношеніи, составляютъ «природу вещей» и основывающуюся на послѣдней «природу права»; ибо право не есть простое понятіе, но понятіе отношенія (Bezug-Begriff, Relationsbegriff), потому и существенныя отношенія какой либо вещи не составляютъ внѣшней стороны права, но образуютъ его содержаніе. Слѣдовательно,

кто хочетъ «природу вещей» принять руководящимъ принципомъ права, тотъ прежде всего необходимо долженъ изслѣдовать внутреннія и внѣшнія отношенія и условія вещи.

4) Но *принципъ*, по которому регулируются всѣ взаимно обусловливающіяся жизненныя отношенія, есть слагающаяся въ нихъ, ихъ одушевляющая и постоянно образующая *цѣль* человѣческой жизни, которая различнымъ родамъ этой цѣли указываетъ различныя сферы жизненныхъ отношеній. Такимъ образомъ все право, въ высшемъ смыслѣ, относится къ жизненной цѣли, присущей человѣческой природѣ, и не человѣческое чуждо праву. Хотя право и обнимаетъ всю человѣческую жизнь и всѣ жизненныя цѣли со стороны ихъ условности, и регулированіе этой стороны составляетъ ближайшую, непосредственную и тѣснѣйшую цѣль права ([12]), это регулированіе не будетъ правильнымъ и надлежащимъ образомъ выполненнымъ, если, посредствомъ правовыхъ условій, необходимыхъ для достиженія цѣли, оно не будетъ составлять нормы и путеводной нити. Далѣе право касается преимущественно свободной воли и полагаетъ свободѣ извѣстныя границы даже и тамъ, гдѣ оно выставляетъ, какъ законныя нормы, существенныя условія, вытекающія изъ цѣли института (брака, договора и отдѣльныхъ правовыхъ сдѣлокъ). Но хотя право никому не навязываетъ выполненіе той или другой цѣли и только дѣлаетъ для всѣхъ возможнымъ достиженіе всѣхъ человѣческихъ цѣлей, тѣмъ неменѣе въ правовомъ порядкѣ и правовой системѣ всѣ правовые институты и отношенія должны быть опредѣлены сообразно цѣлямъ, имъ присущимъ, что болѣе или менѣе и является въ положительномъ правѣ. Но съ одной стороны до сихъ поръ недоставало яснаго сознанія необходимости пониманія цѣли, а съ другой цѣли не были ясно поняты и надлежащимъ образомъ различены, результатомъ чего было то, что совершенно различныя правовыя сдѣлки были смѣшиваемы между собою. Такъ напр., принимаясь лишь за случайности, сопоставлялись различные роды договоровъ, которые имѣютъ совершенно различныя цѣли и которые слѣдовательно должны бы были имѣть различныя правовыя дѣйствія. Потому эти договоры, зависящіе отъ случая, или счастія, слѣдуетъ раздѣлить на такіе, въ которыхъ, при нравственной и правовой цѣли, вредъ, могущій произойдти изъ случая и обрушающійся на одного, рушится на многихъ и на такіе, гдѣ случай создается вновь и гдѣ совершенно отъ случая зависитъ выгода или невыгода той или другой стороны. Послѣдніе, въ свою очередь, должны быть различаемы, смотря потому, будутъ ли они простыми играми, или такими, которые трудъ замѣняютъ случаемъ и вытекаютъ изъ безнравственной и антиэкономической страсти пріобрѣтенія, и которые, слишкомъ распространившись въ народѣ, весьма пагубны для нравственности и промышленной дѣятельности. Такимъ образомъ пониманіе цѣли, являясь важнымъ уже при опредѣленіи отдѣльныхъ правовыхъ сдѣлокъ, пріобрѣтаетъ еще большее значеніе относительно всякаго рода обществъ (которыя всегда опредѣляются по своимъ цѣлямъ): обществъ съ отдѣльными цѣлями, обществъ, гдѣ общность есть цѣль всей жизни, и, всего болѣе, относительно государства, гдѣ цѣль послѣдняго обнимаетъ всѣ отношенія. Отсюда вытекаетъ, что ученіе о цѣляхъ, которыя представляютъ душу жизненныхъ отношеній, даетъ высшій

---

(12) О необходимости различія непосредственной, прямой и посредственной, косвенной цѣли права, какъ въ частномъ, такъ и въ публичномъ правѣ, (см. выше стр. 63) и мою Rechtsphilosophie. S. 331.

масштабъ для науки права и что юридическая *телеологія* составляетъ существеннѣйшую необходимость для прогресса въ правѣ и методѣ. Но при этомъ понятіи, слѣдуетъ удержаться отъ ложныхъ и ошибочныхъ представленій. Весьма поверхностное, но еще довольно распространенное воззрѣніе относитъ ученіе о цѣляхъ къ *политикѣ права* ([13]). Такой взглядъ образовался, когда цѣли, существованіе которыхъ нельзя было отвергать въ жизни, были изгнаны изъ философіи права, непризнавались въ положительномъ правѣ и когда политика права выражала ученіе о *цѣлесообразности* въ правѣ. Но характеристическій признакъ политики права заключается скорѣе въ *примиреніи* идеальныхъ требованій философскаго права (частнаго, государственнаго и международнаго) съ дѣйствительностью, т. е. съ даннымъ историческимъ и существующимъ состояніемъ права и государства, такъ что политика всегда будетъ ученіемъ о *возможномъ* и *относительно лучшемъ* въ правѣ и государствѣ, сообразно *даннымъ* отношеніямъ, которыхъ, стремясь къ улучшеніямъ, она постоянно должна держаться. Но требованіе цѣлесообразности касается всѣхъ частей науки права и только отношеніе цѣли (ZweckBeziehung) есть нѣчто другое. Въ философіи права цѣль понимается идеально, какъ она вытекаетъ изъ идеальной сущности даннаго отношенія; въ положительномъ правѣ она понимается, какъ она представляется въ дѣйствительности, болѣе или менѣе выражая собой потребности времени; въ политикѣ же права идеальная цѣль принимается за образецъ, уже сдѣлавшагося потребностью, лучшаго опредѣленія и надлежащаго преобразованія извѣстнаго отношенія, или института. Такъ философъ права понимаетъ брачное право, какимъ оно является изъ высшей цѣли брака; между тѣмъ политикъ законодатель, желая преобразовать эту отрасль права и кромѣ того, имѣя въ виду высшую цѣль брака, долженъ еще спросить себя, какія возможны измѣненія, сообразно исторически сложившимся отношеніямъ и существующимъ правамъ. Такимъ образомъ каждое жизненное отношеніе должно вообще разсматриваться *идеально*, какъ оно *должно* быть по его внутренней сущности и цѣли, — *фактически*, какъ оно сложилось въ дѣйствительности и наконецъ насколько его *возможно* улучшить; при чемъ воззрѣніе, полагающее, что право заключается лишь въ регулированіи *фактическихъ* жизненныхъ отношеній, является ошибочнымъ, такъ какъ положительное право регулируетъ и многія, лишь возможныя, жизненныя отношенія. Но юридическая телеологія должна быть далека отъ мысли, что цѣль есть нѣчто внѣшнее въ институтахъ или отношеніяхъ. Цѣль есть только понятая въ идеи внутренная сущность вещи, какъ эта сущность стремится выразиться въ жизни, слѣдовательно цѣль тождественна съ природою или сущностью вещи и есть ея внутренная сила и душа. Точно также и духъ извѣстнаго института можно понять лишь посредствомъ изслѣдованія одушевляющихъ его мотивовъ и его цѣли. Потому цѣль, говоря вмѣстѣ съ Аристотелемъ, есть душа (ἐντελεχὴ),

---

(13) Если *Кунце* «der Wendepunkt der Rechtswissenschaft», 1856, S. 46, думаетъ, что эта юридическая телеологія, которой я добиваюсь, не нова и уже нѣкоторымъ образомъ подчинена доктринѣ, то существуютъ только двѣ философскія теоріи права, которыя придали значеніе необходимости изслѣдованія цѣли въ правѣ, — первая принадлежитъ *Краузе*, вторая *Штаю*, который для выраженія понятія цѣли предпочитаетъ выраженіе «*назначеніе*». Но въ положительной науки права пониманія этой цѣли не существуетъ вовсе. Положительная наука права только тогда обращается къ этой цѣли, когда она своимъ абстрактнымъ воззрѣніемъ приводится въ крайность, этотъ же телеологическій принципъ еще нигдѣ не былъ сознательно проведенъ.

присущее самой вещи, ея внутренное назначеніе, которымъ, при взаимнодѣйствіи всѣхъ отношеній и цѣлей въ каждомъ живомъ организмѣ, вовсе не исключается внѣшнее отношеніе цѣли, какъ цѣли посредствующей, къ другой, какъ къ цѣли конечной. Отсюда вытекаетъ внутренное отношеніе природы и цѣли вещи и становится понятнымъ, почему юридическій методъ, опирающійся на « природу вещей », но не развившій ея по цѣли, сдѣлалъ до сихъ поръ такъ мало успѣха.

Послѣ этаго общаго изложенія необходимости юридической телеологіи, покажемъ вкратцѣ какъ, посредствомъ развитыхъ нами понятія права и цѣли права, могли бы быть правильно уяснены важнѣйшія отношенія, которыя даже и теперь, когда стали доискиваться ихъ разумнаго основанія, являются предметомъ болѣе глубокаго изслѣдованія и многоразличной полемики.

Право (а слѣдовательно и ближайшая цѣль, лежащая въ его сущности), какъ показано, представляетъ нормы условій, которыя даны всесторонней зависимостью людей и которыя необходимы для разумной жизни какъ отдѣльныхъ лицъ, такъ и всѣхъ людей другъ для друга. Отсюда вытекаетъ и становится понятной возможность различныхъ важныхъ отношеній, въ которыхъ одно лицо заступаетъ другое, дѣйствуетъ ручается, соучавствуетъ въ его долговыхъ и исковыхъ отношеніяхъ, что, во всѣхъ этихъ случаяхъ, можетъ совершаться на столько же по произволу, сколько и по необходимости, или вслѣдствіе всеобщаго человѣческо-государственнаго союза, или вслѣдствіе опредѣленныхъ предшествующихъ, или существующихъ отношеній одного лица къ другому. Здѣсь можно замѣтить, что въ этихъ отношеніяхъ отличіе принципа права отъ принципа нравственности является характеристичнымъ, такъ какъ въ области нравственнаго никто не можетъ заступать другаго; потому что нравственныя обязанности и добродѣтели представляютъ всегда абсолютныя заповѣди для *себя самаго* и *самодѣятельности* въ опредѣленномъ *качествѣ воли*, между тѣмъ какъ право, по его относительному и условному характеру, регулируетъ также и внѣшнія отношенія, вызванныя зависимостью людей и ихъ нуждою во взаимномъ пополненіи.

Такимъ образомъ принадлежащія сюда отношенія суть слѣдующія:

a) Въ личномъ и семейственномъ правѣ является, установленное и отправляемое подъ надзоромъ и попеченіемъ государственной совокупности, замѣщеніе (вѣрнѣе—представительство) нуждающихся въ правовой помощи несовершеннолѣтнихъ, или другихъ лицъ въ опекунствѣ и попечительствѣ.

b) Въ облигаціонномъ правѣ особенно выясняются изъ того:

α) Исполненіе правоваго дѣйствія однимъ лицомъ за другое, по порученію (mandatum) или безъ порученія (negotiorum gestio s. m.) въ соотвѣтственномъ отношеніямъ предположеніи, что этотъ другой точно также бы исполнилъ это дѣйствіе и что заступленіе его *будетъ* потому одобрено нравственностью и правомъ. Такое заступленіе одного лица другимъ дозволяется даже и *противъ* воли заступаемаго лица, когда она очевидно неразумна и когда законы, въ видахъ гарантіи самоопредѣленія каждаго лица, предписываютъ для этихъ дѣйствій различныя нормы. *β*) Произвольное выполненіе обязанностей другаго, въ различныхъ формахъ вмѣшательства. *γ*) Непроизвольныя обязанности, гдѣ, вслѣдствіе извѣстныхъ отношеній, въ которыхъ одно лицо находится къ другимъ, оно должно главнымъ или побочнымъ образомъ ручаться за нихъ, какъ напр. отецъ семейства, домовладѣлецъ. *δ*) Круговая порука, гдѣ цѣлая совокупность (какъ напр. община) отвѣчаетъ за обязанности каждаго своего члена. *ε*) Корреальныя и

солидарныя облигаціи, гдѣ изъ единства и совокупности, или самостоятельности основанія облигаціи, является ручательство всѣхъ за каждаго и одного за всѣхъ.

c) Точно также становится понятной изъ правовой цѣли преемственность въ облигаціяхъ. Этотъ столь важный вопросъ римскимъ и германскимъ правомъ разрѣшался совершенно различно. Римское право, давая вѣсъ *субъективной волѣ* и принимая за основаніе, что облигація можетъ существовать только между лицами, которыя ее первоначально заключили, рѣшаетъ этотъ вопросъ такимъ образомъ, что переходитъ не само право требованія, но только право иска о выполненіи облигаціи; напротивъ нѣмецкое право и новыя законодательства допускаютъ переходъ и самаго требованія. При научномъ, возбужденномъ въ новѣйшее время, изслѣдованіи вопроса о томъ, какое изъ этихъ двухъ воззрѣній болѣе правильно, не слѣдуетъ прежде всего забывать, что то и другое относятся лишь къ *имущественнымъ* облигаціямъ и вовсе не касаются, такъ называемыхъ, высшихъ личныхъ требованій. Но и при такихъ имущественныхъ облигаціяхъ совершенно односторонне брать въ соображеніе только личный моментъ воли и не обращать вниманія на предметъ, который имѣетъ *постоянно одинаковую* стоимость въ оборотной жизни, т. е. вслѣдствіи чего цѣль имущественнаго удовлетворенія однимъ лицемъ также хорошо можетъ быть выполнена, какъ и другимъ. Но право должно придать равное значеніе для всѣхъ лицъ этой одинаковой природѣ имущества, а потому и одинаковымъ разсматривалось требованіе, когда третье лице, какъ вѣритель заступаетъ мѣсто уступающаго и когда самъ должникъ не терпитъ отъ того никакого имущественнаго ущерба. Потому изъ политико-экономической имущественной цѣли народа, уступка правильно объясняется, какъ субституція одного вѣрителя за другаго и волю должника должно разсматривать, какъ соотвѣтствующее объективно-разумной цѣли, которая ему выгодна (14). Совершенно инымъ является переводъ долга на другое лицо, при чемъ справедливо требуется и согласіе вѣрителя, такъ какъ цѣль-осуществимость требованія можетъ быть черезъ то затруднена или замедлена, и даже при гипотекарныхъ долгахъ лице новаго должника ни въ какомъ случаѣ не можетъ одинаково приниматься за лице прежняго должника.

d) Наконецъ точно также преемственность и переходъ наслѣдства объясняется не изъ фикціи единства лица наслѣдника съ оставившимъ наслѣдство, но изъ цѣли наслѣдственнаго права, которое по отношенію къ имуществу, позволяетъ заступить мѣсто умершаго лицу, назначенному закономъ, или послѣдней волей покойнаго, при чемъ наслѣднику долженъ быть предоставленъ свободный

---

(14) Съ объясненіемъ, или скорѣе, съ чувственнымъ олицетвореніемъ, которое дѣлаетъ *Windscheid* и которое принимаетъ также *Bluntshli*, я не могу согласиться. Это нельзя сравнить съ *тесемкой*, посредствомъ которой вѣритель держитъ должника и въ случаѣ передачи долга, передаетъ эту тесемку въ руки новаго кредитора. Тесемка имѣетъ два конца и если даже понимать ее какъ только абстрактную, то должникъ, противъ воли вѣрителя, могъ бы также хорошо передать одинъ конецъ ея въ руки третьяго, какъ должника, черезъ что вещное отношеніе можетъ измѣниться и цѣль удовлетворенія, при существованіи новаго должника, можетъ быть совершенно, или отчасти замедлена. Принятіе корреальныхъ облигацій, посредствомъ которыхъ *Kunze* хочетъ объяснить эти отношенія, не можетъ быть здѣсь допущено. Выставляемая *Kunze*, какъ плодотворный принципъ, естественная аналогія *развѣтвленія* первоначальнаго *ствола облигаціи*, остается лишь неудовлетворительнымъ примѣромъ. Облигація сама по себѣ всегда представляетъ идеальное, нечувственное отношеніе, а потому, въ своихъ измѣненіяхъ, должна быть понимаема также идеально.

выборъ отказаться (по германскому праву), или принять (по римскому праву) наслѣдство.

Такимъ образомъ право представляетъ много отношеній, выражающихъ органическое сплетеніе въ человѣческой жизни между лицами и вещами и *совмѣстное другъ для друга бытіе* лицъ, ихъ *замѣщеніе другъ другомъ* и *замѣненіе*, при постоянно остающейся одной и той же имущественной цѣли и стоимости имущества. Изъ этихъ отношеній вексельное право представляетъ самую абстрактную форму. Эти отношенія подвергались юридической обработкѣ въ законодательствахъ и наукѣ, которыя понимали принципъ права лишь субъективно, какъ только функцію воли и которые не обращали вниманія на жизненныя и оборотныя отношенія, дающія этой волѣ объективныя нормы. Но мы выведемъ эти отношенія такъ, какъ этого до сихъ поръ не дѣлалось, именно изъ существа и цѣли права.

Такимъ образомъ вкратцѣ мы объяснили специфическія категоріи, важныя для метода и заключающіяся въ самомъ понятіи права. Но эти категоріи находятся въ связи съ общими основными понятіями, встрѣчающимися во всѣхъ наукахъ и являющимися въ правѣ какъ категоріи вспомогательныя. Эти общія категоріи, — которыя Аристотель эмпирически отыскивалъ въ языкѣ, схоластическая философія остроумно, но совершенно абстрактно превратила въ догму, *Лейбницъ* изслѣдовалъ глубже и хотѣлъ сдѣлать основаніемъ своей всеобщей филологіи, *Кантъ* вывелъ, установилъ и приложилъ ко всѣмъ наукамъ, какъ регулирующій принципъ, *Гегель* разсматривалъ, какъ моменты развитія абсолютнаго, *Краузе* разсмотрѣлъ иначе и привелъ въ систему, которая, по крайнѣй мѣрѣ до сихъ поръ, есть самая полная ([15]), — въ подробномъ ученіи о юридическомъ методѣ точно также должны быть систематически развиты. Здѣсь мы ограничимся изложеніемъ важнѣйшаго, при чемъ постоянно будемъ держаться того, что право есть понятіе жизни и что потому существенные моменты жизни, какъ начало, продолженіе, прекращеніе и проч. встрѣчаются во всѣхъ правовыхъ отношеніяхъ.

Важнѣйшія всеобщія категоріи права и науки права суть слѣдующія:

1) *Единство*. Единство есть то высшее самаго принципа права, въ чемъ выражается съ правовой стороны единство жизни. Это единство должно проникать всю систему права, но его нѣтъ еще до сихъ поръ, ибо въ настоящее время не существуетъ единства принципа для частнаго и публичнаго права, его нѣтъ даже и между отдѣльными институтами частнаго права. Причина этаго заключается въ тѣхъ неудовлетворительныхъ понятіяхъ права, которыя прини-

---

(15) Какъ извѣстно, Кантъ принималъ четыре главныхъ категоріи — *качества, количества, отношенія* и *видоизмѣняемости*, изъ которыхъ каждая имѣетъ по три подчиненныхъ категоріи и изъ которыхъ категорія отношенія является постоянною связью между категоріями качества и количества. Система Гегеля, давая другое положеніе категоріямъ и болѣе точныя опредѣленія, представляетъ только діалектическое развитіе категоріи Канта. Напротивъ система Краузе основывается на совершенно новомъ и коренномъ преобразованіи ученія о категоріяхъ, и является черезъ чуръ высокой для современнаго упадка философіи. *Erdmann*, хотя и отдаетъ преимущество Гегелю, но въ своей «Geschichte der neuern Philosophie», Bd. 3. Abth. 2. 1843. S. 686 u. 862, замѣчаетъ, что только два философа Гегель и Краузе, посредствомъ ихъ системы категорій, снова придали философіи метафизическій характеръ, что «Краузе занимаетъ высокое мѣсто между нѣмецкими философами» и что «за этими двуми философами (уже вслѣдствіе попытки построить систему категорій, даже не соглашаясь съ ней и ея выводами), остается честь, что они извлекли сумму изъ того, что составляло главную задачу прежняго развитія науки».

мали до сихъ поръ, потому что для опредѣленія какого либо правоваго отношенія недостаточно понятія сосуществованія, или понятій власти и владычества. Но наука можетъ существовать только при условіи единства правильно сформулированнаго принципа. На сколько это единство важно въ практическомъ отношеніи видно изъ реформъ, которыя состояли въ томъ, что нѣкоторые отдѣльные институты снова подводились подъ принципъ единства; такъ реформа наслѣдственнаго права по закону, совершенная Юстиніаномъ, основаніемъ которой былъ принятъ принципъ кровнаго родства и, основывающаяся на принципѣ линій, реформа относительно законнаго порядка наслѣдованія, который строго проводитъ и практически достаточно охраняетъ австрійское законодательство. Практическая важность единства принципа подтверждается также основывающейся на принципахъ публичности и спеціальности, новѣйшей реформой нѣмецкой гипотечной системы. Но въ положительномъ правѣ это единство не слѣдуетъ навязывать институтамъ, если они его не имѣютъ, — замѣтить этотъ недостатокъ есть дѣло науки, которая должна проложить путь такой реформѣ. Единство (какъ будетъ показано ниже) не слѣдуетъ смѣшивать съ тождествомъ и соединеніемъ. Посредствомъ единства и цѣлостной въ принципахъ обработки права и его институтовъ достигается также *чистота*, *опрятность* и истинное юридическое изящество въ построеніи системы права. Въ правѣ будетъ видна изящная экономія, если по возможности немногими понятіями опредѣляется многое (если одно понятіе, какъ «одинъ ударъ производитъ тысячу соединеній»). Только вслѣдствіе полнаго признанія единства принципа изрѣченіе Лейбница: «les sciences s'abrègent s'augmentant» можетъ быть примѣнено также и къ праву и «упрощеніе», достигаемое въ новыхъ законодательствахъ ихъ составителями, имѣло свое хорошее основаніе и остается дальнѣйшею задачею науки.

2) *Самобытность* и *самостоятельность*. Такъ какъ право есть наука относительно самостоятельная, то и всѣ его институты и отношенія прежде всего должны быть опредѣлены самостоятельно *сами по себѣ*, по ихъ внутренней сущности и цѣли, при чемъ должно быть исключено все аналогичное и параллельное. Римское право, не находя высшаго общаго основанія для различныхъ отношеній, своими многоразличными понятіями quasi и utilis, исключило эту категорію. Понятіе самостоятельности особенно выступаетъ, какъ существенный признакъ при опредѣленіи многихъ важныхъ отношеній. Такъ собственность есть *самостоятельное*, сервитутъ—*несамостоятельное* право, что составляетъ, при опредѣленіи права, болѣе важный признакъ, нежели несущественная и часто вовсе не встрѣчающаяся цѣлостность власти. Точно также облигаціи дѣлятся на самостоятельныя и несамостоятельныя и, посредствомъ самостоятельности основанія обязательства, солидарныя облигаціи отличаются отъ облигацій корреальныхъ.

3) *Цѣльность*, которую, какъ это часто дѣлаютъ, не слѣдуетъ смѣшивать съ *цѣлостностью*, или *всеобщностью*, представляетъ цѣлое, охватывающее собою объединенное множество, и имѣетъ большое значеніе относительно права. Такимъ образомъ система права есть цѣлое и каждая область права, посредствомъ единства отдѣльныхъ принциповъ, подчиняется цѣлому. Особенно важно въ правѣ понять какъ единое цѣлое всѣ отношенія и всѣ существенные моменты тамъ, гдѣ оно опредѣляется и условливается другимъ и гдѣ недостатки и упущенія существенной составной части всегда влекутъ за собою правовыя дѣйствія. Вслѣдствіе внутренней, неразрывной связи всѣхъ, взаимно поддержи-

вающихся и обусловливающихся частей, право является внутренно разчлененнымъ, *органическимъ* цѣлымъ. Части всякаго цѣлаго суть двоякаго рода — *качественныя*, или части рода и *количественныя*, или части величинъ. Весьма ошибочно, какъ это часто дѣлаютъ, разсматривать только *количественныя* части, потому что во всѣхъ сферахъ жизни и наукахъ есть также и части качественныя. Непризнаніе послѣднихъ въ правѣ влечетъ за собою напр. отрицаніе, такъ назыв., раздѣльной собственности (см. ниже §. 27).

4) *Соединеніе*, связь не слѣдуетъ, какъ уже выше замѣчено, смѣшивать съ единствомъ, какъ напр. communio съ universitas, или соединеніе имуществъ съ единствомъ имуществъ (какъ напр. въ бракѣ см. выше стр. 311, примѣч.). Но единство и соединеніе въ нѣкоторыхъ правовыхъ институтахъ могутъ встрѣчаться въ одно и то же время, такъ что право опредѣляетъ вмѣстѣ и то и другое (какъ напр. въ нѣмецко-правовыхъ товариществахъ).

5) *Основаніе* и *причина*. Мы уже выше (стр. 48) замѣтили существенныя отличія понятія причины отъ понятія основанія. Эти отличія существуютъ фактически признанными въ каждомъ правѣ и только въ языкѣ значенія этихъ понятій являются многоразлично перепутанными между собою. Основаніе права можетъ быть *ближайшимъ* и *отдаленнѣйшимъ* и есть всегда нѣчто объективное, заключающееся въ вещахъ, или вещныхъ отношеніяхъ, какъ онѣ суть *сами по себѣ*, или какъ онѣ установлены; причина же заключается всегда въ различно опредѣляемой волѣ однаго или многихъ лицъ. Вообще основаніе права заключается въ фактическихъ жизненныхъ отношеніяхъ, причина же возникновенія права находится всегда въ сознательныхъ, или безсознательныхъ дѣйствіяхъ воли. Такъ traditio, разсматриваемое какъ очевидное начало, будетъ ближайшимъ основаніемъ перехода владѣнія, между тѣмъ какъ отдаленнѣйшимъ можетъ быть какая либо сдѣлка, обусловливающая владѣніе, какъ напр. купля, дареніе и проч.; причина же есть воля передающаго и принимающаго, которая можетъ быть опредѣляема различно, напр. обманомъ, черезъ что вовсе не происходитъ измѣненіе основанія и послѣдствій перехода владѣнія. Потому основныя положенія объ объективномъ основаніи права и субъективной причинѣ должны быть различаемы между собою (см. ниже §. 16). Точно также въ договорахъ слѣдуетъ различать основаніе права, которое дается посредствомъ вещной цѣли, какъ заемъ, купля и т. д. отъ различно опредѣляющейся воли договаривающихся. Потому самый договоръ, какъ лишь причину возникновенія, слѣдуетъ отличать отъ основанія договора, которое само собою создается во всѣхъ своихъ существенныхъ послѣдствіяхъ.

6) *Содержаніе* (матерія) и *форма*. Важность и различіе той и другой категоріи уже признаны въ правѣ, но еще недостаточно развиты. Такъ напр. въ ученіи о договорахъ часто упускается изъ виду весьма важное дѣленіе договоровъ на формальные и матеріальные (см. ниже §. 41). Содержаніе въ правѣ необходимо понять что́ важно еще и для того, чтобы распознать правовыя формы, соотвѣтствующія матеріи и сохранить ихъ, предупредивъ тѣмъ безформенность, опасную для правоваго состоянія.

7) *Количество*, или величина,—которыя не слѣдуетъ смѣшивать съ совокупностью, всегда опредѣляемою идеально,—хотя и можетъ быть также идеальнымъ, т. е. только представляемымъ, но постоянно выражаетъ внѣшнее отношеніе, опредѣляемое посредствомъ чиселъ. Потому части величинъ слѣдуетъ различать отъ частей рода. Такъ части въ condominium отличаются отъ соб-

ственности нѣмецкаго права, которая дѣлится сообразно направленіямъ правъ. Въ римскомъ правѣ, которое заключаетъ въ себѣ почти только одно имущественное право, принципъ количества является преобладающимъ.

8) *Качество* весьма часто упускалось изъ виду при опредѣленіи важныхъ правовыхъ отношеній и особенно при дѣленіи права. Между тѣмъ какъ всѣ науки знаютъ часть качественную, антропологія—духъ и тѣло, какъ составныя части человѣка, физіологія разсматриваетъ части тѣла, какъ опредѣляемыя посредствомъ качественныхъ функцій, въ правѣ качественное дѣленіе предмета оставили въ сторонѣ и хотѣли придать значеніе лишь дѣленію количественному. Но такъ какъ каждая вещь можетъ имѣть для различныхъ лицъ различныя функціи и въ каждой функціи, или отправленіи остается однимъ *цѣлымъ*, то является качественное дѣленіе, которое есть видъ дѣленія вещи, какъ напр. собственности, по ея функціямъ.

9) *Отношеніе*, или *относительность* (подъ которыми понимается болѣе, нежели сколько понималъ подъ ними Кантъ) составляютъ въ правѣ категоріи первой важности. Такъ какъ право регулируетъ жизненныя отношенія на столько, на сколько онѣ взаимно обусловливаются, то оно само прежде всего есть понятіе отношенія. Но условность есть взаимное опредѣленіе (дѣйствительнаго, или въ намѣреніи) вмѣстѣ существующаго, при чемъ опредѣленіе совершается сообразно необходимой, или свободно-избранной цѣли. Само же опредѣленіе можетъ являться разнообразнымъ. Опредѣленность трехъ составныхъ частей, — лица, вещи и отношенія, можетъ являться или уже существующей, или, по отношенію къ какой либо изъ этихъ трехъ частей, когда ее еще нѣтъ и могущее быть опредѣленнымъ еще неопредѣлено, т. е. еще опредѣляется. Отсюда вытекаютъ весьма важныя отношенія, которыя часто понимались наукой неправильно и которыя разсмотримъ сейчасъ нѣсколько подробнѣе.

а) Опредѣляемая неопредѣленность *лица* можетъ стать на мѣсто правоваго отношенія, если совершающееся опредѣленіе лица дѣлается зависимымъ отъ условій, или предположеній. Потому различаются:

α) Спорный вопросъ о юридической личности hereditas jacens римскаго права, который возникъ лишь потому, что это право, не такъ какъ нѣмецкое, при переходѣ имущества къ наслѣднику, дозволяло послѣднему отказаться отъ наслѣдства лишь до объявленія вступленія во владѣніе наслѣдствомъ, такъ что во время, между смертью лица оставившаго наслѣдство и объявленіемъ наслѣдника, имущество являлось какъ бы безъ субъекта. Для пополненія этаго пробѣла римское право поняло hereditas (quæ personæ vice fungitur) какъ лицо. Но такое олицетвореніе имущества, представляющее фикцію хотя и очень удобную, но вмѣстѣ съ тѣмъ и совершенно противную первымъ основнымъ положеніямъ права, становится совершенно не нужнымъ, если будетъ правильно оцѣненъ моментъ опредѣляемости лица. Оставленное умершимъ имущество всегда остается для лица опредѣленнымъ, даже и для юридическаго лица—государства, которому оно можетъ достаться какъ выморочное. Будетъ ли лице назначено завѣщаніемъ, или закономъ,—это все равно, наслѣдникъ будетъ всегда и, если его нѣтъ, совершенно вѣрно то, что онъ явится. Этотъ совершенно точно опредѣленный наслѣдникъ, уже существующій, или только предполагаемый въ будущемъ, есть лице, субъектъ имущества. Послѣднее, если не поступаетъ къ государству какъ выморочное, то переходитъ въ вѣденіе государственныхъ учрежденій, которыя охраняютъ завѣщаніе, утверждаютъ право наслѣдованія по

закону и являются распорядителями оставшагося имущества, заступая собою лице ближайшаго наслѣдника. Такимъ образомъ, въ идеи, наслѣдованіе непосредственно слѣдуетъ за смертью.

β) Опредѣляемая неопредѣленность лица является подобнымъ же образомъ и относительно учрежденій благотворительности. Не придавая ни какого правоваго значенія неопредѣленнымъ, но всегда опредѣляемымъ лицамъ, здѣсь, точно также, посредствомъ той же фикціи олицетворенія, хотѣли юридическимъ лицемъ сдѣлать цѣль. Но въ этихъ учрежденіяхъ субъектъ есть идеальная совокупность опредѣленныхъ лицъ, частью уже существующихъ, частью могущихъ существовать лишь въ будущемъ, какъ напр. бѣдныхъ, сиротъ, больныхъ и т. д., по отношенію къ которымъ цѣль благотворительности должна быть достигнута. (См. ниже §. 22).

γ) Точно такое же отношеніе является и въ облигаціонномъ правѣ. Когда кто назначаетъ награду за какое нибудь литературное произведеніе, открытіе и т. д., то этимъ онъ прежде всего дѣлаетъ только предложеніе, которымъ сообразно природѣ вещи, предлагающій становится конечно связаннымъ съ другими лицами, вызванными имъ на тотъ или другой трудъ. Но договоръ становится заключеннымъ лишь тогда, когда одинъ, или многіе, фактически, напр. посредствомъ присылки сочиненія, заявили согласіе принять предложеніе, при чемъ предлагающій относительно выполнителей дѣлается должникомъ только тогда, когда ими выполнены предложенныя имъ условія. Въ этихъ случаяхъ весьма не правильно видѣли договоръ съ публикой, или cum incerta persona, такъ какъ въ началѣ договора еще нѣтъ, а есть только предложеніе, которое, особенно если оно письменное, можетъ быть взято назадъ только по прошествіи извѣстнаго времени. Тоже самое можетъ быть при объявленіи о продажѣ вещи, происходитъ ли эта продажа посредствомъ объявленія, или посредствомъ аукціона. — Тоже самое можетъ быть и тогда, когда одна вещь въ одно и тоже время отдается многимъ, — въ этомъ случаѣ она принадлежитъ тому, кто ею первый завладѣлъ.

b) Опредѣляемая неопредѣленность вещи, или *предмета* права не пріобрѣла ни какого вниманія ученыхъ юристовъ, между тѣмъ какъ объектъ представляетъ столь же существенную часть правоваго отношенія, какъ и субъектъ, т. е. лице. Но никто въ томъ не сомнѣвался, что договоръ можетъ быть совершенъ даже и тогда, когда вещь съ нѣкоторыхъ сторонъ должна быть опредѣлена ближе, что можетъ быть сдѣлано, какъ посредствомъ выбора должника, или вѣрителя, такъ и посредствомъ третьяго, или случайнаго происшествія.

c) Опредѣляемая неопредѣленность можетъ, хотя и весьма рѣдко, касаться самаго *правоваго отношенія*. При извѣстныхъ предположеніяхъ можно напр. обѣщать другому или подарить вещь, или продать за опредѣленную цѣну.— Въ вещномъ правѣ одинъ изъ новѣйшихъ писателей (Böcking), только отчасти правильно, трудно опредѣляемое понятіе собственности хочетъ видѣть въ томъ, что она есть сама по себѣ неопредѣленное, но (внѣшне) опредѣляемое господство надъ вещью, между тѣмъ какъ сервитутъ представляетъ собою всегда извѣстнымъ образомъ ограниченную власть надъ чужою вещью.

10) Тѣсно связанныя съ категоріей отношенія категоріи *родовъ бытія*, или его *видовъ*: необходимости, возможности и дѣйствительности и ихъ противоположностей—случайности, невозможности и недѣйствительности, какъ извѣстно, находятъ многоразличное примѣненіе въ правѣ, такъ какъ отражающаяся въ

послѣднемъ жизнь во всѣхъ жизненныхъ отношеніяхъ образуется въ этихъ родахъ бытія, въ которыхъ потому являются также и всѣ главныя и побочныя опредѣленія права.

11) Такъ какъ внѣшнимъ образомъ вся жизнь слагается въ *пространствѣ* и *времени*, то и всѣ правовыя отношенія образуются лишь въ этихъ формахъ бытія. Но время и пространство суть только формы явленій какъ жизни, такъ и правовыхъ отношеній, а потому они ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть разсматриваемы, какъ основаніе послѣднихъ, ни по отношенію къ ихъ возникновенію и продолженію, ни по отношенію къ ихъ прекращенію. Потому основаніемъ давности и завладѣнія посредствомъ ея слѣдуетъ разсматривать не истеченіе времени, но нерадѣніе въ заявленіи извѣстнаго права и доставленіе крѣпости и надежности оборотнымъ отношеніямъ. Но если правовыя отношенія и не образуются *посредствомъ* времени, тѣмъ не менѣе онѣ должны точно опредѣляться по ихъ *существованію* во времени, относительно ихъ возникновенія, продолженія, дѣйствія, вчинанія иска и т. д. Въ совокупномъ пониманіи всѣхъ этихъ моментовъ всякое правовое отношеніе представляетъ высшее *единство*, которое только распадается на различныя направленія, при чемъ послѣднія въ свою очередь также должны опредѣляться правомъ.

12) Наконецъ каждому правовому отношенію слѣдуетъ доставить надлежащее положеніе относительно другихъ сферъ жизни, особенно нравственной, экономической и публично-правовой, и такимъ образомъ придать значеніе принципу *соображенія*, который является слѣдствіемъ сцѣпленія и всесторонней обусловленности всѣхъ жизненныхъ отношеній и который до сихъ поръ пріобрѣлъ самое большее, да и то часто весьма неправильное, примѣненіе въ германскомъ правѣ (см. выше стр. 338). Этотъ принципъ соображенія не есть нѣчто внѣшнее, или чуждое праву, но присуще его существу, какъ принципъ связи и взаимной зависимости, порядка и гармоніи въ жизненныхъ отношеніяхъ. Потому всякое, хоть сколько нибудь развитое, право не можетъ быть совершенно лишено этаго принципа и прогрессъ римскаго права, которое сравнительно болѣе, нежели всякое другое право, пренебрегало этимъ принципомъ, заключался именно въ томъ, что оно обращало все большее и большее вниманіе на нравственныя, экономическія и публично-правовыя отношенія (см. выше стр. 214). Но для такого соображенія, само собой увеличивающагося съ возрастающей прочностью и силою органической связи жизни, слѣдуетъ найдти также практическій и руководящій принципъ, посредствомъ котораго не удовлетворялись бы идеальныя требованія, справедливыя сами по себѣ, но, по своей высотѣ, еще не приложимыя къ жизни. Этотъ практическій принципъ заключается ни въ чемъ другомъ, какъ въ *правахъ* и *развитомъ общественномъ сознаніи*. Потому послѣднему должна быть предоставлена возможность выразиться въ правѣ, изъ чего, при составленіи законодательства, не посредственно вытекаетъ важность признанія обычнаго права, являющагося въ правахъ и необходимость общественнаго участія, соотвѣтствующаго степени нравственнаго развитія.

Въ этихъ основныхъ понятіяхъ, или категоріяхъ, (которыя изложены здѣсь только въ общихъ чертахъ и далеко не подробно), многоразлично соединяющихся между собою и встрѣчающихся въ примѣненіи къ жизненнымъ отноше-

ніямъ, должны заключаться основанія юридическаго метода ([16]). Этотъ методъ, какъ и само право, является выработаннымъ сообразно жизненнымъ отношеніямъ и, такъ какъ послѣднія дѣйствительны и истинны, основываясь на *истинѣ*, исключаетъ, или пытается исключить всякаго рода фикціи, ибо послѣднія, для тогочтобы связать съ собой жизненныя отношенія, заключаются всегда въ принятіи факта, противорѣчащаго дѣйствительности. Многочисленныя фикціи римскаго права объясняются его началомъ и своеобразнымъ развитіемъ. Преторы, неимѣвшіе прямой власти уничтожать законы, когда аналогіи (весьма обширныя) были недостаточны, часто выдумывали факты для того, чтобы установить новыя опредѣленія, какъ уже содержащіяся въ прежнихъ положеніяхъ права (такъ напр. fictio legis Corneliæ, actionis publicianæ и проч.). Ученые юристы поступали точно такимъ же образомъ и, не понявъ глубокаго и прямаго правоваго основанія облигаціонныхъ отношеній, установили въ теоріи облигаціоннаго права quasi-contractus и quasi-delictum. Въ системѣ *современнаго* римскаго права, хотя многія изъ этихъ фикцій подведены подъ извѣстныя дѣленія и подчинены извѣстнымъ понятіямъ, но нѣкоторыя остались еще существующими и выдвинуты еще рѣзче. Критическій духъ настоящаго времени, стремящійся къ истинѣ и глубже понявшій науку римскаго права, объявилъ войну противъ этихъ фикцій и особенно противъ самой нелѣпѣйшей изъ нихъ, такъ наз. юридической личности hereditas jacens ([17]). Но цѣль этой борьбы—изгнаніе изъ права всѣхъ фикцій, будетъ достигнута лишь тогда, когда принципъ права будетъ понятъ со всѣхъ его существенныхъ сторонъ и когда установится безпристрастное и правильное пониманіе самихъ жизненныхъ отношеній. Хотя фикціи въ римскомъ правѣ и были средствами его развитія, но въ настоящее время онѣ представляютъ собою шлагбаумы, посредствомъ которыхъ загражданется путь наукѣ и истинѣ ([18]), потому что всякое юридическое поня-

---

(16) Эти категоріи должны бы быть систематически примѣнены ко всѣмъ главнымъ составнымъ частямъ правовыхъ отношеній—къ лицу, объекту и отношенію; но объемъ предлагаемаго сочиненія не дозволяетъ такой подробности и только ученіе о вещахъ будетъ кратко обработано по этимъ категоріямъ.

(17) Эта фикція особенно была опровергаема *Виндшейдомъ* въ «kritischer Ueberschau» Bd. 1. S. 181 и Кёппеномъ въ его соч: «Die Erbschaft», гдѣ онъ всѣ фикціи вообще обозначаетъ названіемъ юридическихъ «крючковъ». Уже Савиньи, System des heut. röm. R.» Bd. II. § 102, объявилъ себя противъ этой фикціи, Игерингъ же, въ «Jahrbücher für die Dogmatik des Rechts, Bd. I, снова взялъ подъ свою защиту эту «бѣдную, униженную hereditas jacens» въ видѣ юридическаго лица; но она тѣмъ не менѣе въ области права дичь, которую слѣдуетъ подстрѣлить, или по крайней мѣрѣ обуздать правиломъ.

(18) *Кунце*, въ своемъ соч. «die Obligation und die Singularsuccession» u. s. w., 1856, S. 88, въ богатой фантазіей похвальной рѣчи фикціямъ, хотя и назвалъ ихъ «страною духовъ права», однако онѣ суть ни что иное, какъ порожденія науки, ложной въ своихъ высшихъ принципахъ;—порожденія, которыя, подобно блуждающимъ огонькамъ, совращаютъ съ истиннаго пути. Далѣе всѣхъ отъ послѣдняго *Бергеръ*, ib. (S. 81), смотрящій на фикціи, какъ на «идеализацію *юридическаго качества* ради *фактическаго* субстрата, къ которому это юридическое качество не подходитъ», вслѣдствіе чего всѣ юридическія понятія, лица, вещи, даже всѣ понятія языка, какъ служащія идеализаціею чего либо фактическаго, превращаются въ фикціи (см. противъ Бергера *Унгера* въ «Oesterr. Blätter für Litteratur und Kunst, 1856, № 30 и 31).—Не слѣдуетъ также смѣшивать фикцій съ необходимыми въ правѣ *презумціями* или предположеніями, относительно которыхъ Бергеръ, ib., сдѣлалъ нѣсколько хорошихъ замѣчаній; послѣднія въ свою очередь слѣдуетъ различать отъ допускаемыхъ въ наукахъ *гипотезъ*, или предварительныхъ опытныхъ положеній, которыя однако ни коимъ образомъ не должны исключать собою возможность доказательства; фикціи же ни какъ не должны быть терпимы въ наукѣ, такъ какъ они постоянно приводятъ къ болѣе или менѣе тяжкимъ заблужденіямъ. Такъ въ естественныхъ наукахъ принятіе *атомовъ* не гипотеза, а фикція, потому что оно противорѣчитъ понятію и дѣйствител-

тіе непосредственнымъ основаніемъ своимъ должно имѣть извѣстное жизненное отношеніе, какъ оно есть. Послѣдній есть *истинный* путь права, всякій другой путь—есть заблужденіе.

Но юридическій методъ заключаетъ въ себѣ три особенныя функціи, которыя общи и всѣмъ другимъ наукамъ. Эти функціи суть: *анализъ*, *дедукція* и *построеніе*. Анализъ составляетъ въ каждой наукѣ естественное начало; задача его относительно права состоитъ ближе всего въ томъ, чтобы жизненныя отношенія, долженствующія поддерживать правовое опредѣленіе или регулированіе, точно изслѣдовать и расчленить сообразно ихъ внутренной природѣ и всѣмъ условливающимъ отношеніямъ. Но этотъ анализъ предполагаетъ знаніе *вещи* и *предмета*, которое долженъ имѣть ученый вообще, или покрайней мѣрѣ касательно разбираемаго отношенія для того чтобы, съ помощью своего юридическаго разсудка, открыть въ немъ правовую сторону. Такъ напр. для того, чтобы опредѣлить правовой характеръ переводныхъ банковъ, должно имѣть точныя знанія объ отношеніяхъ банковъ вообще и переводныхъ въ особенности, при чемъ (въ дедукціи и построеніи) откроется, что они опредѣляются по юридическому понятію собственности, принадлежащей многимъ въ одно и тоже время ([19]). Но если вещный анализъ сдѣланъ, то должно произвести изслѣдованіе сообразно соотвѣтствующему правовому понятію и здѣсь изъ цѣлаго понятыхъ принциповъ взять или вывести, т. е. *произвести дедукцію* такого, который соотвѣтствуетъ распознаннымъ отношеніямъ. Такъ въ приведенномъ примѣрѣ ближе всего можно бы было обратиться къ юридическому понятію объ обществѣ; но болѣе точное изслѣдованіе приведетъ къ особенному виду общества, которое основывается на общей собственности, и за тѣмъ возникнетъ вопросъ не можетъ ли быть обсуждено это отношеніе единственно лишь по понятію общей собственности, не принимая въ соображеніе понятіе общества. Но когда анализъ сдѣланъ и соотвѣтственное правовое понятіе найдено, тогда начинается построеніе и при томъ такого рода, что открывшееся правовое понятіе, во всѣхъ его специфическихъ составныхъ частяхъ, приводится со всѣми аналитически распознанными отношеніями въ такое согласіе, въ которомъ онѣ представляются цѣлымъ, имѣющимъ одну общую оболочку. Вслѣдствіе этого построеніе получаетъ единство, истинность и законченность. Но въ настоящее время въ наукѣ права еще не существуетъ истиннаго построенія ни для одного изъ главныхъ институтовъ, ни для владѣнія и собственности, ни для сервитутовъ и закладнаго права, ни для облигаціоннаго права и договоровъ. Всѣ эти

ности матеріи и не можетъ быть ни когда доказано, служа вмѣстѣ съ тѣмъ сильнѣйшимъ препятствіемъ къ болѣе глубокому динамическому воззрѣнію на природу и жизнь ея, сильнѣйшимъ оружіемъ матеріализма; она опровергается впрочемъ, по примѣру Лейбница, Канта, Шеллинга и др., также и новѣйшими знаменитыми естествоиспытателями, какъ заблужденіе, мѣшающее дальнѣйшему развитію. То, что Кантъ въ св. Metaphisische Anfangsgründe der Naturwissenschaft, Ausg. (S. 99) 1786, сказалъ объ этой фикціи, а именно: «Абсолютная пустота и абсолютная плотность (атомъ) въ наукѣ о природѣ тоже самое, что слѣпой случай и слѣпая судьба въ метафизической міровой наукѣ т. е. шлагбаумъ для стремящагося къ преобладанію разума, съ тѣмъ чтобы мѣсто послѣдняго замѣщалъ вымыселъ, или чтобы онъ (разумъ) успокоился на подстилкѣ темныхъ качественностей»—можно примѣнить и ко всѣмъ фикціямъ.

(19) *Иеринг*ъ въ Jahrbücher für die Dogmatik des heut. Rechts (S. 44); политико-экономами же признано это гораздо ранѣе; см. *Kudler* «Grundlehren der Volkswirtschaft, Bd. I. § 170», гдѣ онъ замѣчаетъ, что всякій участникъ въ банкѣ, «относительно записанной за нимъ суммы, дѣлается дѣйствительнымъ собственникомъ банковаго имущества».

правовыя понятія еще составляютъ предметъ спора и нуждаются въ истинномъ построеніи, которое не можетъ быть произведено безъ болѣе основательной философіи права и безъ болѣе точнаго пониманія жизненныхъ отношеній. Представить болѣе истинное построеніе основныхъ понятій — есть главная задача нашего сочиненія.

Этотъ полный методъ, правильно проведенный по всѣмъ общимъ и особеннымъ моментамъ даннаго понятія и по его тремъ функціямъ существенно отличается отъ прежнихъ методовъ, которые были односторонни и въ которыхъ недоставало яснаго сознанія руководящихъ принциповъ. Методъ прежняго естественнаго права былъ ошибоченъ потому, что въ немъ недоставало надлежащаго изслѣдованія и соображенія жизненныхъ отношеній, которыя онъ разсматривалъ не по идеѣ, какъ это должно быть, не по даннымъ, добытымъ опытомъ, но всѣ ихъ измѣрялъ по однимъ и тѣмъ же абстрактнымъ понятіямъ. Точно также ошибоченъ методъ современной школы романистовъ съ своимъ далеко не полнымъ понятіемъ права и съ своими недостаточными жизненными категоріями ([20]). Равнымъ образомъ оказываются несостоятельными попытки новѣйшаго времени ввести въ правѣ методъ есественныхъ наукъ. При этихъ попыткахъ не имѣлось въ виду того, что хотя извѣстныя основныя понятія и три существенныя функціи всякаго метода общи всѣмъ методамъ всѣхъ наукъ, вслѣдствіе высшаго единства послѣднихъ, но тѣмъ не менѣе каждая наука имѣетъ свой собственный отличительный методъ, сообразно той области жизни, которой она касается. А потому такъ какъ право не есть произведеніе природы, а этическое понятіе, то къ нему и не можетъ быть примѣненъ методъ естественныхъ наукъ. Хотя германисты точнѣе поняли жизненныя отношенія и, касательно многихъ частей права, уничтожили неудовлетворительное построеніе посредствомъ римскихъ понятій, но самостоятельнаго и вполнѣ законченнаго метода они не представили. Попытка ввести въ науку права методъ Гегелевой философіи, при безпристрастномъ обсужденіи, также должна была оказаться несостоятельной, такъ какъ она основывается на ложной претензіи построенія чисто a priori изъ категорій и на хитромъ искаженіи дѣйствительнаго содержанія, добытаго опытомъ и жизнью, которая, если сама по себѣ изслѣдуется аналитически, должна опредѣляться по категоріямъ. Но еще болѣе несостоятельнымъ оказался аналогизирующій и проводящій параллели методъ естественной философіи Шеллинга, посредствомъ котораго хотя и были

---

(20) *Игерингъ* въ статьѣ «Unsere Aufgabe», помѣщенной въ Jahrbücher für die Dogmatik, отличающейся впрочемъ слишкомъ часто остроумными, и не совсѣмъ удовлетворительными сравненіями, утверждаетъ напротивъ, что въ римскомъ правѣ существуютъ всѣ средства ко всякой юридической конструкціи и считаетъ ошибочнымъ, что развивающіяся оборотныя отношенія могутъ создать нѣчто абсолютно новое, столь же неосновательнымъ, какъ если бы кто повѣрилъ, что въ наше время еще могутъ быть открыты животныя, которыя абсолютно не найдутъ мѣста въ системѣ настоящей науки. Но юриспруденція, не смотря на то, что существуетъ тысячелѣтія, стоитъ ниже относительно новѣйшихъ естественныхъ наукъ, потому что юриспруденція, полагавшая еще недавно право вообще, какъ «міровое право», концентрированнымъ въ Corpus juris, относится отчасти еще къ схоластическимъ временамъ, когда естественныя науки, вмѣсто непосредственнаго изслѣдованія жизни природы, черпали знаніе свое изъ книгъ Аристотеля. Игерингъ вмѣстѣ съ другими стремится опровергнуть эту точку зрѣнія, но, при болѣе точномъ разсмотрѣніи вопроса, найдется, что какъ само римское право такъ и методъ, вытекающій изъ его духа требуетъ существеннаго пополненія.

открыты остроумныя параллели съ жизнью природы, но отношенія нисколько не были опредѣлены по строгимъ юридическимъ понятіямъ ([21]).

Истинный методъ, какъ и само право, долженъ быть развитъ сообразно жизненнымъ отношеніямъ, въ которыхъ отражается не только естественная сторона, но и весь этическій характеръ жизни и цѣль людей и человѣческаго общества.

---

(21) Здѣсь я имѣю въ виду преимущественно попытку Кунце (см. его сочиненіе: «der Wendepunct der Rechtswissenschaft», 1856), ввести въ науку права методъ, сродственный естественной философіи Шеллинга. Точно также какъ и первый его трудъ «Ueber die Obligation и т. д., не смотря на всѣ крайности, свидѣтельствуетъ несомнѣнно объ основательно развитомъ и значительномъ юридическомъ талантѣ, это небольшое сочиненіе содержитъ весьма много глубокихъ мыслей и есть въ сущности попытка обратить серьезное вниманіе на прославленное «Изученіе естественныхъ наукъ и естественнонаучный методъ и придать значеніе въ методѣ лежащему въ основаніи исторической школы и преобладающему въ ней воззрѣнію на право,какъ на «естественный продуктъ» (Naturwuchsigkeit см выше стр. 34). Попытка Кунце впрочемъ врядъ ли найдетъ отголосокъ и сочувствіе и между юристами-естественниками. Заблужденіе должно вообще искать въ точкѣ зрѣнія. Подобно тому, какъ величайшая заслуга Гегеля въ области философіи заключается въ томъ, что онъ, освободивъ мыслящій духъ отъ богатаго, примѣненнаго ко всѣмъ наукамъ аналогизирующаго и параллелизирующаго метода Шеллинга, возвратилъ его къ строгой дисциплинѣ точныхъ опредѣленій понятій категорій точно также я смотрю, какъ на необходимое условіе прогресса въ юридическомъ методѣ, на стремленіе къ точнымъ понятіямъ, обнимающимъ дѣло непосредственно, а не сравнительнымъ образомъ, на стремленіе къ распознанію правовыхъ отношеній по ихъ внутреннимъ основаніямъ, при чемъ юридическая аналогія, хотя на нее не слѣдуетъ смотрѣть, какъ на весьма важную функцію «высшей юриспруденціи», все таки должна предполагать болѣе глубокія основанія права, чрезъ что только они и получатъ вѣрную точку опоры и необходимое ограниченіе.

ОБЩАЯ ЧАСТЬ ЧАСТНАГО ПРАВА.

РАЗВИТІЕ ОБЩИХЪ УЧЕНІЙ О ПРИНЦИПѢ, СУБЪЕКТѢ И ОБЪЕКТѢ ПРАВА; ВОЗНИКНОВЕНІЕ И ПРЕКРАЩЕНІЕ ПРАВА; ОБЪ ОХРАНЕНІИ ПРАВА И О ВЛАДѢНІИ.

ОТДѢЛЪ I.

§ 4. *О важнѣйшихъ основныхъ положеніяхъ и правилахъ, вытекающихъ изъ принципа частнаго права.*

На основаніи изложенныхъ понятій частное право создаетъ свой отличительный характеръ преимущественно изъ момента самоопредѣленія, свободы (автономіи), при чемъ цѣли, присущія жизненнымъ и правовымъ отношеніямъ, подчиняются свободѣ такимъ образомъ, что каждому лицу предоставляется свободной *выборъ* цѣли и правовое средство для выполненія ея. Но частное право также находится въ связи съ цѣлями, какъ и публичное. Такъ, если въ публичномъ правѣ объективная цѣль есть масштабъ и руководящее начало всей общественной дѣятельности, то въ частномъ правѣ, хотя субъекту и предоставленъ свободный выборъ цѣли, но возможныя частно-правовыя цѣли образуютъ для всѣхъ правовыхъ институтовъ, какъ собственность, сервитуты, договоры,— основныя нормы, которые поддерживаются абсолютно повелѣвающими и запрещающими законами. Отсюда открывается до какой степени неудовлетворительно и ошибочно воззрѣніе, разсматривающее частно-правовыя отношенія, какъ только отношенія силы или власти. Власть, происходящая изъ частно-правовыхъ отношеній должна прежде всего подчиняться общимъ основнымъ положеніямъ права, а потомъ правовымъ нормамъ, вытекающимъ изъ особенныхъ правовыхъ институтовъ. Такимъ образомъ частное право предоставляетъ лицу только выборъ цѣлей, которыя сами по себѣ уже обусловлены правовыми нормами; такъ напр. совершенно зависитъ отъ самоопредѣленія и власти лица подвергнуть свое вещное благо мѣнѣ, куплѣ, или отдать его въ наемъ и проч., но коль скоро цѣль выбрана, то лицо подчиняется условіямъ, вытекающимъ изъ природы того или другаго института. Потому частное право также не допускаетъ произвола и подчиняется объективнымъ нормамъ, которыя или сами собою неразрывны съ *природою*, т. е. внутренней *цѣлью* извѣстнаго института, или вытекаютъ изъ необходимости поддержать *органическую связь* права со всѣми существенными

жизненными принципами, съ религіей, нравственностью, народно-хозяйственнымъ благомъ и т. д., или изъ *публично*-правовыхъ интересовъ. Эти нормы составляютъ содержаніе абсолютно позволяющихъ, или запрещающихъ законовъ (см. выше стр. 46—60), между тѣмъ какъ другія, законныя опредѣленія, невытекающія необходимымъ образомъ изъ отношеній, но составляющія сферу свободы и власти лица, являются въ примѣненіи какъ распорядительные или дозволяющіе законы (Dispositiv-oder Permissivgesetze), *пополняющіе случайности*, если сами партіи не подчинились какому либо другому постановленію, такъ что характеръ этихъ законовъ зависитъ отъ того, *полагаются* ли на нихъ сами партіи.

Главнѣйшія нормы частнаго права, вытекающія изъ принципа права, суть слѣдующія:

1) Никакое частное право не можетъ находиться въ противорѣчіи съ объективнымъ правомъ. Все, что не позволяется послѣднимъ (невозможно физически, или юридически), или неподлежитъ обороту, не можетъ быть предметомъ частнаго права.

2) Такъ какъ право выражаетъ всегда отношеніе между лицами (отдѣльными лицами или идеальными нравственными лицами), объектомъ котораго будутъ цѣли человѣческой жизни, то всякое право и всякая обязанность могутъ состоять только между *лицами*. Всѣ исключенія подобнаго рода, выставляемыя, посредствомъ фикцій, законодательствами или наукой, представляютъ лишь доказательство, что вмѣсто того, чтобы глубже изслѣдовать основаніе вещи, — что конечно привело бы къ болѣе широкому пониманію права,—прибѣгаютъ къ болѣе легкому олицетворенію вещей (hereditas jacens), или цѣлей (учрежденій). См. выше стр. 366.

3) Всякое право и правовое отношеніе всегда заключаетъ въ себѣ *право* и *обязанность*. Оба эти понятія находятся въ соотношеніи между собою и составляютъ содержаніе всякаго правоваго отношенія. Хотя и можетъ показаться, что абсолютно-личнымъ, или абсолютно-вещнымъ правамъ лица, имѣющаго права, не противопоставляется лицо, имѣющее обязанности, но эти права не относятся къ извѣстнымъ лицамъ, но *всѣ* лица имѣютъ обязанность не дѣлать того, чтобы нарушало право лица, имѣющаго права. Точно также можетъ показаться, что въ извѣстныхъ отношеніяхъ, какъ въ servitutes praediales и въ вещественныхъ повинностяхъ, право и обязанность являются связанными съ одной и той же вещью, но тѣмъ неменѣе означенные сервитуты и повинности касаются всегда тѣхъ лицъ, которыя владѣютъ вещью ([22]).

4) Всякое правовое отношеніе предполагаетъ *правовой интересъ* для лица, имѣющаго право. Въ чемъ именно заключается этотъ интересъ, научно еще до сихъ поръ точно неопредѣлено. Обыкновенно принимаютъ, что этотъ интересъ есть имущественно-правовой; но вслѣдствіе такаго воззрѣнія право получаетъ непріятное ограниченіе, противное его понятію и цѣли. Для того чтобы правильно разрѣшить этотъ вопросъ, должно взглянуть на предметъ съ болѣе объемлющей точки зрѣнія, а не съ той, которую обыкновенно принимаютъ. Этотъ вопросъ заключаетъ въ себѣ съ одной стороны опредѣленіе того, что есть правовой интересъ вообще, а съ другой опредѣленіе правовыхъ послѣд-

---

(22) Правильный взглядъ хорошо отстаиваетъ *Unger* ib. S. 63.

ствій, которыя связаны съ неосуществленіемъ этаго интереса; потому что хотя нѣчто само по себѣ и можетъ быть правовымъ интересомъ, но осуществленіе его, вслѣдствіе тѣсной связи этаго интереса съ нравственной свободой, которую также должно уважать право, должно быть предоставлено нравственно правовой совѣсти. Правовымъ интересомъ будетъ вообще все то, что является какъ условіе, соотвѣтствующее жизненнымъ отношеніямъ и способствующее осуществленію дозволенной цѣли. Всѣ цѣли религіозныя, чисто нравственныя, научныя, искусства, не менѣе, какъ и цѣли народно-хозяйственныя (экономическія), если онѣ обусловливаются видимыми отношеніями и дѣйствіями, могутъ имѣть правовой интересъ. Но такъ какъ первыя изъ этихъ цѣлей не направляются къ внѣшнему вещному благу, истинный же и высшій интересъ ихъ заключается въ свободной волѣ, то, при неисполненіи ихъ, не допускаются также и чувственное принужденіе и другія внѣшнія правовыя послѣдствія. Если кто даетъ религіозное обѣщаніе и оно принимается церковной властью, то онъ вмѣстѣ съ тѣмъ даетъ также и обѣщаніе юридическое; но для выполненія этого обѣщанія не можетъ быть употреблено никакое внѣшнее правовое принужденіе. Точно также брачный сговоръ, уже по природѣ своей имѣетъ юридическій характеръ, въ извѣстныхъ случаяхъ можетъ быть уничтоженъ просто вслѣдствіе нравственныхъ соображеній, въ другихъ случаяхъ съ неисполненіемъ его можетъ быть связано внѣшнее правонарушеніе, но принужденіе не имѣетъ здѣсь никакого мѣста. Точно также нельзя принудить къ выполненію прежняго призванія то лицо, которое, изъ нравственнаго убѣжденія, избираетъ своимъ призваніемъ какую либо другую цѣль жизни ([23]). Въ извѣстныхъ отношеніяхъ, гдѣ рѣшающимъ является нравственное и религіозное убѣжденіе, свобода должна быть признана по преимуществу и они ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть сдѣланы юридически обязательными посредствомъ договора. Напротивъ, вслѣдствіе правовыхъ интересовъ, правовыя послѣдствія имѣютъ мѣсто всюду, гдѣ только отношеніе, будь оно даже преимущественно нравственнымъ, нарушается дѣяніемъ, которое есть необходимое его условіе. Такъ вѣрность въ бракѣ есть не только нравственная обязанность, но и условіе правоваго отношенія и нарушеніе вѣрности, если оно произведено внѣшнимъ дѣйствіемъ, можетъ, по требованію оскорбленной стороны, быть связано съ правовыми послѣдствіями. Вообще правовыя послѣдствія могутъ быть различнаго рода и совершенно односторонне разумѣть подъ ними только одно выполненіе принужденіемъ. Подобно тому какъ въ публичномъ правѣ (гдѣ правовой интересъ имѣетъ такое же значеніе) разрушеніе отношенія, отрѣшеніе отъ должности и лишеніе правъ могутъ замѣнять наказаніе, точно также и въ частномъ правѣ могутъ быть правовыми послѣдствіями судебное рѣшеніе, которое связывается иногда съ извѣстными потерями имущества, или, въ чисто имущественныхъ отношеніяхъ, непосредственное принужденіе къ выполненію (но непремѣнно посредствомъ судебнаго приговора, или посредствомъ оцѣнки дѣйствій, которыя, по обычному праву, имѣютъ денежную цѣнность). Но само вещное благо является иногда до такой степени тѣсно связаннымъ съ нравственными отношеніями, что оно только отъ послѣднихъ и получаетъ свою цѣнность для извѣстныхъ физическихъ, или

---

(23) Точно также, на основаніи тѣхъ же положеній *Stahl*, Rechtsphilosophie II. S. 408, замѣчаетъ, что напр. пѣвицу, если она желаетъ кинуть свою профессію, нельзя принудить къ выполненію условія, заключеннаго съ ней дирекціей.

юридическихъ лицъ; а потому, при правонарушеніяхъ, касающихся такого блага, должны быть взяты въ соображеніе и нравственныя отношенія, обусловливающія его цѣнность. Такъ напр., въ извѣстныхъ случаяхъ, степень почтительности опредѣляется семейными отношеніями и воровство священныхъ предметовъ наказывается въ уголовномъ правѣ строже, нежели простая кража. Наконецъ нравственный интересъ, посредствомъ неустойки, можетъ быть внѣшне связанъ съ правовымъ, когда напр. кто на случай, если онъ сдѣлаетъ что либо безнравственное, обязывается къ понесенію извѣстнаго имущественнаго ущерба. Такимъ образомъ правовой интересъ долженъ опредѣляться сообразно различнымъ родамъ правовыхъ отношеній и въ зависимости отъ правовыхъ послѣдствій.

5) Во всякомъ объективномъ правѣ, или правовомъ отношеніи, слѣдуетъ отличать права и обязанности — его содержаніе отъ его *предмета* ([24]). Предметъ правъ и обязанностей будетъ всегда *одинъ и тотъ же;* но подобно тому какъ права и обязанности, вмѣстѣ взятыя, представляютъ содержаніе правоваго отношенія, такъ и каждая изъ составныхъ частей получаетъ свое особенное содержаніе. Послѣднее для права (субъективнаго права) создается изъ заключающихся въ немъ отдѣльныхъ *правъ;* содержаніе же обязанности образуется изъ содержащихся въ ней отдѣльныхъ *обязанностей.* Права и обязанности выражаютъ всегда отношеніе субъекта къ предмету, который, если даже заключается въ дѣйствіи, или выполненіи чего либо, не совпадаетъ съ содержаніемъ, потому что въ послѣднемъ съ одной стороны будутъ преобладать по отношенію къ предмету—права, а съ другой обязанности.

6. По отношенію къ содержанію весьма важенъ вопросъ: *дѣлимо* или *недѣлимо* право сообразно праву и обязанности? Подобно тому, какъ объктивное право представляетъ высшее единство правъ и обязанностей, такъ и всякое отдѣльное право, всякое право и обязанность прежде всего представляютъ *единство*, но и могутъ быть внутренно раздѣлены, если отдѣльное право заключаетъ въ себѣ нѣсколько правъ, которыя принадлежатъ многимъ лицамъ такъ, что каждое лицо, отдѣльно взятое, обладаетъ всѣми правами сполна. Такимъ образомъ единство права выражается въ однородности всѣхъ частей его, которыя если бы не были однородны и одному лицу принадлежали одни права, другому другія, то право разрушило бы и уничтожило само себя и должно бы было образоваться разнообразіе правъ, различныхъ характеровъ и названій. Но само дѣленіе, не уничтожая помянутаго единства, можетъ быть качественнымъ и количественнымъ (см. выше стр. 363). Такъ институтъ собственности, имѣющей въ одно время нѣсколько владѣльцевъ, изъ которыхъ каждый въ различномъ объемѣ ($^1/_2$ $^1/_3$ и т. д.) пользуется одними и тѣми же правами, основывается на количественномъ дѣленіи собственности; между тѣмъ какъ, такъ наз., раздѣльная собственность, гдѣ главному и второстепенному собственнику, подъ *управленіемъ* того, или другаго и по различнымъ направленіямъ, принадлежатъ одни и тѣ же права, имѣетъ своимъ основаніемъ качественное дѣленіе. Такъ пользованіе доходами съ чего либо (Niessbrauch)

---

(24) *Unger* ib. S. 499 сдѣлалъ хорошее начало касательно различенія запутанныхъ понятій о содержаніи и предметѣ права, но онъ разсмотрѣлъ ближе только содержаніе субъективнаго права—права.

представляетъ дѣлимое право, потому что въ различныхъ количественныхъ частяхъ оно можетъ принадлежать многимъ лицамъ (frui pro parte possumus); между тѣмъ какъ право пользованія чѣмъ либо (Gebrauchsrecht), usus, покрайней мѣрѣ по римскому праву (uti pro parte non possumus), равно какъ servitutes praediales не дѣлимы. Точно также извѣстныя требованія въ облигаціонномъ правѣ дѣлятся качественно или количественно, такъ требованіе въ 100 флориновъ дѣлимо количественно, а требованіе возникающее, изъ арендnаго договора, дѣлимо и качественно, потому что послѣднее можетъ касаться, какъ самой арендной платы, такъ и другихъ экономическихъ обязанностей (напр. сохраненія предмета въ хорошемъ состояніи). Въ такихъ облигаціонныхъ отношеніяхъ *возможность* выполненія также является двоякой.— Но дѣлимость права не слѣдуетъ смѣшивать съ дѣлимостью предмета, потому что право можетъ быть недѣлимо, между тѣмъ какъ предметъ можетъ быть дѣлимъ, подобно тому какъ существуетъ недѣлимость servitutis praedialis въ отношеніи дѣлимой поземельной собственности. Дѣлимость права слѣдуетъ отличать также отъ дѣлимости въ исполненіи. Такъ servitutes praediales недѣлимы, но относительно исполненія, многіе изъ нихъ могутъ быть раздѣлены такимъ образомъ, что нѣсколько поземельныхъ участковъ исполняютъ повинность, напр. право черпанія воды, въ извѣстной мѣрѣ, или по очереди.

7) *Исполненіе* объективнаго права состоитъ въ фактическомъ заявленіи правъ, заключающихся въ содержаніи права, и обнимаетъ собою ([25]), какъ потерю и отчужденіе, такъ и потребленіе. Относительно исполненія права должно имѣть въ виду слѣдующія основныя положенія ([26]):

a) Въ правѣ на цѣль заключаются также права относительно примѣненія самаго по себѣ позволительнаго средства.

b) Никто не можетъ быть принуждаемъ къ исполненію своего права, хотя съ неисполненіемъ часто и связываются извѣстныя невыгодныя послѣдствія (напр. потеря права, по римскому праву, при ager desertus, давность и проч.).— Напротивъ въ публичномъ правѣ, гдѣ опредѣляющимъ принципомъ есть не самоопредѣленіе, но цѣль, связывается съ каждымъ правомъ (всегда касающимся публичнаго интереса) и обязанность исполненія, а съ каждой обязанностью извѣстное право.

c) Облеченный правами, въ законныхъ границахъ, можетъ исполнить свое право во всемъ его объемѣ, если бы даже это и было жестоко для обязаннаго, или изъ того можетъ возникнуть вредъ для третьяго (qui jure suo utitur neminі facit injuriam). Точно также, по принципу самоопредѣленія, которое получаетъ въ каждомъ частномъ положительномъ правѣ опредѣленный большій, или меньшій объемъ, дозволяется дѣлать (см. выше стр. 23) изъ каждаго права разумное или неразумное, нравственное, или безнравственное употребленіе. Впрочемъ оба эти основныя положенія получаютъ ограниченія, которыя выставляетъ положительное право при большемъ или меньшемъ соображеніи другихъ этическихъ отношеній, какъ обще-человѣческихъ или особенныхъ обязанностей (напр. исполненія приговоровъ противъ бѣдныхъ, beneficium competentiæ), или эконо-

---

(25) *Unger*, ib. S. 613 и Arndts разсматриваютъ отчужденіе права не какъ исполненіе; но послѣднее касается правовыхъ отношеній съ внѣшней стороны, подъ чѣмъ и понимается отчужденіе (относительно права собственности см. ниже § 26).

(26) См. объ этомъ *Seuffert*, Pandektenrecht, 3. Aufl., Bd. I., и подробнѣе *Unger*, S. 614 u. ff.

мическихъ интересовъ. Какъ далеко могутъ простираться эти ограниченія абстрактно опредѣлить нельзя; онѣ представляютъ линію, которая измѣняется съ измѣненіемъ нравственнаго и правоваго воззрѣнія народа и цѣлаго его развитія. Но при большемъ ограниченіи сферы свободы не возводится на степень права то, что принадлежитъ области нравственности, какъ это иногда принимаютъ, но правое само по себѣ отнимается отъ области частнаго права и субъективной свободы и подчиняется объективному и публично правовому регулированію. Такимъ образомъ, въ этомъ случаѣ, происходитъ лишь новое регулированіе границы между частнымъ и публичнымъ правомъ. Ошибочнаго пути къ соціализму, несносно ограничивающему сферу индивидуальной свободы, всего лучше можно избѣжать посредствомъ проведенія въ законодательство нравовъ и образованнаго общественнаго мнѣнія.

α) Никто не можетъ другому передать правъ болѣе, нежели сколько имѣетъ онъ самъ ([27]).

Примѣч. Чисто нравственное, какимъ оно является въ внутреннихъ мотивахъ, въ конечной цѣли, которая требуется правомъ, въ выборѣ средствъ и родѣ исполненія, не должно быть смѣшиваемо съ правовымъ. Но такъ какъ нравственность, въ ея формальныхъ требованіяхъ, обнимаетъ собою все право, то и исполненіе всякаго права должно быть проникнуто нравственностью и каждый человѣкъ долженъ разсматривать себя отвѣтственнымъ передъ Богомъ и своей нравственной совѣстью. Но эта отвѣтственность сама по себѣ есть лишь нравственное напоминаніе, которое должно принадлежать положительному праву на столько, на сколько вліяніе такаго убѣжденія должно быть благодѣтельнымъ для положительнаго права.

---

(27) О *соперничествѣ* и коллизіяхъ права, встрѣчающихся при исполненіи права, и объ этихъ понятіяхъ вообще см. Unger ib. S. 618—634. Разрѣшеніе коллизій спорнаго права, въ немногихъ случаяхъ, гдѣ онѣ дѣйствительно существуютъ, правильно полагаетъ Unger: 1) въ предваренiи (какъ напр. occupantis melior est conditio), 2) въ всестороннемъ ограниченіи въ исполненіи права (напр. при равноправныхъ требованіяхъ въ конкурсѣ) и 3) въ жребіи (какъ напр. по римскому праву, при избирательномъ правѣ многихъ легатаріевъ относительно однаго вида).

ОТДѢЛЪ II.

§ 5. *О субъектѣ права.*

Субъектомъ т. е. обладателемъ или представителемъ права можетъ быть только человѣкъ, ибо оно регулируетъ жизненныя отношенія только разумныхъ существъ. Человѣкъ, вслѣдствіе заключающагося въ немъ божественнаго принципа, существуетъ самъ для себя, есть самъ по себѣ цѣль, есть лице. Эта личность дана существу человѣка богомъ и признана въ своемъ полнѣйшемъ достоинствѣ христіанствомъ и нравственно-правовой культурой. Слѣдовательно понятіе личности древнѣе и выше, нежели всякое другое положительно правовое и государственное положеніе ([28]). Положительное право должно признать ее и должно дать формальную

---

(28) По воззрѣнію большей части новѣйшихъ раманистовъ человѣкъ долженъ быть лицемъ лишь на столько, на сколько онъ *признанъ* правоспособнымъ положительнымъ правомъ государства. Въ изложеніи *чистаго* римскаго права это воззрѣніе область исторической истиной, такъ какъ съ одной стороны государство вообще ставилось выше человѣка и человѣческой личности, съ другой же, вслѣдствіе рабства, существовали люди, не бывшіе лицами или правоспособными существами. Но наше *настоящее* право не слѣдуетъ безчестить остатками языческаго воззрѣнія и извращенности римской жизни, подходящими развѣ еще къ народамъ неуничтожившимъ класса рабовъ; это было бы явнымъ противорѣчіемъ христіанству, поставившему вслѣдствіе своего божественнаго и безсмертнаго принципа человѣческую личность надъ государствомъ, и христіанско-гуманной наукѣ и образованію, приведшимъ въ сознаніе какъ въ жизни, такъ и въ законодательствѣ тотъ принципъ, что человѣкъ самъ по себѣ есть лице и имѣетъ прирожденныя права. Еще извращеннѣе, когда стараются уничтожить этотъ принципъ тамъ, гдѣ онъ уже вошелъ въ законодательство (какъ въ Oesterr. G. B. § 16), смотря на него, какъ остатокъ древняго естественнаго права и гдѣ онъ является между тѣмъ болѣе христіанскимъ, нежели многіе христіане; это попытался сдѣлать Unger, ib. своею доктриной о лицѣ и личномъ правѣ. Если бы дѣло само по себѣ и по своимъ послѣдствіямъ не было слишкомъ важнымъ; то на такое воззрѣніе можно было бы смотрѣть лишь теоретически, какъ на нравственный барометръ новѣйшаго романистическаго воззрѣнія на право. Взглядъ этотъ находится вообще въ тѣсной связи со всѣмъ (внутренне послѣдовательнымъ) слѣпымъ подражаніемъ греческому и римскому язычеству, новѣйшій образецъ котораго дала первая французская революція. Подобно тому, какъ въ Римѣ какой либо богъ достигалъ признанія и почитанія лишь посредствомъ закона, такъ и снова хотѣли признаніе и почитаніе Бога поставить въ зависимость отъ закона. Но такъ какъ подобная безсмыслица далека отъ ученыхъ юристовъ, то на нихъ лежитъ обязанность избѣгать и сродственныхъ съ нею принциповъ. Какъ Богъ есть основная причина, такъ и созданная Богомъ и поддерживаемая его божественнымъ, вѣчнымъ и безсмертнымъ духомъ личность есть ближайшее основаніе и нравственности и всякаго права. Такимъ убѣжденіемъ руководствовались первые христіане первыхъ столѣтій, которые ради своей религіи имѣли уже юридически устроенную религіозную общину и церковное право прежде, нежели послѣднее было признано государствомъ. Еще болѣе достойно удивленія, что даже и ученые юристы церковнаго права смущаются вышеупомянутымъ романистическимъ воззрѣніемъ. Германисты остались, собственно говоря, непричастными къ нему. Такъ Philipps, deutsches Pr. R. I. §. 29, указавъ на то, что прежде въ Германіи и въ Римѣ было иначе, говоритъ: «по нынѣшнимъ юридическимъ понятіямъ человѣкъ вообще считается правоспособнымъ, а потому каждый человѣкъ есть лице» (см. въ особенности Bluntschli D. Pr. R. § 13).

санкцію правамъ, принципамъ личности. Потому человѣческая личность есть субъективное *основаніе* права; въ ней лежитъ постоянная *возможность* правъ, вслѣдствіе чего она и обладаетъ постоянной *правоспособностью*, которая впрочемъ никогда не существуетъ абстрактно, какъ лишь возможная (potentia), но всегда проявляется въ живомъ человѣческомъ существѣ по опредѣленнымъ направленіямъ, какъ дѣйствительное право ([29]). Изъ этаго первоначальнаго права, сообразно постояннымъ качествамъ лица и существеннымъ, опредѣляемымъ постоянной жизненной цѣлью, направленіямъ дѣятельности, вытекаютъ и первоначальныя личныя права, которыя, съ своей стороны, служатъ основаніемъ производныхъ личныхъ правъ, (см. ниже § 20), предполагающихъ дѣйствіе лица. Такимъ образомъ будетъ совершенно произвольной абстракціей разсматривать особенныя личныя права, лишь какъ простое «видоизмѣненіе правоспособности» ([30]). Конечно особенныя личныя права суть ближайшія опредѣленія правоспособности, какъ права; но такъ какъ лице не есть лишь абстрактное понятіе, а проявляется духовно и тѣлесно въ постоянныхъ качествахъ и жизненныхъ направленіяхъ, которыя имѣютъ свое основаніе въ существѣ человѣка, то единое личное право и единая правоспособность и права, смотря по роду ихъ, расчленяются на постоянныя особенныя личныя права. — Отъ возможной правоспособности и дѣйствительнаго права, которыя присущи человѣку отъ его рожденія до момента смерти, слѣдуетъ отличать *способность дѣйствовать* (Handlungsfähigkeit),—называемую иногда *активной* правоспособностью, въ противоположность къ первой пассивной и значущую тоже, что способность установлять правовыя отношенія (права и обязанности), посредствомъ

---

(29) Это призналъ уже Bluntschli, ib. §. 13, сказавъ: «каждый человѣкъ, какъ индивидуумъ, есть вмѣстѣ и *лице* т. е. не только *правоспособное*, но и *облеченное правомъ* существо, не только возможный, но и дѣйствительный субъектъ права». Unger, ib. S. 230, полагаетъ, что «это различіе, дѣлаемое между существомъ «правоспособнымъ» и «облеченнымъ правомъ», ни на чемъ не основано и произвольно». Напротивъ совершенно произвольной абстракціей можетъ назваться то, когда признаютъ правоспособность лица, не признавая *вмѣстѣ съ тѣмъ* облеченія правомъ, что конечно послѣдовательно привело бы къ признанію исконныхъ личныхъ правъ. Эта абстракція въ юриспруденціи вообще характеризуетъ поверхность, выказавшуюся въ философіи сенсуалистическихъ системъ и въ близкой къ ней рефлексивной философіи (Локкъ), приписывающихъ человѣческому духу одну лишь способность познаванія, не признавая исконной его дѣятельности, проявляющейся въ основныхъ понятіяхъ; объ этомъ болѣе подробныя свѣденія каждый можетъ получить изъ образцоваго сочиненія Лейбница (противъ Локка), «Nouveaux essais sur l'entendement humain».

(30) Это тоже принятое Unger'омъ (S 254) мнѣніе равнымъ образомъ имѣетъ связь съ весьма распространеннымъ и въ наукѣ и въ жизни образомъ мыслей, послѣднее основаніе котораго заключается въ пантеистическихъ, или матеріалистическихъ системахъ (которыя, какъ извѣстно, соприкасаются многими своими пунктами и выводами). Подобно тому какъ Спиноза разсматриваетъ весь духовный и тѣлесный міръ лишь какъ видоизмѣненія единой субстанціи, Гегель — какъ моменты развитія (прогресса) идеи, матеріалистъ же во всемъ видитъ видоизмѣненія матеріи (Stoffwechsel), точно также этотъ способъ воззрѣнія высказывается и во многихъ отдѣльныхъ наукахъ, гдѣ все индивидуальное, опредѣленное разсматривается какъ видоизмѣненіе всеобщаго (какъ напр. Geofroy St. Hilaire на всѣ виды животныхъ смотрѣлъ какъ на видоизмѣненія одного первобытнаго животнаго, изъ чего и возникъ у него споръ съ Кювье, о которомъ упоминаетъ и Гёте). И здѣсь Лейбницъ уже указалъ на исконный principium individuationis, развитый еще въ болѣе глубокомъ значеніи Краузе и служащій основнымъ принципомъ къ опроверженію пантеизма. Если въ правѣ разсматривать всѣ отдѣльныя личныя права лишь какъ видоизмѣненія единаго и личнаго права и единой правоспособности, то это значитъ за стволомъ личности не замѣчать расчлененія на вѣтви и отростки и «за лѣсомъ не видѣть деревьевъ».

самой себя, своею собственной дѣятельностью воли. Способность дѣйствовать всегда предполагаетъ правоспособность, но никогда наоборотъ, потому что всѣ лица обладаютъ послѣдней, но не всѣ имѣютъ способность дѣйствовать (напр. дѣти моложе семи лѣтъ, сумашедшіе).

Существуетъ два рода лицъ: физическія лица, или индивидуумы и *идеальныя* лица, которыя прежде, вслѣдствіе этической цѣли, лежащей въ ихъ основаніи, часто и при томъ весьма ошибочно назывались *нравственными* и которыя въ настоящее время, по ихъ правой сторонѣ, обыкновенно называются юридическими. Отношенія, вытекающія изъ существа этихъ идеальныхъ лицъ, или связанныя съ ними и неотдѣлимыя отъ нихъ, составляютъ основаніе правовыхъ отношеній, а потому они будутъ развиты вмѣстѣ съ послѣдними въ общемъ личномъ правѣ ([31]).

---

(31) Разсматриваніе общихъ правовыхъ отношеній, какъ физическихъ, такъ и идеальныхъ лицъ, относится не къ общей части, занимающейся изслѣдованіемъ лишь отдѣльныхъ составныхъ частей права, а къ общему личному праву, точно также какъ и въ объектѣ права излагаются лишь правовыя свойства вещей и дѣйствій, а не общія правовыя отношенія ихъ.

ОТДѢЛЪ III.

ОБЪ ОБЪЕКТѢ ПРАВА, ИЛИ О ВЕЩАХЪ И ДѢЙСТВІЯХЪ.

§. 6. *Вообще.*

Объектъ, или предметъ права, есть все то, что̀ можетъ быть подчинено власти лица, какъ средство для достиженія какой либо жизненной цѣли. Такъ какъ лицо само по себѣ есть цѣль, то объектомъ будетъ все то, что̀ само по себѣ не есть цѣль, но существуетъ для лица и предназначено служить ему. Впрочемъ, въ наукѣ и положительномъ правѣ (напр. въ Oesterr. G. B. § 285) объектомъ права, въ отличіе отъ лица, называется часто « вещь » вообще; но гораздо цѣлесообразнѣе послѣднее названіе удержать относительно предметовъ несвободной природы, въ отличіе ихъ отъ дѣйствій, которыя установляются человѣческой свободой. Такимъ образомъ, подъ объектомъ права слѣдуетъ понимать, съ одной стороны, вещи, съ другой, дѣйствія. Но вещи и *такія* дѣйствія, которыя могутъ быть отнесены къ имуществу, имѣющему цѣну, часто понимаются *нераздѣльно* и въ связи съ лицемъ, власти котораго онѣ подчинены; изъ этаго вытекаетъ понятіе (вещнаго блага) *имущества* ([32]). Важность этого понятія является всюду, гдѣ матеріальное имущество разсматривается какъ идеальная совокупность.—Всякое имущество имѣетъ извѣстную цѣну. Но, въ юридическомъ смыслѣ, къ имуществу лица слѣдуетъ причислять не только принадлежащія ему вещи и требованія (активное имущество), но и дѣйствія, которыя оно должно выполнить (пассивное имущество).—Имущественное право есть совокупность условій, отъ которыхъ зависитъ пріобрѣтеніе, пользованіе и уничтоженіе имущества.

Объектомъ права, какъ уже замѣчено, могутъ быть вещи и дѣйствія. Хотя вещи и представляютъ бо́льшую составную часть имущества, но дѣйствія, которыя мы требуемъ выполнить (напр. служба), составляютъ также имущество и должны быть отличаемы отъ первыхъ, несмотря на то, что большею частію эквивалентомъ ихъ могутъ быть вещи и онѣ могутъ быть оцѣнены, сообразно стоимости послѣднихъ. Но, съ другой стороны, дѣйствія, составляющія объектъ права, неслѣдуетъ смѣшивать, какъ это часто дѣлается, съ дѣйствіями, *вслѣдствіе* которыхъ возникаютъ права. Обыкновенно дѣйствія видятъ только при облигаціяхъ;

---

(32) Объ имуществѣ и имущественномъ правѣ въ *этомъ* смыслѣ см. Савиньи « System des h. r. R. Bd. I. S. 339 ».—Но нами уже неоднократно указано на ложность пониманія всего права по его объекту, лишь какъ имущественнаго права.

но послѣднія, представляя правовыя отношенія, основаніемъ которыхъ по большей части служатъ дѣйствія, могутъ касаться въ свою очередь вещей или дѣйствій. Различіе между вещнымъ и облигаціоннымъ правомъ заключается вообще не въ томъ, какъ обыкновенно полагаютъ, что первое относится къ вещамъ, а послѣднее къ дѣйствіямъ, но въ томъ, что, какъ уже замѣчено (см. выше стр. 85), вещное право выражаетъ *бытіе* права въ вещахъ, а облигаціонное— *создающееся* право (das Werden des Rechts) въ вещахъ и дѣйствіяхъ. Основаніе, по которому понятіе бытія не можетъ быть относимо къ дѣйствіямъ, заключается въ томъ, что дѣйствіе, сообразно своей сущности, какъ свободное, всегда является въ будущемъ и ведетъ за собою требованіе. Разсмотримъ теперь вещи и дѣйствія, какъ предметы права, отдѣльно.

§ 7. *О вещахъ* ([33]).

Вещью, въ отличіе отъ дѣйствія, будетъ всякій, являющійся въ пространствѣ, предметъ несвободной природы. Въ правѣ вещи имѣютъ значеніе лишь на столько, насколько относительно ихъ достигается цѣль права. Послѣдняя принимаетъ лишь ихъ полезность для человѣческой цѣли, т., е. насколько онѣ признаны способными удовлетворить какой либо изъ человѣческихъ потребностей. Такимъ образомъ, вещи являются въ правѣ, по ихъ качествамъ, какъ блага (точнѣе, какъ вещныя блага), т. е. по ихъ экономической (частной и народно-хозяйственной) сторонѣ и значенію. Потому экономическое право есть вмѣстѣ съ тѣмъ и вещное право, но только та часть послѣдняго, которая относится къ благамъ, составляющимъ предметы несвободной природы. Отсюда ученіе о частныхъ и народнохозяйственныхъ отношеніяхъ представляетъ также основныя начала вещнаго права, а потому и должно быть принято въ соображеніе, относительно всѣхъ областей этаго права: собственности, сервитутовъ и закладнаго права.

Вещью, въ юридическомъ смыслѣ, будетъ всякій, ограниченный въ пространствѣ, предметъ несвободной природы, который можетъ быть подчиненъ распоряженію (власти) человѣка для удовлетворенія его потребностей. Слишкомъ узкимъ будетъ понятіе вещи, если опредѣлять его качествомъ матеріальности, или тѣлесности. Предметъ сервитутовъ касается большею частью отношеній, положеній, дѣйствія силъ, которыя, какъ напр.: видъ, свѣтъ представляютъ вещи, ограниченныя пространствомъ, а не матеріально, или тѣлесно.

Раздѣленіе вещей должно быть сдѣлано: по *субъекту*, по *цѣли*, по внутренней сущности ихъ, т. е., по родамъ и *источникамъ блага* и по общимъ *категоріямъ* (см. выше § 2, стр 362).

---

(33) Все ученіе о вещахъ требуетъ въ учебникахъ права научной реформы; и здѣсь потеряли изъ виду цѣль права, являющуюся въ вещахъ хозяйственной, и здѣсь ни гдѣ не излагается основаніе научнаго принципа дѣленія, такъ что совершенно не видно за чѣмъ и къ чему эти подраздѣленія. На экономическую сторону я уже указалъ въ моей Философіи права, въ особенности говоря о собственности, тоже сдѣлалъ и *Рёдеръ* въ своемъ естественномъ правѣ; *Бергеръ*, въ Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit, 1848, Bd. I., и въ kritische Beiträge и т. д., S. 27 и 152., указалъ на связь права съ экономическою областью. Отдѣльныя части разсмотрѣны основательнѣе, нежели, какъ это обыкновенно дѣлается, *Унгеромъ*, ib. S. 353—470.

I. По отношенію къ *субъекту* вещи принадлежатъ лицамъ физическимъ, или лицамъ нравственнымъ.

II. По отношенію къ *цѣли потребленія*, преслѣдуемой въ вещахъ, послѣднія вообще предназначены или для общаго человѣческаго потребленія, res communes, какъ воздухъ, свѣтъ, море и текущая вода, хотя надъ отдѣльными частями ихъ можетъ быть пріобрѣтено отдѣльное господство (напр. надъ извѣст. пространствомъ свѣта, воздуха, воды); или же онѣ предназначены для раздѣльнаго потребленія и слѣдовательно подвержены человѣческому господству. Относительно важнѣйшихъ областей жизни и цѣлей субъектовъ вещи главнымъ образомъ бываютъ: вещами религіозными и церковными (res sacrae et sanctae), о которыхъ разсуждаетъ церковное право, или вещами чисто правовой области; послѣднія суть α) государственныя вещи (res publicae), или β) вещи частныя (res privatae). Государственныя вещи подраздѣляются въ свою очередь: на употребляемыя непосредственно государствомъ самимъ ради своей цѣли (patrimonium civitatis) и на предоставляемыя, при опредѣленныхъ условіяхъ, пользованію членовъ государства.

III. Вещь должна также разсматриваться по отношенію къ своему источнику вещныхъ благъ, слѣдовательно относительно *природной силы*, *труда* и *капитала*, что до сихъ поръ совершенно терялось изъ виду, между тѣмъ какъ эти народнохозяйственныя понятія служатъ основаніемъ всѣхъ правовыхъ отношеній, касающихся вещнаго блага. И въ частномъ правѣ не слѣдуетъ пропускать даже общаго юридическаго вопроса, возможно ли и если возможно, то какимъ образомъ установить *правовое* регулированіе отношенія между этими тремя факторами произведенія вещныхъ благъ въ различныхъ его областяхъ? Объ этомъ вопросѣ можно сказать тоже самое, что и о другихъ напр. о вопросѣ собственности. Такъ какъ философія права и вообще юриспруденція касалась ихъ лишь поверхностно, то ими овладѣли соціалистическія теоріи, разрѣшивъ ихъ совершенно превратно. Относительно вышеупомянутаго вопроса здѣсь мы замѣтимъ лишь, что постоянное, остающееся однимъ и тѣмъ же отношеніе, какое стремились установить для раздѣленія пріобрѣтенія, здѣсь не возможно. Масштабомъ, приложимымъ тутъ, должно быть оборотное и мѣновое достоинство, опредѣляемое *свободнымъ соглашеніемъ* (при процентныхъ займахъ, наймѣ, арендѣ), хотя и здѣсь воля и договоръ могутъ быть ограничены ([34]), съ одной стороны по опыту признанными за благіе и (закономъ или обычаемъ) установленными формами цѣлесообразной экономіи (напр. не слишкомъ короткое арендное время), съ другой же и нравственно—правовыми соображеніями, долженствующими имѣть свое полное значеніе въ особенности въ промышленныхъ общественныхъ союзахъ.

Пользованіе, проистекающее изъ какого либо источника благъ, въ правѣ вообще называется *плодомъ*, которымъ слѣдовательно обозначается всякая польза, приносимая вещью. Отсюда три рода плодовъ, а) образующіеся вслѣдствіе одной только естественной силы, безъ содѣйствія человѣческаго труда (fructus

---

([34]) *Рошеръ* «Nationalökonomie», I. S. 371. полагаетъ основательно, что «относительно заслуги и вознагражденія въ спокойное время существуетъ общественное мнѣніе, т. ск., публичная совѣсть, которою признается *справедливымъ* опредѣленное отношеніе между тремя отраслями дохода;» но публичная совѣсть существенно опредѣляется и развивается нравственными убѣжденіями.

mere naturales), какъ напр. травы, приплодъ; b) промышленные (трудовые) плоды (fructus industriales), къ воспроизведенію которыхъ содѣйствовалъ человѣческій трудъ, напр. хлѣбъ; c) плоды капитала, напр. проценты, наемная рента, носящіе въ правѣ названіе юридическихъ плодовъ (fructus civiles). Впрочемъ, эти понятія различно видоизмѣняются согласно съ юридическими соображеніями относительно цѣли какой либо вещи. Въ правѣ важными моментами по отношенію къ плодамъ являются: время соединенія ихъ съ вещью, fr. pendentes; раздѣленіе ихъ, fr. separati; пользованіе ими, fr. percepti; свойство пользованія ими, насколько возможно и должно было воспользоваться ими, fr. percipiendi; присутствіе ихъ у пользующагося (percipiens) fr. exstantes; и ихъ трата, употребленіе, fr. consumpti.

Издержка, сдѣланная относительно вещи, или послѣднею вызванная, называется вообще *затратой* (Verwendung). Если издержка сдѣлана для поддержанія, или измѣненія вещи, тогда она называется затратой въ тѣсномъ смыслѣ (impensa); если же она сдѣлана ради самой вещи, напр. на перевозку, тогда она называется *расходомъ* (Auslage). Изъ расходовъ, относительно вещи, предполагаются лишь необходимые, потому затрата можетъ быть, какъ по необходимости, такъ для пользы и удовольствія.

О *цѣнности*. Всѣ вещи, составляющія предметъ права, имѣютъ цѣнность, которая выражаетъ степень полезности вещи, дѣлающей послѣднюю благомъ. Цѣнность бываетъ двоякаго рода: цѣнность вещи, по отношенію къ ея полезности, и мѣновая. Цѣнность по отношенію къ полезности, или степень годности вещи, хотя и доставляетъ владѣльцу послѣдней, при непосредственномъ употребленіи ея для извѣстной цѣли, нѣкоторую выгоду и является основаніемъ всякого рода оцѣнки, но мѣновая цѣнность, или годность вещи для ея владѣльца быть вымѣненной на какое либо другое благо, имѣетъ большую важность въ правовой и оборотной жизни. Мѣновая цѣнность является въ правѣ не только при отношеніяхъ, которыя оцѣниваются вознагражденіемъ, но и относительно труда, индивидуальный предметъ котораго, если его не существуетъ, или къ выполненію его нельзя принудить, оцѣнивается по мѣновой цѣнности. Въ этомъ случаѣ оцѣнка производится на *деньги* изъ благороднаго металла, которыя, по мѣновой цѣнности, замѣняютъ и измѣряютъ всѣ предметы имущества ([35]), и которыя, вслѣдствіе ихъ политико-экономическихъ свойствъ и отношеній, являются основаніемъ многихъ правовыхъ отношеній.

IV. Наконецъ, относительно дѣленія вещей, важны общія юридическія категоріи, но при этомъ опредѣляющими обстоятельствами являются всегда намѣреніе, правовая цѣль.

a) По отношенію къ категоріи *единства*, вещи могутъ быть или отдѣльныя, *физическія* и *индивидуальныя*, или могутъ составлять идеальное единство, *совокупность вещей*. Въ послѣднемъ случаѣ многія вещи, вслѣдствіе единой цѣли, являются принадлежащими къ одному цѣлому и понимаются, какъ совокупность, собирательное цѣлое (напр. стадо, складъ товаровъ, библіотека). Будетъ весьма правильно придавать этому идеальному единству юридическое значеніе и относительно его можетъ быть владѣніе (не такое, какъ по римскому праву l. 30 § 2, D. 41, 3), собственность, пользованіе, закладное право и пере-

---

(35) Объ этомъ см. особенно *Savigny*, Obligat. R. I. § 40.

дача ([36]). Это идеальное единство является также юридически важнымъ въ облигаціонномъ и наслѣдственномъ правѣ.

b) По категоріи *цѣльности*, каждая отдѣльная вещь прежде всего можетъ быть разсматриваема какъ цѣлое и различаема отъ своихъ частей (напр. домъ, какъ universitas ædium). Но относительно нѣкоторыхъ вещей существуютъ различные роды цѣльности. Вещи могутъ быть или *простыя*, т. е. такія, которыя производятся природою, какъ цѣлое, напр. животныя, растенія, камни, или такія, которыя связываются въ цѣлое посредствомъ человѣческой дѣятельности такимъ образомъ, что ихъ составныя части утрачиваютъ свое прежнее физическое отдѣльное бытіе и возникаетъ новая простая вещь, или наконецъ *сложныя*, т. е. такія, части которыхъ, составляя цѣлое для извѣстной цѣли, удерживаютъ свое отдѣльное бытіе, напр. ключъ по отношенію къ замку. Въ сомнительныхъ случаяхъ крѣпость связи можетъ быть уничтожена. Что *принадлежитъ къ стѣнѣ, прикрѣплено, или прибито къ ней гвоздями*, считается частью постройки. По отношенію къ дѣленію, вещи бываютъ *дѣлимыя* и *недѣлимыя*, при чемъ дѣлимость можетъ быть реальная и юридическая, или интеллектуальная. Относительно реальной дѣлимости, въ правѣ весьма важенъ вопросъ, уменьшается, или нѣтъ, вслѣдствіе дѣленія, цѣнность вещи. Идеальное дѣленіе, которое исключаетъ реальное, опредѣляется лишь по воображаемымъ частямъ, долямъ; напр. относительно собственности, во владѣніи которой участвуютъ многіе.

c) По отношенію къ категоріи самостоятельности, вещи могутъ быть *самостоятельныя*, или *главныя*, которыя составляютъ непосредственный предметъ правоваго отношенія, и *побочныя*, которыя только посредственно, вслѣдствіе ихъ связи съ главными, пріобрѣтаютъ правовое значеніе. Эта связь можетъ быть двоякаго рода. Она можетъ явиться вслѣдствіе уже существующаго естественнаго отношенія, такъ что побочныя вещи представляютъ физическія составныя части главной, или можетъ возникнуть вслѣдствіе намѣренія, цѣли. Первыя суть побочныя вещи въ тѣсномъ смыслѣ:—*увеличеніе*, *приращеніе*, послѣднія — *принадлежности*. Но въ обширномъ смыслѣ опредѣленія побочныхъ вещей, какъ увеличеніе, приращеніе, примѣняются не только къ вещамъ, но и къ *правовымъ отношеніямъ*. Въ послѣднемъ случаѣ подъ этими выраженіями разумѣются всякаго рода побочныя выгоды и побочныя тягости и даже побочныя (дополнительныя) права.

α) По категоріи *отношенія* (которая въ примѣненіи къ вещамъ можетъ разсматриваться какъ самая главная) вещи, касательно ихъ положенія къ цѣлому природы, суть: *недвижимыя*, когда онѣ существенно связаны съ земной поверхностью (посредствомъ самой природы, какъ напр. поземельная собственность, или же посредствомъ человѣческой дѣятельности, какъ напр. зданія), а слѣдовательно безъ ущерба для ихъ субстанціи и не могутъ быть переносимы съ своего мѣста, и *движимыя*, когда вышеозначенныхъ условій не существуетъ. Вещныя права, которыя сами по себѣ ни движимы, ни недвижимы, должны опредѣляться сообразно природѣ предмета, котораго онѣ касаются. Но положительныя законода-

---

(36) Усиліе Унгера, § 57, доказать неумѣстность вещныхъ правъ относительно собирательныхъ вещей, основывается, можно сказать, на сенсуалистическомъ пониманіи отношеній. Но такое пониманіе представляетъ ретроградное явленіе и постоянно отвергается практической правовой жизнью.

тельства представляютъ объ этомъ различныя опредѣленія. Требованія причисляютъ обыкновенно къ вещамъ движимымъ (Oesterr. G. B. § 298). Раздѣленіе вещей на движимыя и недвижимыя составляетъ одно изъ основныхъ положеній германскаго права, такъ что владѣніе землею во всѣхъ областяхъ права совершается по другимъ правиламъ, нежели владѣніе вещами движимыми, потому что относительно владѣнія перваго рода, въ естественной прочности вещи видѣли также и ручательство прочности общественнаго порядка, и поземельное владѣніе, какъ все, что̀ должно имѣть прочность, семейство, община, государство, являлось предметомъ публичнаго интереса; между тѣмъ какъ владѣніе вещами движимыми болѣе подчиняется воли и господству индивидуума.

Раздѣленіе вещей на тѣлесныя и безтѣлесныя, встрѣчающееся въ римскомъ правѣ, а также и въ нѣкоторыхъ новѣйшихъ законодательствахъ, не вѣрно потому, что оно причисляетъ къ безтѣлеснымъ вещамъ и права́, которыя сами по себѣ не суть вещи тѣлесныя, или безтѣлесныя. Напротивъ, гораздо правильнѣе можно причислить къ тѣлеснымъ вещамъ такія, которыя имѣютъ ограниченную форму, и безтѣлесныя, какъ пространственныя положенія и проч.

По отношенію *отдѣльной* вещи къ *цѣлому* (качественному или количественному), вещи могутъ быть *замѣняемыя* и *незамѣняемыя*. Вещи, которыя опредѣляются не индивидуально, но лишь по ихъ качеству (напр. золото), или по ихъ породѣ (какъ напр. лошадь), называются (со времени Zachariæ) замѣняемыми; вещи же, которыя касаются интересовъ индивидуума, называются незамѣняемыми. При этомъ раздѣленіи самую главную роль играетъ правовой интересъ, который, хотя большею частью и опредѣляется естественной замѣняемостью, или незамѣняемостью вещей, но многія изъ нихъ, напр. лошадь, можетъ сдѣлать замѣняемой или незамѣняемой. Раздѣленіе вещей на *истрачивающіяся* и *неистрачивающіяся* должно быть уничтожено, потому что въ сущности всѣ вещи представляются тлѣнными (покрайней мѣрѣ usu minuuntur) и правовой интересъ, который преслѣдуется этимъ дѣленіемъ, вполнѣ удовлетворяется раздѣленіемъ вещей на замѣняемыя и незамѣняемыя. Изъ этого вытекаетъ и весьма рѣзко опредѣляется напр. различіе между ссудою и займомъ по договору.

Кромѣ того, при дѣленіи вещей, различныя основанія дѣленія, категоріи, могутъ многоразлично соединяться между собой (см. выше стр. 367).

§ 8. *О дѣйствіяхъ, какъ предметѣ* ([37]) *права.*

1) Всякое дѣйствіе есть вообще дѣятельность человѣческой воли. Эта дѣятельность можетъ оставаться чисто *внутренной*, или можетъ *обнаруживаться* посредствомъ *заявленій* и посредствомъ *дѣйствій;* отсюда вытекаетъ раздѣленіе дѣйствій на *внутренныя* и *внѣшнія* и послѣднихъ на *заявленія воли* и *дѣйствительные поступки. Чисто внутренная* дѣятельность воли лежитъ внѣ права и относится къ области нравственности. Но и внѣшнія дѣйствія,

---

(37) Дѣйствія, по скольку онѣ составляютъ предметъ, т. е. *объектъ* права, здѣсь различаются точнѣе отъ дѣйствій, составляющихъ *причину* юридическихъ отношеній. Хотя юристы, точнѣе другихъ обозначившіе это различіе, и придали ему значеніе, но оно никогда не составляло предмета отдѣльной обработки, которая требуется яснымъ систематическимъ изложеніемъ.

составляющія ближайшій предметъ права и юридическаго обсужденія, всегда имѣютъ свое основаніе во внутренней сферѣ и, при единствѣ дѣятельности человѣческой воли, совершенное отдѣленіе внѣшняго отъ внутренняго не мыслимо, такъ, что когда воля однажды проявилась во внѣшности, а также при юридическомъ обсужденіи поступка, вниманіе слѣдуетъ обращать во многихъ случаяхъ на внутренное намѣреніе и нравственные мотивы дѣянія. Потому желаніе, вкравшееся и въ положительную науку права, совершенно отдѣлить послѣднее отъ нравственности— есть заблужденіе. Право не только непосредственно вращается въ области нравственности, но выжидаетъ *внѣшняго проявленія* дѣятельности воли для того, чтобы снова обратиться къ внутренной причинѣ дѣйствія. Такъ это открывается въ уголовномъ правѣ, а также и въ частномъ правѣ, гдѣ относительно дѣйствія должно обращать вниманіе на *добрый*, или *злой умыселъ*, *намѣреніе*, *страхъ*, *ошибку*, *обманъ* и проч.

2) Дѣйствія бываютъ *положительныя* или *отрицательныя*, смотря потому направляется ли воля къ совершенію, или несовершенію дѣйствія.

3) Внѣшнія дѣйствія, подлежащія области права, бываютъ или *юридическія*, т. е. *дозволенныя*, или *противныя праву*, т. е. *недозволенныя*. Въ дѣйствіяхъ, противныхъ праву, слѣдуетъ различать преднамѣренныя и непреднамѣренныя. Относительно дѣйствій противныхъ праву принимается вообще основнымъ правиломъ, что посредствомъ ихъ юридически никто не можетъ улучшить своего положенія (Nemo ex suo delicto meliorem conditionem suam facere potest), но напротивъ можетъ только ухудшить его, вслѣдствіе обязательства къ вознагражденію вреда, или вслѣдствіе наказанія.

4) Дѣйствія, составляющія предметъ права, могутъ быть непосредственныя и посредственныя. Первыми онѣ будутъ тогда, когда, напр. личныя дѣйствія, духовныя и еще болѣе физическія, предоставляются самимъ себѣ; посредственными же тогда, когда внѣшнее дѣло (вещь) выполняется посредствомъ дѣйствія. Хотя тѣ и другія дѣйствія сливаются въ понятіи *исполненія* (Leistung), но это различіе важно и относительно юридическихъ послѣдствій. Если дѣло (вещь) должно быть выполнено посредствомъ дѣйствія, то уполномоченный, въ случаѣ отказа лица, давшаго обязательство, можетъ непосредственно, по суду, вступить во владѣніе вещью; но когда должна быть выполнена служба, то,—такъ какъ непосредственное принужденіе совершенно немыслимо,—уполномоченный можетъ требовать съ обязавшагося, въ случаѣ невыполненія обязательства, только вознагражденія и уплаты за понесенные убытки. Относительно дѣйствій, не принадлежащихъ къ области имущественнаго права, этаго часто не бываетъ и здѣсь являются юридическія послѣдствія совершенно инаго рода.

5) По сферамъ жизни, дѣйствія раздѣляются на *имущественно-правовыя* и на *нравственно-правовыя*. Обыкновенно въ частномъ правѣ разсматриваютъ только первыя, но въ нѣкоторыхъ частяхъ его, особенно въ семейномъ правѣ, имѣютъ также значеніе и дѣйствія втораго рода. Напр. супружеская вѣрность, какъ уже часто было замѣчено, предписывается не только нравственностью, но и правомъ и нарушеніе этой обязанности можетъ вести за собою правовыя послѣдствія (напр. разводъ, или расторженіе брака), которыя ни въ какомъ случаѣ не могутъ имѣть имущественной оцѣнки.

Ближайшее опредѣленіе дѣйствій, совершающихся вслѣдствіе страха, обмана, незнанія, ошибки и проч., будетъ изложено въ слѣдующемъ отдѣлѣ о правовыхъ отношеніяхъ, такъ какъ помянутые моменты встрѣчаются также и при такихъ дѣйствіяхъ, которыя составляютъ причину правовыхъ отношеній и въ особенности правовыхъ сдѣлокъ.

Дѣйствія, какъ предметъ правовыхъ отношеній, въ подробной системѣ правъ должны быть также разсмотрены и по общимъ категоріямъ (см. выше стр. 361); по ихъ *единству* (отдѣльности и совокупности), *самостоятельности* (какъ дѣйствія главныя и побочныя), *цѣлостности* (дѣлимости и недѣлимости), *видамъ* (необходимости, возможности, дѣйствительности) и т. д., о чемъ здѣсь можетъ быть упомянуто только всколзь.

ОТДѢЛЪ IV.

О ПРАВОВЫХЪ ОТНОШЕНІЯХЪ И ВЪ ОСОБЕННОСТИ О ВОЗНИКНОВЕНІИ И ПРЕКРАЩЕНІИ ПРАВЪ.

ГЛАВА I.

О возникновеніи и прекращеніи права вообще.

§. 9. До сихъ поръ субъектъ и объектъ права разсматривались отдѣльно, но такъ какъ послѣдній существуетъ *для* перваго, то объектъ и долженъ быть разсмотренъ въ связи съ субъектомъ, Эта связь образуется посредствомъ условливающихъ фактовъ вообще и въ особенности посредствомъ дѣйствій. Затѣмъ, возникаетъ правовое отношеніе, которое представляетъ связь субъекта съ объектомъ посредствомъ юридическаго факта. Этотъ опредѣляющій фактъ есть связь, copula, въ правовомъ отношеніи, къ ближайшему изслѣдованію которой мы сейчасъ и переходимъ.

Факты, которые обусловливаютъ и ведутъ за собою правовое отношеніе, разсматриваемые со стороны ихъ возникновенія, бываютъ двоякаго рода. Они возникаютъ: 1) *не зависимо отъ воли* лица, имѣющаго права или обязанности, а единственно вслѣдствіе случая, смерти, естественныхъ отношеній (какъ происхожденіе и уничтоженіе извѣстныхъ вещей путемъ законовъ природы) и вслѣдствіе жизненныхъ связей (напр. отношенія дѣтей къ родителямъ, наслѣдственнаго права по закону). Этотъ родъ фактовъ имѣетъ въ правѣ большое значеніе. Такъ какъ человѣкъ вообще не можетъ опредѣлить всѣ свои жизненныя отношенія посредствомъ своей воли, и многоразлично опредѣляется внѣшними обстоятельствами, то и право есть регулированіе жизненныхъ отношеній, а не отношеній воли и свободы, какъ утверждаетъ односторонняя теорія. 2) Болѣе обширенъ второй родъ фактовъ, которые являются вслѣдствіе *дѣйствій воли*. Эти дѣйствія могутъ быть *одностороннія*, когда онѣ происходятъ отъ однаго лица, и *многостороннія*, когда онѣ многими лицами предпринимаются съ цѣлью придать основаніе правовому отношенію. Односторонніе дѣйствія встрѣчаются въ вещномъ правѣ, какъ напр. завладѣніе вещью никому не принадлежащей, а также и въ правѣ облигаціонномъ, гдѣ эти дѣйствія могутъ повести за собою какъ требованія, такъ и обязанности. Относительно облигаціоннаго права эти односторонніе дѣйствія раздѣляются на *правовыя* и *противныя праву*. Такъ веденіе чужихъ дѣлъ, безъ полномочія на то, есть дѣйствіе правовое, но тѣмъ неменѣе одностороннее,

которое, въ извѣстныхъ случаяхъ, можетъ вести за собою искъ ведущаго чужія дѣла противу лица, кому эти дѣла принадлежатъ, и на оборотъ. Такъ съ другой стороны, нанесеніе кому либо вреда есть дѣйствіе одностороннее, но вмѣстѣ съ тѣмъ и противное праву, дѣйствіе, которое является основаніемъ иска потерпѣвшаго вредъ противу лица, которое этотъ вредъ причинило, хотя между тѣмъ и другимъ лицомъ вовсе несуществуетъ никакого договорнаго отношенія.— Посредствомъ дѣйствій воли, которыя предпринимаются многими лицами въ видахъ утвержденія извѣстнаго правоваго отношенія, возникаютъ договоры, которые въ свою очередь снова распадаются на *односторонніе*, или лучше такіе, гдѣ тягость обязательства падаетъ на одну изъ договаривающихся сторонъ, и *двусторонніе*, или лучше такіе, гдѣ обязательство является взаимнымъ.

Правовыя отношенія, смотря потому происходятъ ли они въ *облигаціонномъ* правѣ вслѣдствіе *фактовъ* перваго рода, *правовыхъ* дѣйствій по договору или безъ договора, или вслѣдствіе дѣйствій, *противныхъ праву*,—называются: 1) *обязательствами, возникающими изъ случая или извѣстнаго положенія лица* (впрочемъ понятіе объ этихъ обязательствахъ имѣетъ болѣе широкое примѣненіе, нежели сколько имъ придаютъ); 2) *облигаціонными сдѣлками*; и 3) *обязательствами, вытекающими изъ правонарушеній*. Такимъ образомъ, въ этихъ трехъ видахъ обязательствъ вполнѣ дается надлежащее мѣсто вышеозначенному раздѣленію.

Разсмотримъ теперь возникновеніе и прекращеніе *права* въ отдѣльности, по отношенію къ лицу облеченному правомъ.

Возникновеніе, или пріобрѣтеніе права, можетъ быть *абсолютнымъ* и *относительнымъ*; абсолютнымъ, когда право возникаетъ впервые, относительнымъ, когда оно уже существуетъ и лишь пріобрѣтается отъ другихъ лицъ. Равнымъ образомъ и потеря права можетъ быть абсолютной, или относительной, когда право отъ лица, обладавшаго имъ, переходитъ къ другому. Съ этимъ различіемъ находится въ связи, отчасти отличное отъ него, дѣленіе пріобрѣтенія на *первоначальное* и *производное*. Пріобрѣтеніе является первообразнымъ, первоначальнымъ, когда оно независимо отъ права другаго лица, и *производнымъ*, когда оно зависитъ отъ правъ другаго, такъ что это другое лицо есть основатель (auctor) пріобрѣтеннаго права, послѣднее же обусловливается правомъ своего первоначальнаго обладателя. Пріобрѣтенное право есть или а) новое право, когда оно образуется лишь изъ нѣкоторыхъ составныхъ частей права, принадлежащаго первоначальному его обладателю, такъ что оно является нѣкоторымъ образомъ ограниченнымъ (напр. посредствомъ пріобрѣтенія извѣстнаго сервитута), или в) оно остается тѣмъ же самымъ, какимъ его имѣлъ первоначальный обладатель, отъ котораго оно пріобрѣтено. Этотъ переходъ права, называемый successio, можетъ быть двоякаго рода: или къ лицу переходятъ лишь *нѣкоторыя* права другаго (in singulas res succedere), что называется переходомъ нѣкоторыхъ правъ (Singularsuccession), или въ *совокупности* всѣ права другаго (in universum jus succedere, гдѣ всѣ отдѣльныя права переходятъ къ другому лицу *совокупно*), что называется переходомъ всѣхъ правъ (Universalsuccession).

По отношенію къ *родамъ* возникновенія, или прекращенія права весьма важно различать, съ одной стороны при пріобрѣтеніи, возникаетъ ли оно вслѣдствіе дѣйствія пріобрѣтателя, или непосредственно въ силу самаго права (ipso jure, иначе назыв. adquisitio immediata); съ другой стороны при потери права,

зависитъ ли, или не зависитъ послѣдняя отъ дѣйствія лица, обладающаго правомъ, при чемъ въ первомъ случаѣ дѣйствіе можетъ произвести эти послѣдствія само по себѣ, помимо намѣренія дѣйствующаго, если право теряется вслѣдствіе недозволеннаго дѣйствія, или же эти послѣдствія могутъ произойдти вслѣдствіе намѣренія лица, обладающаго правомъ отказаться отъ него. Потеря права, происшедшая вслѣдствіе такихъ преднамѣренныхъ дѣйствій, называется *отчужденіемъ* (alienatio). Прекращеніе права, когда послѣднее не передается другому лицу, называется *отрѣченіемъ* (renuntiatio).

Между явленіями, вслѣдствіе которыхъ права возникаютъ, или прекращаются, какъ уже замѣчено, самыя важныя суть дѣйствія; потому перейдемъ къ подробнѣйшему ихъ изслѣдованію.

ГЛАВА II.

Въ особенности о дѣйствіяхъ, какъ причинахъ возникновенія и прекращенія правъ.

§. 10. Такъ какъ вообще воля составляетъ въ человѣкѣ способность причинности, то и дѣйствія воли, во всѣхъ областяхъ права, представляютъ самую обширную причину возникновенія и прекращенія правъ. Моменты дѣйствій воли, важные для права, суть слѣдующіе:

1. Способность воли, или дѣйствія, которая является: a) сама по себѣ, какъ *способность дѣйствовать;* и b) по отношенію къ предмету, какъ право распоряжаться имъ, или, какъ *право распоряженія.*

2. *Актъ* воли, или дѣйствительная воля, причемъ слѣдуетъ разсматривать:

a) *Мотивы*, или основанія опредѣленія воли, какъ правильные, такъ и ошибочные;

b) Правовое *содержаніе* воли, или главныя и побочныя опредѣленія, учиненныя волею;

c) *Проявленіе* воли: a) посредствомъ лишь просто изъявленій, и β) посредствомъ фактовъ, дѣйствій.

§ 11. *О способности воли или дѣйствія.*

Способность воли или дѣйствія, разсматриваемая сама по себѣ, есть *способность дѣйствовать,* по отношенію же къ предмету, есть *право распоряжаться.*

I. *Способность дѣйствовать.* Въ естественномъ и юридическомъ смыслѣ считаются неспособными къ дѣйствію сумашедшіе и тѣ, которые, вслѣдствіе какихъ либо другихъ причинъ, находятся въ состояніи неразумности. Къ лицамъ, неспособнымъ дѣйствовать, причисляются также дѣти моложе 7 лѣтъ. Но эти лица собственно не неправоспособны, потому что правоспособность неразрывно связана съ человѣческою личностью; они только не могутъ непосредственно

сами совершать юридическихъ дѣйствій, но точно также могутъ пріобрѣтать права и обязываться черезъ посредство лицъ, которыя ихъ заступаютъ. Равнымъ образомъ такое представительство требуется также и для лицъ юридическихъ, которыя сами по себѣ не имѣютъ никакой воли. Съ другой стороны есть лица, которыя, посредствомъ своихъ собственныхъ дѣйствій, могутъ *пріобрѣтать*, но не могутъ *обязываться*; къ такимъ лицамъ принадлежатъ: a) несовершеннолѣтніе, и в) расточители. Тѣмъ не менѣе, вслѣдствіе *недозволенныхъ* дѣйствій, могутъ возникнуть обязанности какъ для расточителей, такъ и для несовершеннолѣтнихъ, если послѣдніе находятся въ возрастѣ, приближающемся къ возмужалости (pubertati proximi), и могутъ отличать правое отъ неправаго.

По отношенію къ означеннымъ лицамъ, которыя сами не могутъ дѣйствовать, а также и по отношенію ко всѣмъ лицамъ вообще, взаимная помощь, заключающаяся въ понятіи права, допускаетъ *заступленіе* или *представительство*, т. е. правовыя дѣйствія за другихъ съ ихъ согласія, или безъ него. Недозволенныя дѣйствія, по которымъ каждый отвѣчаетъ лишь за самого себя, не допускаютъ никакого представительства.—Отношеніе заступленія, или представительства могутъ основываться: a) на юридическомъ положеніи одного лица къ другому, нап. опекуна къ опекаемому; b) на порученіи, довѣренности, которая можетъ быть *спеціальной* для отдѣльныхъ правовыхъ сдѣлокъ, или *общей* для всѣхъ правовыхъ сдѣлокъ, какъ настоящихъ, такъ и могущихъ случиться въ будущемъ; c) замѣщеніе одного лица другимъ можетъ случиться и безъ порученія, когда такое заступничество является выгоднымъ для отсутствующаго, дѣйствія котораго выполняются другимъ. Такой заступникъ, безъ порученія (negotiorum gestor), въ извѣстныхъ случаяхъ, можетъ пріобрѣсти права того лица, чьи дѣйствія онъ исполняетъ.

II. *Право распоряжаться* не имѣетъ мѣста, когда: a) предметъ вообще не подлежитъ распоряженію частнаго лица, и b) когда онъ не можетъ быть подчиненъ волѣ дѣйствующаго.

§ 12. *Объ ошибочныхъ опредѣленіяхъ воли.*

Родъ и видъ какимъ образомъ опредѣляется воля къ дѣйствію, которое уже совершено, хотя и есть явленіе внутренное, духовное, но оно должно быть соображаемо правомъ на столько, на сколько это внутренное опредѣленіе выражается внѣшними дѣйствіями, потому что послѣднія, съ самаго ихъ начала до окончательнаго ихъ совершенія, не смотря на свои различныя стороны, представляютъ *единство*. Опредѣленія воли могутъ быть двоякаго рода: *правильныя*, или *ошибочныя*. Разсмотримъ сначала послѣднія.

Ошибочное опредѣленіе воли не можетъ разсматриваться въ правѣ какъ правильное, или какъ одинаковое съ нимъ. Напротивъ, смотря по различію случаевъ, право или охраняетъ отъ извѣстнаго вреда, вытекающаго изъ такихъ дѣйствій, или соединяетъ извѣстный вредъ съ послѣдними. Ошибочное опредѣленіе воли можетъ случаться *двоякимъ* образомъ: 1. Воля, направленная на предметъ, можетъ быть опредѣлена не предметомъ, который (положительно, или отрицательно) заключается въ намѣреніи, но *чѣмъ либо другимъ*. Здѣсь собственно другой предметъ заступаетъ мѣсто предмета желаемаго, или нежелаемаго. Это происходитъ или въ силу того, что самоопредѣленіе уничтожается

внѣшнимъ вліяніемъ посредствомъ *психическаго принужденія* и порожденнаго черезъ то страха, или въ силу того, что *другіе* ввели насъ въ заблужденіе, или воспользовались имъ, т. е. посредствомъ *обмана*, или наконецъ вслѣдствіе того, что мы *сами* находимся въ состояніи *заблужденія*, или *невѣденія*. Въ этихъ случаяхъ наши дѣйствія всегда опредѣляются предметомъ, опредѣлять ихъ которымъ мы вовсе не желаемъ. Такимъ образомъ, здѣсь управляютъ нашими дѣйствіями такія ошибочныя побужденія (мотивы), которыя могутъ существовать какъ при дѣйствіяхъ правомѣрныхъ, такъ и при дѣйствіяхъ противозаконныхъ (недозволенныхъ). 2. Иное открывается, когда мы сами придаемъ нашей волѣ ошибочное *направленіе* по отношенію къ предмету, который дѣйствительно мы желаемъ, но котораго бы желать *не должно*, т. е. когда дѣйствіе противозаконно. Это ошибочное направленіе возможно или вслѣдствіе того, что недозволенное, (предметъ противный праву), было *преднамѣрено*, т. е. существовалъ *противозаконный* (злой) умыселъ, или вслѣдствіе того, что недозволенное лишь произошло изъ (положительнаго, или отрицательнаго) дѣйствія воли не преднамѣренно, но потому что воля не направлялась къ совершенію, или несовершенію того, что могло предотвратить недозволенное (culpa). Разсмотримъ отдѣльно каждый изъ этихъ двухъ видовъ ошибочнаго опредѣленія воли.

I. Объ ошибочныхъ *опредѣленіяхъ* (побудительныхъ причинахъ, мотивахъ) дѣйствій. Въ первую пору развитія права, когда послѣднее имѣетъ въ виду лишь внѣшнія дѣйствія, на внутреннія побужденія или мотивы вовсе не обращается вниманія, или, если обращается, то весьма мало. Такъ древнее римское, строго-формальное, право вовсе не знало объ этихъ внутреннихъ опредѣленіяхъ воли; но преторское право проложило путь этому ученію и мало по малу оно достигло въ римскомъ правѣ до такой законченности и совершенства, что новѣйшія законодательства не прибавили ничего существенно новаго къ его основнымъ положеніямъ.

1. *Принужденіе* и *страхъ*. О физическомъ принужденіи (vis. въ тѣсномъ смыслѣ), которое не есть мотивъ дѣйствія и уничтожаетъ какъ понятіе, такъ и самостоятельность послѣдняго, здѣсь не будетъ и рѣчи.

Психическое (психологическое, духовное) принужденіе есть страхъ, возбужденный угрозою нанесенія какого-либо зла (vis ac metus). Но чтобы имѣть притязаніе на правовую защиту противъ вреда, происшедшаго изъ дѣйствій, возбужденныхъ страхомъ, самый вредъ долженъ имѣть значеніе (justus metus) и должна существовать вѣроятность приведенія его въ исполненіе (praesens metus), по отношенію даже къ человѣку, который этой угрозѣ можетъ не поддаться. При обсужденіи такихъ случаевъ, судья долженъ обратить вниманіе на особенное положеніе угрожаемаго, и преимущественно на полъ, возрастъ, состояніе духа, степень сознанія и силы воли.

2. *Обманъ* есть всякое умышленное приведеніе другаго лица въ заблужденіе, или извлеченіе выгодъ изъ послѣдняго. Обманъ обозначался въ римскомъ правѣ словомъ dolus, которое употребляется также для обозначенія всякаго противозаконнаго намѣренія. По отношенію къ dolus, въ томъ и другомъ его значеніи, существуетъ принципъ, по которому: никто не долженъ извлекать для себя выгоды посредствомъ обмана, или противозаконнаго намѣренія (nemini dolus suus prodesse debet); обманутому предоставляется правовое средство противъ обманщика и его наслѣдниковъ и каждый долженъ отвѣчать за *dolus* (dolus

semper praestatur). Существуетъ общее правило, что обвиняющій кого-либо въ поступкѣ, гдѣ есть dolus, долженъ представить на то доказательства.

3. *Ошибка.* При этомъ безразлично, было ли дѣйствующему что нибудь извѣстно неправильно, или совершенно неизвѣстно, т. е. существуетъ ли заблужденіе (error), или незнаніе (ignorantia). Но юридически ошибка различается, смотря потому будетъ ли она *юридической ошибкой*, незнаніемъ права, или *незнаніемъ фактовъ* (error seu ignorantia juris vel facti). а) Юридическая ошибка, вслѣдствіе правила, что никто не можетъ отговариваться незнаніемъ права, вообще не разсматривается какъ моментъ оправданія; но принимается за него въ извѣстныхъ случаяхъ и по отношенію къ извѣстнымъ лицамъ (quibus jus ignorare permissum est), напр. несовершеннолѣтнимъ, женщинамъ, необразованнымъ, и если она касается не общихъ положеній права, но положеній, связанныхъ съ извѣстными привиллегіями, или вытекающихъ изъ какого-либо мѣстнаго права и обычаевъ. b) Напротивъ фактическая ошибка, если она не вытекаетъ изъ грубой неосмотрительности (negligentia crassa), является во многихъ случаяхъ извиняющимъ обстоятельствомъ; съ одной стороны, съ нею могутъ быть связаны извѣстныя выгоды, какъ напр. при владѣніи in bona fide, при usucapio, при пріобрѣтеніи плодовъ; съ другой стороны, вслѣдствіе различнаго рода упущеній, она можетъ воспрепятствовать ущербу и примѣненію извѣстныхъ невыгодныхъ предписаній права и можетъ служить основаніемъ многихъ исковъ. Доказательства существованія ошибки долженъ представлять тотъ, кто на нее ссылается.

II. Объ ошибочныхъ направленіяхъ воли и проистекающихъ изъ нихъ обязанностяхъ вознагражденія вреда.

1. Противозаконное намѣреніе (dolus въ обширномъ смыслѣ). Здѣсь безразличны субъективные мотивы, опредѣляющіе совершеніе преднамѣреннаго, самого по себѣ противозаконнаго, дѣйствія, т. е. принимается совершенно безразлично— совершено ли послѣднее вслѣдствіе корысти, вражды, злорадства и т. п. За преднамѣренную несправедливость (которая въ имущественномъ правѣ соединена съ вредомъ) долженъ отвѣчать каждый (dolus semper praestatur) и безнаказанность въ случаяхъ, гдѣ есть dolus, точно также не можетъ быть выговорена въ договорѣ, какъ и все безнравственное.

2) Вина (culpa), возникающая вслѣдствіе неосторожности, по отношенію къ вреду, распадается на многіе *виды* и имѣетъ многія *степени*.

а) Существуетъ два *рода* вины; одна, такъ называемая вина абсолютная, или, какъ говорятъ романисты, culpa ex lege Aquilia, другая — относительная, или облигаціонная, необозначенная помянутымъ закономъ. Вина называется абсолютной, если она не вытекаетъ изъ какихъ либо опредѣленныхъ отношеній между наносящимъ вредъ и пострадавшимъ отъ послѣдняго, какъ это преимущественно и бываетъ при физическомъ поврежденіи чужой собственности; вина называется относительной, если она вытекаетъ изъ какого либо особеннаго облигаціоннаго отношенія, т. е. заключается въ небрежности касательно исполненія какой либо личной обязанности. Абсолютная вина степеней не имѣетъ и по отношенію къ ней существуетъ общее правило: neminem laede, которое, если нарушается положительнымъ дѣйствіемъ, то всегда влечетъ за собою извѣстную отвѣтственность. *Относительная*, или *облигаціонная* вина имѣетъ многія степени. Такъ различаютъ *тяжкую* вину (culpa lata) и *легкую* вину (culpa levis); первая имѣетъ мѣсто тогда, когда не соблюдена предусмотри-

тельность и осторожность, возможныя при способностяхъ даже обыкновеннаго человѣка; вторая же тогда, когда въ поступкѣ хотя и замѣтна осторожность, но не такая, какой можно ожидать отъ человѣка разумнаго и предусмотрительнаго. Видоизмѣненія вины опредѣляются извѣстными отношеніями (напр. управленіе опекуна, мужа), когда culpa измѣряется не по общему масштабу, но *индивидуально*, сообразно *старанію* (diligentia), которое прилагаетъ лицо въ своихъ собственныхъ дѣлахъ (deligentia quam suis rebus adhibere solet). Пренебреженіе такимъ стараніемъ, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, можетъ превратиться въ culpa lata. Правила римскаго права, касательно вмѣненія относительной вины, опредѣляются сообразно тому, извлекаетъ ли лицо (одно, или вмѣстѣ съ другими) выгоду изъ извѣстнаго отношенія, когда оно должно отвѣчать за отпет culpam, или не извлекаетъ помянутой выгоды и тогда оно отвѣчаетъ лишь за culpa lata ([38]).

§ 13. *О правильныхъ опредѣленіяхъ воли* ([39]).

Дѣйствіе воли человѣка, какъ существа разумнаго, правильно опредѣляется двоякимъ образомъ: или *конечной цѣлью*, или, если дѣйствіе не есть цѣль сама по себѣ, *цѣлью посредствующей*, которой цѣль конечная достигается. Обѣ эти цѣли, если онѣ восприняты сознаніемъ, объусловливаются намѣреніемъ, которое потому точно также бываетъ двоякимъ: или намѣреніемъ конечнымъ (субъективно-непосредственнымъ), или намѣреніемъ ближайшимъ (объективно-посредствующимъ). Конечная цѣль и конечное намѣреніе никогда не могутъ быть заключены въ области права, но принадлежатъ собственно области морали (этикѣ). Потому, даже въ дареніи, при которомъ благодѣтельное намѣреніе и средство выполненія послѣдняго кажутся скрытыми, обогащеніе имуществомъ другаго есть лишь намѣреніе ближайшее, которое само можетъ имѣть различныя конечныя цѣли, будетъ ли совершено дареніе просто лишь для доказательства расположенія къ одаренному, или для того, чтобы сдѣлать послѣднему возможнымъ достиженіе какой либо другой цѣли (напр. заниматься науками). Слѣдовательно конечное намѣреніе всегда, или отчасти, выходитъ изъ области права. Напротивъ право (хотя оно и находится въ постоянной связи съ нравственностью) касается посредствующихъ цѣлей и ближайшаго намѣренія, потому что право вообще есть условливающее средство, достигаемыхъ, какъ цѣль, добра и благъ жизни и всѣ правовыя отношенія суть правовыя формы и средства, съ помощію которыхъ могутъ быть достигнуты цѣли человѣческой жизни.

Но такъ какъ конечная и правовая посредствующая цѣль находятся въ постоянной связи между собою, то эта связь между ними можетъ являться также и внѣшней, а слѣдовательно и юридической, такъ что конечная цѣль и конечное намѣреніе, при обсужденіи правоваго отношенія, получаютъ важное значеніе. Это въ особенности очевидно въ правѣ уголовномъ; но такая связь, положительно, или отрицательно, выступаетъ также и въ правѣ частномъ. Ибо съ одной стороны не допускается никакой *очевидной* связи правоваго отношенія

---

(38) Объ основныхъ положеніяхъ нѣмецкаго права о случаѣ и винѣ, вредѣ и опасности см. *Stobbe*, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts, S. 290 u. ff.

(39) Обыкновенно на правильныя опредѣленія воли юристы вовсе не обращаютъ основательнаго вниманія и въ своихъ сочиненіяхъ упоминаютъ о нихъ лишь мимоходомъ.

съ какой либо недозволенной цѣлью, будь эта связь выражена въ формѣ условія или опредѣленія цѣли (modus) и не смотря даже на то , что правовыя дѣйствія, по различнымъ положительнымъ законамъ, могутъ быть различными (см. ниже § 14); съ другой же стороны дозволенная конечная цѣль можетъ служить опредѣляющимъ моментомъ юридическаго дѣйствія , если она была ясно выражена, какъ побудительное основаніе (назыв. въ римскомъ правѣ causa) въ формѣ предположенія, или условія, и если можно доказать, что безъ этой цѣли не могло быть и самого правоваго отношенія.

Но самую большую важность въ правѣ имѣютъ: цѣль, заключающаяся въ правовомъ отношеніи, и относящееся къ ней намѣреніе. Это намѣреніе, безъ котораго правовое отношеніе, какъ такое, вовсе не существуетъ, касательно многихъ правовыхъ отношеній, является также моментомъ различающимъ. Такъ animus possidendi отличаетъ possessio отъ detentio ; такъ въ римскомъ правѣ affectus maritalis отличаетъ matrimonium отъ concubinatus; равнымъ образомъ требуются также: animus donandi, novandi и т. д. При двустороннихъ правовыхъ сдѣлкахъ и animus долженъ быть обращенъ на эту же самую сдѣлку.

Такъ какъ въ имущественно правовомъ отношеніи два лица, или болѣе, находятся другъ противъ друга, какъ различныя партіи, то положеніе послѣднихъ, въ ихъ намѣреніи относительно имущественно правовой цѣли, можетъ быть *одинаковое*, или *не одинаковое*, смотря потому объ ли стороны имѣютъ взаимное намѣреніе пріобрѣтенія имущества , или одна сторона желаетъ лишь обогатить другую. Первое является лишь въ облигаціонномъ правѣ , при *взаимныхъ* договорахъ; второе при *дареніи*. Но послѣднее не слѣдуетъ разсматривать лишь только какъ договоръ, но какъ общее правовое дѣйствіе и какъ общее правовое отношеніе, которое можетъ являться и въ формѣ вещнаго права (какъ напр. предоставленіе какого либо jus in re) и въ формѣ облигаціоннаго права (какъ напр. обѣщаніе даренія) ([40]).

§ 14. *О содержаніи правовыхъ отношеній* ([41]).

I. *Вообще.* Содержаніе всякаго правоваго отношенія есть *опредѣленіе извѣстнаго жизненнаго отношенія* по составнымъ частямъ, заключающимся въ правѣ. Потому въ содержаніи всякаго правоваго отношенія субъектъ и объектъ соединяются посредствомъ особеннаго правоваго основанія , заключающагося въ цѣли правоваго отношенія. Обыкновенно, при изложеніи содержанія правовыхъ отношеній, не обращаютъ вниманія на субъектъ и, разсматривая лишь начало объективное , отождествляютъ содержаніе съ объектомъ ; но такое воззрѣніе ложно и ошибочно. Напротивъ, субъектъ извлекаетъ изъ содержанія соотвѣтственныя ему *права* и *обязанности*, при чемъ тѣ и другія въ содержаніи

---

(40) Потому новѣйшіе юристы, какъ *Puchta*, *Arndts* и друг. относятъ дареніе къ общей части, къ которой это понятіе принадлежитъ лишь само по себѣ и по главнѣйшимъ видамъ примѣненія. Каждой особенной части принадлежитъ изложеніе встрѣчающихся въ ней формъ, потому обѣщаніе даренія принадлежитъ къ договорамъ.

(41) Все ученіе о содержаніи правовыхъ отношеній и въ положительной наукѣ права нуждается въ болѣе глубокой и основательной обработкѣ, — относительно чего здѣсь мы могли сдѣлать лишь намеки. При содержаніи правовыхъ отношеній выступаетъ все значеніе понятія условности, отличительнаго признака понятія права Краузе, ученіе котораго, въ приложеніи къ этому случаю, находитъ новое доказательство своей вѣрности.

должны быть понимаемы, по отношенію къ объекту, какъ *единое цѣлое*. Но при ближайшемъ изслѣдованіи правоваго отношенія возникаетъ вопросъ: какимъ образомъ опредѣляется жизненное отношеніе? Роды этихъ опредѣленій суть слѣдующіе:

II. По вышеизложенному главному раздѣленію правовыхъ отношеній, содержаніе можетъ быть или *вещно-правовое*, или *облигаціонное*. По этимъ двумъ видамъ содержанія, различаются также и опредѣляющія условія. Въ вещномъ правѣ, гдѣ является всегда *непосредственное* отношеніе субъекта къ пространственной вещи, опредѣленное цѣлью вещнаго блага отношеніе опредѣляется посредствомъ условій. Эти послѣднія заключаются, частью въ самомъ отношеніи, какъ возможность распоряжаться (господствовать) надъ вещью для извѣстной цѣли, частью въ необходимости поставить всякое опредѣленное вещно-правовое отношеніе, по его возникновенію, продолженію и прекращенію, въ истинной связи со всѣми важными отношеніями, особенно экономическими, нравственными и государственными, и такимъ образомъ установить условія пріобрѣтенія, употребленія и прекращенія вещныхъ правъ. Потому вещныя права есть лишь возможныя направленія дѣятельности субъекта, регулированныя этими условіями. Такъ напр. право завладѣнія регулируется субъективнымъ условіемъ намѣренія, направленнаго на присвоеніе, и объективнымъ условіемъ несуществованія хозяина вещи. Но въ вещномъ правѣ, въ отличіе отъ права облигаціоннаго, эти условія опредѣляются преимущественно не посредствомъ воли частныхъ лицъ, но, для различныхъ цѣлей, имѣющихъ въ виду вещное благо, посредствомъ общаго правоваго порядка. Напротивъ въ облигаціонномъ правѣ, которое регулируетъ обусловленныя отношенія одного лица непосредственно лишъ къ дѣйствіямъ другаго, главныя и побочныя условія установляются преимущественно посредствомъ воли частныхъ лицъ. Хотя и здѣсь воля подчиняется также условіямъ,—которыя она не можетъ отмѣнить, — ибо съ одной стороны дѣйствія воли, по скольку онѣ являются причиной возникновенія облигацій, подчиняются существеннымъ условіямъ, установленнымъ правовымъ порядкомъ, какъ напр. требованію, чтобы въ этихъ отношеніямъ не было принужденія, обмана и т. д.; съ другой стороны всякое облигаціонное отношеніе получаетъ, посредствомъ существенныхъ основныхъ условій извѣстную норму, не претерпѣвающую никакихъ измѣненій, — тѣмъ не менѣе въ облигаціонномъ правѣ, для опредѣленія содержанія, особенно по отношенію къ naturalia et accidentalia negotii, воли партій открывается большій просторъ. Теперь разсмотримъ это содержаніе нѣсколько ближе.

III. *О содержаніи облигаціонныхъ правовыхъ отношеній.* По тремъ главнымъ видамъ этихъ отношеній (облигаціонныя сдѣлки, обязательства вытекающія изъ правонарушеній и обязательства происходящія изъ извѣстныхъ положеній и отношеній), содержаніе ихъ является различнымъ. Въ обязательствахъ, происходящихъ изъ извѣстныхъ случайныхъ положеній и отношеній и имѣющихъ свою причину въ извѣстномъ обстоятельствѣ, по мимо воли лицъ участвующихъ, содержаніе и связанныя съ послѣднимъ права и обязанности даются сущностью отношенія. Въ обязательствахъ, вытекающихъ изъ правонарушеній, содержаніе дается посредствомъ обязанности вознагражденія вреда и права требовать такое вознагражденіе (напр. пени римскаго частнаго права). Содержаніе облигаціонныхъ сдѣлокъ, по ихъ большей важности, изслѣдуемъ подробнѣе.

IV. *О содержаніи облигаціонныхъ сдѣлокъ.* Содержаніе облигаціонныхъ сдѣлокъ (двусторонніхъ и односторонніхъ), происшедшихъ вслѣдствіе юридиче-

скихъ дѣйствій воли, представляетъ собою совокупность опредѣленій *для* воли, или *посредствомъ* воли. Въ правѣ эти опредѣленія суть всегда условія, въ общемъ и обширномъ смыслѣ этого слова ([42]). Условіе, какъ говоритъ также *Böcking* (Pandecten § 111), есть «всякая опредѣленность субъекта, или объекта, свойство или состояніе лица или вещи, какъ въ общихъ, такъ и въ особенныхъ отношеніяхъ», или, какъ говоритъ *Göschen* (Pand. I. S. 277), «всякое опредѣленіе, которымъ характеризуется какая либо правовая сдѣлка по ея индивидуальности.» Это понятіе условія, въ такомъ всеобщемъ значеніи, встрѣчается и въ римскомъ правѣ и въ новѣйшихъ законодательствахъ. Но, въ тѣсномъ смыслѣ, условіемъ будетъ всякое побочное опредѣленіе. Въ тѣснѣйшемъ же смыслѣ условіемъ будетъ такое побочное опредѣленіе, которое дѣлаетъ существованіе правоваго отношенія зависимымъ отъ какихъ либо будущихъ и неизвѣстныхъ событій. Разсмотримъ эти три вида условій, имѣющихъ свои различныя начала, прежде всего вообще.

А. Условія, въ *обширнѣйшемъ* смыслѣ, установляются при правовомъ отношеніи, *существенное* содержаніе (essentialia negotii) котораго они образуютъ:

а) Посредствомъ *объективнаго правоваго порядка* (закона), для всѣхъ или для нѣкоторыхъ правовыхъ сдѣлокъ, положительно, или отрицательно, причемъ условія являются какъ опредѣляющее для дѣятельности отдѣльныхъ лицъ. Сюда въ особенности относятся: опредѣленія о ничтожности правовыхъ сдѣлокъ частныхъ лицъ; о вещахъ extra commercium; распоряженія о наслѣдствѣ лица еще живущаго; далѣе—законныя воспрещенія отчужденія имущества, частью для предупрежденія легкомыслія, какъ напр. при запрещеніи извѣстныхъ дареній, частью для сохраненія извѣстнаго имущества за извѣстнымъ субъектомъ (имущества сиротскія, приданныя, церковныя, ленныя); далѣе — вытекающія изъ экономическихъ соображеній опредѣленія о высотѣ процентовъ при займѣ, объ арендѣ и обществахъ промышленныхъ и торговыхъ; наконецъ сюда же относятся опредѣленія, противодѣйствующія цѣлямъ безнравственнымъ. Всѣми этими положительными и отрицательными законными опредѣленіями обусловливается дѣятельность воли субъекта, по ея отношенію къ объекту.

b). Или посредствомъ опредѣленій, вытекающихъ изъ неизмѣняемой сущности сдѣлокъ. Эта сущность опредѣляется всегда одинаковымъ образомъ, подобно тому какъ посредствомъ сдѣлки становится возможнымъ достиженіе цѣли, дозволенной и установленной человѣческимъ жизненнымъ и оборотнымъ порядкомъ. Такъ посредствомъ мѣны, даренія, купли и проч., различнымъ образомъ достигаются различныя цѣли, и затѣмъ опредѣляются соотвѣтствующіе имъ постоянные институты, которые, если въ одной системѣ положительнаго права опредѣляются иначе

---

(42) Понятіе условія, во всемъ его значеніи еще мало изслѣдовано и развито. *Лейбницъ*, въ своемъ обширномъ сочиненіи: «Doctrina de conditionibus» (какъ specimen certitudinis sive demonstrationis in jure) Op. om. Stud. Dutens. t. IV. p. 29—159, хотя и сдѣлалъ начало, но разсматриваетъ цѣлое лишь какъ побочное опредѣленіе. Въ новѣйшее время *Windscheid* въ своемъ сочиненіи: «die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung,» 1859, указалъ на многіе другіе виды опредѣленій воли, важные для права, которымъ до того времени не придавалось большаго значенія. Но его изложеніе, по отношенію къ точности сдѣланныхъ имъ различій, неудовлетворительно для цѣлаго ученія объ условіяхъ. Слово «условіе» есть самое приличнѣйшее обозначеніе всѣхъ видовъ правовыхъ отношеній, между тѣмъ какъ слово «предположеніе» болѣе субъективно и указываетъ на сдѣланное положеніе условія (въ умѣ, или на словахъ).

нежели въ другой, тѣмъ не менѣе, вслѣдствіе общей основной цѣли, они всегда имѣютъ одни и тѣже общія основныя опредѣленія. Потому въ каждой правовой сдѣлкѣ заключаются и существенныя опредѣленія, вытекающія изъ ея природы и установленныя положительной системой права какъ необходимыя, которыя образуютъ необходимыя условія и безъ которыхъ сдѣлка становится совершенно немыслимой. Такъ въ установленіи dos лежитъ условіе брака, для цѣли котораго приданное установлено; такъ въ основаніи займа лежитъ условіе передачи какой либо замѣняемой вещи; въ основаніи ссуды—дозволеніе пользоваться незамѣняемою вещью и т. д. Такого рода условія и римское право называетъ также juris conditiones, или conditiones quae tacite, или vi ipsa negotio insunt, или ex jure venientes ([43]).

Оба эти рода выше изложенныхъ условливающихъ опредѣленій образуютъ *существенное* содержаніе правовыхъ сдѣлокъ (essentialia negotii), которое ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть измѣняемо частнымъ произволомъ.

c. Средній родъ условливающихъ опредѣленій образуется посредствомъ распорядительныхъ и дозволительныхъ законовъ (см. выше стр. 56), которые впрочемъ примѣняются лишъ только въ такомъ случаѣ, когда частная воля не установила ничего другаго. Эти опредѣленія называются естественными, правильными, обыкновенными (naturalia negotii), которыя хотя и могутъ отмѣняться частными лицами, но лице, настаивающее на такихъ отмѣненіяхъ, должно доказывать ихъ.

d. Наконецъ условливающія опредѣленія могутъ установляться чисто посредствомъ воли частнаго лица (accidentalia negotii). Эти опредѣленія—случайны, или лучше установляются произволомъ, частью побочными (дополнительными) договорами, или побочными опредѣленіями (въ особенности conditio, dies, modus), частью онѣ вытекаютъ изъ недозволенныхъ дѣйствій. Здѣсь мы ближе разсмотримъ лишь побочныя опредѣленія. Эти послѣднія приличнѣе всего раздѣлить: a) на такія, которыя относятся къ прошедшему, или настоящему, и в) на такія, которыя касаются будущаго.

Условіе, касающееся чего либо прошедшаго, или настоящаго (conditio in praesens vel in praeteritum collata), хотя также происходитъ отъ правоваго дѣйствія, но отличается отъ условія въ тѣснѣйшемъ смыслѣ тѣмъ, что отъ него дѣлается зависимымъ утвержденіе бытія, или небытія правоваго отношенія въ будущемъ, т. е. объективно въ немъ нѣтъ никакой извѣстности, хотя субъективно послѣдняя для одного, или обѣихъ изъ участвующихъ лицъ еще существуетъ (напр. если за смертью моего дяди мнѣ дѣйствительно достанется наслѣдство, я подарю тебѣ 100 гульденовъ). Но и при этихъ условіяхъ слѣдуетъ сдѣлать, обыкновенно упускаемое изъ виду, различіе между дозволеннымъ и недозволеннымъ, потому что отъ послѣднихъ моментовъ зависитъ дѣйствительность самаго правоваго отношенія.

([43]) См. Boecking, ib. §. 111.

§. 15. *Въ особенности о побочныхъ опредѣленіяхъ, или объ условіи опредѣленія времени и цѣли.*

I. Условіе, въ тѣснѣйшемъ смыслѣ, какъ побочное опредѣленіе, есть предположеніе какого либо будущаго неизвѣстнаго обстоятельства, отъ котораго для воли дѣйствующаго совершенно или отчасти становится зависимымъ существованіе правовой сдѣлки, или ея содержаніе. *Виды* условій суть слѣдующіе:

1. По отношенію къ *существованію* правовой сдѣлки условіе можетъ быть или *отсрочивающее*, или *разрѣшающее*, смотря потому будетъ ли зависить отъ него происхожденіе, или прекращеніе права. При исполненіи условія въ римскомъ правѣ существуетъ правило (отвергаемое впрочемъ въ Preuss. Landr.), что дѣйствіе исполненія можетъ считаться началомъ сдѣлки (conditio existens retrotrahitur ad initium negotii).

2. *Формально* условіе можетъ быть *утвердительнымъ* (положительнымъ) и *отрицательнымъ*, смотря потому дѣлается ли право зависимымъ отъ появленія или непоявленія какого либо обстоятельства. Впрочемъ означенными выраженіями, принятыми въ языкѣ, тотъ и другой видъ условія не опредѣляется, потому что само по себѣ утвердительное условіе можетъ быть выражено отрицательно и наоборотъ.

3. По отношенію къ *причинѣ*, исполненіе зависитъ или отъ *воли* того, кѣмъ условіе установлено, или отъ внѣшнихъ обстоятельствъ, или отъ взаимнодѣйствія такихъ обстоятельствъ съ дѣятельностью участвующаго. На этомъ основывается раздѣленіе условій in conditiones potestativae, causales et mixtae s. promiscuae. Вообще трудно провести границу между условіями, зависящими отъ воли установителя—conditiones potestativae и условіями смѣшанными—conditiones mixtae s. promiscuae. (Только одно отрицательное условіе, напр. если ты не женишься на А, можетъ быть разсматриваемо, какъ условіе, зависящее чисто отъ воли установляющаго). Потому здѣсь слѣдуетъ обращать преимущественное вниманіе на намѣреніе того, кто установилъ условіе, т. е. на то полагаетъ ли установляющій условіе главную важность по отношенію къ воли, или по отношенію къ самому дѣлу.

4. По отношенію къ *свойству*, условія бываютъ возможныя и невозможныя. Возможность или невозможность могутъ заключаться или въ законахъ природы, или въ законахъ юридической и нравственной воли. Потому, въ особенности невозможныя условія, раздѣляются на невозможныя *физически* и невозможныя *юридически* т. е. *недозволенныя* (правомъ или нравственностью). Но оба вида невозможныхъ условій различаются сами по себѣ и могутъ быть различными въ ихъ правовыхъ дѣйствіяхъ.

а) *Физически* невозможное условіе собственно не есть условіе и, какъ условіе, парализируетъ всякую правовую сдѣлку во всемъ ея существѣ. Но въ положительномъ правѣ условія физически—невозможныя понимаются и разсматриваются различно; римское право разсматриваетъ ихъ на равнѣ съ условіями невозможными юридически.

в) *Юридически* невозможное, или недозволенное условіе (conditio turpis) есть дѣйствительное условіе и оно касается дѣйствій неопредѣленныхъ. Хотя эти дѣйствія воспрещаются нравственностью и закономъ положительнымъ, но онѣ могутъ случаться. При обсужденіи правовыхъ дѣйствій такихъ недозволенныхъ условій важно:

α) Установить руководящіе принципы, служащіе въ этомъ случаѣ путеводною нитью въ римскомъ правѣ и въ законодательствахъ новѣйшихъ. Эти принципы суть: *αα*) такія условія не должны поддерживать ничего, что *само по себѣ (объективно)* дурно или неправо, и *ββ*) онѣ не должны споспѣшествовать *субъективной* безнравственности. Анализъ этихъ возможныхъ дѣйствій условія всюду долженъ дать рѣшеніе и долженъ въ индивидуальныхъ случаяхъ усмотрѣть особенныя жизненныя отношенія. Какъ чисто недозволенныя условія въ римскомъ правѣ считаются, напр. условія безбрачія, развода, брака по чужому произволу. По возрѣнію почти всѣхъ новѣйшихъ законодательствъ, какъ недозволенное условіе разсматривается условіе измѣненія (а также весьма справедливо—и неизмѣненія) вѣроисповѣданія.—Напротивъ допускается, если кто на случай чего либо съ своей стороны безнравственнаго, договоромъ обязуется заплатить извѣстный штрафъ (неустойку) ([44]).

β) Сообразно Римскому праву слѣдуетъ также различать относятся ли непозволенныя условія къ договорамъ или завѣщательнымъ распоряженіямъ. По римскому праву такія условія дѣлаютъ недѣйствительными самые договоры, между тѣмъ какъ тѣже условія при завѣщательныхъ распоряженіяхъ, будучи разсматриваемы какъ неотносящіеся къ нимъ, нисколько не уничтожаютъ силы завѣщанія. Причину такаго возрѣнія слѣдуетъ искать не въ favor testamentarum, а единственно лишь въ томъ, что въ договорѣ *обѣ* стороны замышляютъ недозволенное, въ завѣщаньи же одинъ завѣщатель. Новѣйшія Законодательства приняли, относительно договоровъ—основныя положенія Римскаго права, относительно завѣщательныхъ распоряженій—и другія опредѣленія. Французское законодательство вполнѣ придерживается взглядовъ Римскаго права; Preussische Landrecht придерживается средины: недозволенное условіе считается въ немъ за неписменное, условіе же невозможное физически дѣлаетъ недѣйствительнымъ и самое завѣщательное распоряженіе. По австрійскому законодательству распоряженіе наслѣдствомъ и назначеніе наслѣдниковъ, вслѣдствіе недозволенныхъ, а также и физически-невозможныхъ условій, считаются вовсе недѣйствительными.

Вышеизложенные четыре главныхъ вида условій могутъ соединяться между собою во всѣхъ главныхъ формахъ ([45]).

II. *Опредѣленіе времени*, срокъ, dies. Правовыя отношенія отъ опредѣленія времени зависятъ двоякимъ образомъ, потому что этимъ опредѣленіемъ обозначается или моментъ возникновенія правоваго отношенія (dies, vel terminus ad quo), или моментъ его прекращенія (dies, vel terminus ad quem). Первый моментъ называется *срокомъ свозникновенія*, второй—*срокомъ истеченія*.

([44]). Изъ слѣдующихъ четырехъ главныхъ случаевъ: 1) я обѣщаю тебѣ 100 гульденовъ, если ты причинишь обиду С; 2) я обѣщаю тебѣ 100 гульденовъ, если ты не сдѣлаешь ея; 3) ты обѣщаешь мнѣ 100 гульденовъ, если ты не нанесешь этой обиды и 4) ты обѣщаешь мнѣ 100 гульденовъ, если учинишь ея; причемъ послѣдній случай допускается какъ неустойка.

([45]) *Savigny*, System d. h. r. R. Bd. III. S. 151 и *Boecking*, Pandecten S. 393, представляютъ различныя комбинаціи этихъ главныхъ видовъ условій.

Существенное различіе между условіемъ и опредѣленіемъ времени заключается въ томъ, что условіе касается событія неизвѣстнаго, между тѣмъ какъ опредѣленіе времени всегда относится къ факту извѣстному.

III. *Видъ*, или опредѣленіе цѣли (der Modus, oder die Zweckbestimmung). Видъ (Modus) есть то побочное опредѣленіе, посредствомъ котораго лице дающее вещь дозволяетъ принимающему совершенно или отчасти употребить ее для какой либо извѣстной цѣли. При этомъ главнымъ образомъ имѣется обыкновенно въ виду лишь выгода принимающаго, а потому *видъ* въ тѣсномъ смыслѣ встрѣчается только при дѣйствіяхъ *добровольныхъ;* при обременительныхъ же сдѣлкахъ онъ является какъ часть главныхъ опредѣленій договора. Modus имѣетъ много общаго съ условіемъ и одно и тоже намѣреніе можетъ быть достигнуто въ той, или другой формѣ. Но modus отличается отъ условія тѣмъ, что онъ никогда не препятствуетъ ни пріобрѣтенію права, ни дѣйствующей силѣ послѣдняго. Тѣмъ неменѣе можно требовать обезпеченія выполненія и, при окончательномъ невыполненіи, искать выполненія, или вознагражденія, и даже возвращенія отданнаго sub modo. Въ сомнительныхъ случаяхъ, когда неизвѣстно что существуетъ Modus, или условіе, обыкновенно принимаютъ первый.

§. 16 *Объ изъявленіи воли и различныхъ его формахъ.*

«Ни воля сама по себѣ», говоритъ Пухта ([46])» ни изъявленіе ея само по себѣ не производитъ правовой сдѣлки, но образуетъ ее лишь воля, которая выражена, и изъявленіе, которое воли соотвѣтствуетъ; причемъ слѣдовательно требуется совпаденіе обоихъ ». Несовпаденіе можетъ быть преднамѣренное или непреднамѣренное. Преднамѣреннымъ оно бываетъ тогда, когда имѣется въ виду другая сдѣлка какъ форма, въ которой воля проявляется. Между случаями преднамѣреннаго несовпаденія, притворство (simulatio) есть важнѣйшій. Притомъ существуетъ правило plus valere quod agitur quam quod simulata concipitur т. е. сдѣлка, заключенная лишь для виду, (Simulirte) не имѣетъ значенія, но имѣетъ его та, которой потребность дѣйствительнѣе и которая не заключаетъ въ себѣ ничего запрещеннаго. Непреднамѣреннымъ это несовпаденіе преимущественно можетъ быть вслѣдствіе ошибки относительно: а., лица, в., предмета, и с., самой сдѣлки.

Изъявленія воли и основывающіяся на нихъ правовыя сдѣлки раздѣляются главнымъ образомъ на неформальныя и формальныя.

Неформальныя суть тѣ, которыя являются безъ всякой внѣшней опредѣленной формы словесно или письменно, знаками (напр. ударить по рукамъ, движеніемъ головы, выражающимъ согласіе или отрицаніе) или совершаются дѣйствіями. Даже простое молчаніе можетъ быть принято, какъ согласіе, впрочемъ лишь тогда, когда въ обстоятельствахъ заключалась необходимость противорѣчія. Вообще, въ этомъ отношеніи существуетъ извѣстное, впрочемъ ложное, правило: qui tacet consentire videtur.

Формальное изъявленіе воли и правовыя сдѣлки имѣютъ своимъ основаніемъ: письменные акты, совершаемые большей частью при содѣйствіи какого либо оффиціальнаго лица—нотаріуса, или судьи, слова, торжественно произнесенныя,

---

([46]) Vorlesungen über das heut. röm. R. Bd. I. §. 66.

приведеніе свидѣтелей и дѣйствительные факты. « Такія опредѣленныя формы, какъ говоритъ Пухта, (ibid. § 64), имѣютъ цѣлью: 1., установить опредѣленность воли внѣ всякаго сомнѣнія и гарантировать точность ея изъявленія, 2., по возможности устранить противозаконное вліяніе, 3 , упрочить совершеніе сдѣлки и 4., опредѣленно обезпечить будущее. »

1. *Письменныя формы* ([47]) есть самыя позднѣйшія изъ всѣхъ формъ и предписываются новѣйшими законодательствами для той или другой изъ означенныхъ цѣлей. Все вексельное право основывается на предположеніи письменныхъ документовъ. Гипотеки и завѣщанія, въ большей части случаевъ, нуждаются въ письменныхъ формахъ, вслѣдствіе чего и образовалась особенная отрасль судебной власти, которая, посредствомъ судей и нотаріусовъ, такъ наз. свободнымъ правовымъ сдѣлкамъ (jurisdictio voluntaria) придаетъ письменную форму.—Австрійское законодательство, менѣе всѣхъ другихъ, предписываетъ письменныя формы и дозволяетъ свободный выборъ между словесной и письменной формой не только относительно предсмертныхъ распоряженій, но и относительно договоровъ (§.§. 577, 883, 943); письменная форма необходима лишь при дареніяхъ, которыя, при несуществованіи такой формы, могутъ быть предметомъ спора и допускаютъ искъ (§. 943). Напротивъ прусское земское право требуетъ совершенія письменныхъ документовъ при всѣхъ договорахъ, заключаемыхъ на сумму свыше пятидесяти талеровъ.

2. *Слова, торжественно произносимыя*, особенно встрѣчаются въ Римскомъ правѣ въ формѣ стипуляцій. Въ новѣйшихъ законодательствахъ сюда относятся: согласіе, данное при бракосочетаніи, религіозные обѣты и клятва. Послѣдняя бываетъ или *очистительная* (juramentum assertorium), когда она касается факта уже совершившагося, или *обѣщательная* (juramentum promissorium), когда она относится лишь къ будущимъ дѣйствіямъ лица клянущагося.

3. *Свидѣтели* требуются при многихъ юридическихъ дѣйствіяхъ, какъ напр. при совершеніи брака, при завѣщаніяхъ и проч.

Фактическое выполненіе одной стороной извѣстнаго дѣйствія, при различныхъ договорахъ, разсматривается какъ имѣющее обязательную силу. Настоящему времени, равно какъ и римскому праву, такое выполненіе извѣстно подъ названіемъ задатка (arrha). Большею частью однако допускается, при отступленіи отъ договора, или потеря задатка, или возвращеніе его вдвое.

Толкованіе изъявленій воли и юридическихъ сдѣлокъ основывается вообще на тѣхъ же самыхъ принципахъ, какъ и толкованіе законовъ. Оно бываетъ *достовѣрное* и *доктринальное*; первое есть то, которое даетъ относительно смысла изъявленія воли самъ дѣйствующій, а при обоюдно обязательныхъ юридическихъ сдѣлкахъ то, которое устанавливается съ согласія той и другой изъ договаривающихся сторонъ. Чтоже касается до *доктринальнаго* (граматическаго и логическаго) толкованія, то при немъ берутся въ разсчетъ слѣдующія правила: 1) предпочитается то значеніе, по которому сдѣлка является дѣйствительной и сообразной съ законами; 2) принимается то слѣдствіе сдѣлки, которое больше всего соотвѣтствуетъ ея природѣ; 3) при односторонніхъ обязательствахъ скорѣе принимается меньшій кругъ обязанностей, нежели большій.

---

(47) Описьменныхъ формахъ см. въ особенности *Blume*, Encyclopaedie etc. S. 61 и *Röder*, Naturrecht §. 103.

ГЛАВА III.

§ 17. *Объ основаніи права и объ отношеніи этого основанія къ причинамъ возникновенія права и видамъ его пріобрѣтенія.*

До сихъ поръ правовыя отношенія разсматривались со стороны ихъ возникновенія и прекращенія; но онѣ должны быть поняты также по ихъ объективному положенію въ правовомъ порядкѣ. Такой анализъ приводитъ насъ къ понятію основанія права. Въ наукѣ объ этомъ понятіи до сихъ поръ едва упоминалось, и оно (подобно тому, какъ, понятіе causa римскаго права) ([48]), смѣшивалось съ понятіями причины, цѣли и намѣренія, такъ что всякая попытка точно понять и установить его не всегда можемъ согласоваться съ существующей терминологіей науки и положительнаго права.

Основаніе права вообще есть объективное жизненное и правовое отношеніе, посредствомъ котораго хотя прежде всего лишь по возможности, какъ слѣдствіе, является другое правовое отношеніе, становящееся подъ извѣстными предположеніями дѣйствительнымъ, т. е. короче:—основаніе права есть такое правовое отношеніе, въ которомъ другое содержится какъ слѣдствіе. Жизненныя отношенія, какъ мы замѣтили, суть высшее основаніе правовыхъ отношеній; но сами послѣднія находятся въ многоразличномъ отношеніи къ основанію и слѣдствію. Такъ существенныя жизненныя отношенія человѣческой личности служатъ основаніемъ абсолютныхъ или всеобщихъ, такъ называемыхъ, прирожденныхъ личныхъ правъ; пріобрѣтенныя же права имѣютъ свое основаніе въ правахъ всеобщихъ,—вещное право въ обусловленности лица посредствомъ вещей, облигаціонное право въ обусловленности каждаго лица дѣйствіями другихъ лицъ, но отдѣльныя права вещнаго и облигаціоннаго права всегда имѣютъ свое основаніе въ правѣ болѣе всеобщемъ. Такъ собственность служитъ основаніемъ праву владѣнія вещами, а также праву распоряженія и пользованія ими. Такъ каждая правовая сдѣлка, разсматриваемая въ ея индивидуальности и цѣлостности, является въ свою очередь основаніемъ особенныхъ правовыхъ отношеній ею установляемыхъ; для покупающаго и продающаго изъ правоваго основанія купли вытекаютъ извѣстныя послѣдствія, какъ платежъ стоимости купленной вещи и передача послѣдней. Отношеніе правоваго основанія къ правовымъ послѣдствіямъ можетъ быть: идеальное, лишь въ возможности, какъ напр. въ собственности уже само по себѣ заключается и владѣніе,—и дѣйствительное во времени, когда основаніе предшествуетъ (causa præcedens) — все равно будетъ ли это въ сдѣлкѣ, или въ дѣйствіи, какъ напр. предварительное выполненіе вещественной повинности, которое въ реальныхъ контрактахъ является основаніемъ обязательства. *Всякое право и правовое отношеніе имѣетъ правовое основаніе*, при чемъ въ правовыхъ основаніяхъ существуетъ постепенность, такъ что низшее и особенное вытекаетъ изъ высшаго и болѣе общаго; — все же право

([48]) Въ римскомъ правѣ она понималась только, какъ justa causa, causa civilis contractuum, causa—какъ побудительная причина и какъ цѣль..., или causa turpis.

самое высшее свое основаніе имѣетъ во всеобщемъ божественномъ порядкѣ жизни.

Правовое основаніе слѣдуетъ отличать отъ основанія возникновенія, или правильнѣе, причины возникновенія правовыхъ отношеній. Имѣя въ виду такое различіе, мы раздѣлили (см. выше § 9) обязательства на сдѣлки, обязательства вытекающія изъ правонарушеній и на обязательства происходящія для лица изъ извѣстныхъ его положеній и отношеній. Всякое обязательство, какъ скоро оно возникло, становится въ свою очередь правовымъ основаніемъ для всѣхъ особенныхъ обязательствъ, которыя въ немъ заключаются. Впрочемъ часто, даже и теперь, причину возникновенія разсматриваютъ какъ правовое основаніе. Но правовое основаніе есть всегда нѣчто объективное и независящее отъ различныхъ основаній опредѣленія или субъективныхъ моментовъ, опредѣляющихъ возникновеніе (см. выше § 12). Купля является и можетъ быть правовымъ основаніемъ вознагражденія, если продавецъ по ошибкѣ продалъ такую вещь, которая ему не принадлежитъ. Но въ облигаціонныхъ отношеніяхъ причина и основаніе могутъ быть различаемы лишь идеально, а не внѣшнимъ образомъ. Въ вещномъ же правѣ мы замѣчаемъ совершенно противное. Такъ какъ здѣсь отношеніе лица къ индивидуальной вещи или совокупности вещей является внѣшнимъ и имѣется въ виду подчиненіе вещи власти лица, то въ новыхъ законодательствахъ, за исключеніемъ Французскаго (напр. въ Прусскомъ, Австрійскомъ и др.), для пріобрѣтенія какого либо вещнаго права, кромѣ правоваго основанія, — которое можетъ вытекать изъ договора, существовать по закону, или въ силу судебнаго рѣшенія,—требуется еще актъ пріобрѣтенія (modus aquirendi), по которому отношеніе власти, заключающееся въ пріобрѣтенномъ вещномъ правѣ, дѣлается дѣйствительнымъ и внѣшнимъ образомъ и,—что также неменѣе важно,—становится очевиднымъ и для другихъ. Различіе между titulus и modus aquirendi, принятое прежде для римскаго права, но, — какъ показалъ Гуго, — неприложимое вполнѣ къ правамъ новѣйшихъ народовъ, само по себѣ имѣетъ не только научное, но и важное практическое значеніе. Въ правовомъ основаніи обыкновенно соединяютъ содержаніе съ формою, въ которой оно (т. е. содержаніе) заключается и выражается. Но это не вѣрно, потому что, вслѣдствіе извѣстныхъ видовъ и индивидуальныхъ цѣлей лица, форма можетъ быть отдѣлена отъ содержанія и сама по себѣ можетъ разсматриваться какъ (формальное) основаніе, изъ котораго другія правовыя отношенія вытекаютъ какъ слѣдствія (см. ниже формальные договоры § 42, B).

ГЛАВА IV.

§ 18. *Объ образованіи правовыхъ отношеній въ пространствѣ и времени.*

Дѣйствія воли и правовыя отношенія, какъ и все человѣческое, являются въ формахъ пространства и времени. Но эти формы лишь извѣстнымъ образомъ опредѣляютъ или видоизмѣняютъ правовыя отношенія, а не служатъ имъ основаніемъ, потому что истинное основаніе правовыхъ отношеній всегда лежитъ глубже.

1) *Отношенія пространства* имѣютъ правовое значеніе и опредѣляются въ особенности *мѣстомъ жительства* (которое слѣдуетъ различать отъ *мѣстопребыванія*, избираемаго лицомъ даже на долгое время, но безъ намѣренія поселиться тамъ на всегда, и отъ случайнаго *мѣстонахожденія*) и *присутствіемъ* или *отсутствіемъ* (особенно относительно договоровъ и давности).

2) *Отношенія времени* имѣютъ на правовыя отношенія еще большее вліяніе. Однако правовыя отношенія, какъ справедливо сказано: quamquam nihil ex tempore fit, tamen nihil nisi in tempore fit, не получаютъ своего основанія посредствомъ времени, но въ немъ возникаютъ, развиваются и прекращаются.

Общимъ основнымъ правиломъ признается, что права и обязанности должны быть выполняемы въ извѣстное время. Это правило важно также по извѣстнымъ послѣдствіямъ (напр. давности), чтобы правовыя отношенія вообще выполнялись своевременно, въ извѣстное время. Всѣ дѣйствія, противорѣчащія этому правилу, сводятся подъ общее понятіе *упущенія времени*, *просрочки*, которая бываетъ трехъ родовъ:

1) Противозаконное упущеніе времени въ исполненіи правоваго обязательства называется mora и можетъ произойдти, какъ со стороны вѣрителя (mora accipiendi), такъ и со стороны должника (mora solvendi).

2) Упущеніе времени въ возведеніи права въ законную силу посредствомъ суда, т. е. потеря исковаго права. Съ этимъ соединяется, какъ слѣдствіе, просрочка въ предъявленіи иска (temporalis præscriptio).

3) Упущеніе времени въ выполненіи вещнаго права съ одной стороны и въ фактическомъ его выполненіи съ другой. Съ этимъ, при извѣстныхъ условіяхъ, соединяется для одной стороны потеря права, для другой же пріобрѣтеніе его посредствомъ давности и завладѣнія. Понятіе давности смѣшиваютъ часто съ просрочкой подачи жалобы и завладѣніемъ; но всѣ эти виды слѣдуетъ различать между собою, какъ по ихъ внутреннему значенію, такъ и по ихъ названіямъ ([49]).

Какъ особенный видъ давности принималось еще такъ назыв. *незапамятованное время*, или незапамятованная давность (unvordenkliche Zeit, Immemorial-Verjarung). Но эта давность не имѣетъ ничего общаго съ вышеозначенными ея видами, потому что посредствомъ нея вовсе не дѣлается законнымъ фактически существующее, но она лишь является доказательствомъ, что спорное состояніе получило законную силу и существовало, какъ законное, еще и прежде. Потому для этой давности не требуется ни justus titulus, ни bona fides. Новыя законодательства этаго вида давности не знаютъ.

([49]) *Пухта* (Vorlesungen § 73) говоритъ: «давность разсматривали какъ настоящій институтъ права, между тѣмъ какъ на самомъ дѣлѣ она есть лишь произвольное собраніе различныхъ правовыхъ институтовъ въ одно цѣлое.»

ГЛАВА V.

§ 19. *Объ охраненіи правъ.*

I. *Вообще.*—Права, существуя сами по себѣ, въ ихъ выполненіи, должны быть охраняемы отъ нарушенія. Нарушеніе можетъ быть возможное, или дѣйствительное. Противъ нарушенія возможнаго существуютъ въ правѣ *ручательства*, доставляемыя или частно-правовыми сдѣлками (какъ напр. поруки, залогъ), или судебными распоряженіями (missio in possessionem, арестъ, секвестръ имущества). Противъ дѣйствительнаго нарушенія представляется ручательствомъ—поданіе въ судъ жалобы (искъ).

II. *Въ особенности объ искахъ.*

1. *Объ искахъ вообще.* Искъ есть средство самостоятельно отъискивать право передъ судомъ. Право пользоваться этимъ средствомъ называется исковымъ правомъ. Относительно иска и касающихся его правъ слѣдуетъ различать: 1) *основаніе* иска, заключающееся въ самомъ правѣ, съ которымъ онъ связанъ, и которое, посредствомъ иска, получаетъ свою силу; 2) *поводъ*, который заключается въ нарушеніи права отвѣтчикомъ и можетъ происходить изъ преступленія, воспрепятствованія выполненію права, или же оспариванія права; съ возникновеніемъ повода возникаетъ и искъ, въ тѣсномъ смыслѣ, actio nata; 3) *предметъ*, или *цѣль* иска, т. е. вообще охраненіе права, уничтоженіе повода, а слѣдовательно—фактическое признаніе права. По отношенію къ предмету, иски распадаются: a) на иски, касающіеся правоваго положенія лица и въ особенности его семейственныхъ отношеній (Präjudicialklagen); b) вещные иски, касающіеся правъ вещныхъ, и c) личные, которые относятся къ обязательствамъ и основаннымъ на послѣднихъ требованіямъ.

2. Судопроизводство, или процессъ, въ гражданскомъ спорномъ дѣлѣ заключаетъ въ себѣ, какъ главные моменты: a) *установленіе спорнаго пункта* между тяжущимися (status causae et controversiae) — посредствомъ иска; посредствомъ возраженія, т. е. приведенія фактическихъ доказательствъ, которыми совершенно или отчасти уничтожается сила иска; посредствомъ реплики, опровергающей возраженіе; посредствомъ дуплики, опровергающей реплику, и т. д.; b) *отысканіе истины* изъ приведенныхъ тяжущимися доказательствъ; c) *приговоръ*, основывающійся на этомъ розысканіи и вытекающій изъ него какъ результатъ, и d) *исполненіе* приговора.

О прекращеніи исковъ вообще. Если прекращается само право, то естественно уничтожается и право отыскивать его. Но исковое право можетъ уничтожаться и самостоятельно, причемъ возможны два случая: когда право само по себѣ (какъ naturalis obligatio), продолжается и только лишается средствъ охраненія искомъ, или, когда право уничтожается вмѣстѣ съ искомъ. Важнѣйшій видъ уничтоженія исковъ есть *давность*.

a) *Исковая давность* есть уничтоженіе иска вслѣдствіе пропущенія установленнаго закономъ времени, въ продолженіе котораго искъ могъ быть предъявляемъ. Всѣ иски, за исключеніемъ лишь немногихъ, подлежатъ давности,

потому что неопредѣленіе сроковъ ихъ предъявленія постоянно подрывало бы надежность и справедливость судебныхъ приговоровъ. Относительно исковой давности должны быть точнѣе опредѣлены: условія, время и дѣйствія. Условія исковой давности суть: α) actio nata, т. е. долженъ существовать поводъ къ иску (actioni nondum natae non currit praescriptio); β) продолженіе давности; она прерывается дѣйствительнымъ предъявленіемъ иска, по которому можетъ послѣдовать призваніе къ суду отвѣтчика; γ) условіе, чтобы время истекло сполна, т. е. право на искъ уничтожается лишь съ истеченіемъ послѣдняго дня, въ который искъ можетъ быть предъявляемъ. Но во многихъ случаяхъ истеченіе закономъ опредѣленнаго времени не вмѣняется по отношенію къ искамъ отъ малолѣтнихъ и вообще въ тѣхъ случаяхъ, когда предъявленію иска мѣшаютъ какія либо правовыя препятствія: agere non volenti non currit praescriptio. — Mala fides, по отношенію къ отвѣтчику, по римскому праву, не служила препятствіемъ не только исковой давности, но и давности, касающейся вещныхъ исковъ. Но каноническое право, а за нимъ и общее право, требуютъ въ послѣднемъ случаѣ bona fides, такъ какъ оно (т. е. каноническое право) при вещныхъ искахъ смѣшивало между собою завладѣніе посредствомъ давности и давность исковую.

b. *Время*, относительно исковой давности, полагаютъ обыкновенно тридцать лѣтъ. Но этотъ срокъ для нѣкоторыхъ исковъ увеличивается, такъ существуетъ сорокалѣтняя давность для исковъ церквей и благотворительныхъ заведеній и для тѣхъ, которые предъявлены, но судопроизводство по нимъ еще не кончилось; для нѣкоторыхъ же исковъ этотъ срокъ уменьшается, такъ для исковъ о личныхъ оскорбленіяхъ.

c. Дѣйствіе давности бываетъ *формальное*, если иску противопоставляется возраженіе. Что же касается *матеріальнаго* дѣйствія, то весьма справедливо принятое многими замѣчательными юристами положеніе общаго права, что уничтожается лишь искъ, а не самое право, такъ что naturalis obligatio и его виды могутъ получить законную силу и Австрійское законодательство § 1432 не допускаетъ требованія о возвращеніи платежа по просроченному долгу.

ГЛАВА VI.

§ 20. *Владѣніе* ([50]).

Понятіе владѣнія имѣетъ значеніе не только для частнаго права, но и для права государственнаго и международнаго. Философія права, которая должна установить единство принциповъ въ цѣлой системѣ права, по возможности, должна также свести къ единству представленія то, что народный духъ обозначаетъ въ языкѣ однимъ выраженіемъ. Относительно владѣнія это примѣнимо вполнѣ.

---

(50) О владѣніи см. классическое сочиненіе «Das Recht des Besitzes,» 6. Aufl. 1837, v. *Savigny* и «das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart,» 1848, v. *Bruns*, замѣчательное, какъ въ философско-правовомъ отношеніи, такъ и по отношенію къ свѣденіямъ по положительному праву, касающихся каноническаго и германскаго права, общей практики и положеній новѣйшихъ законодательствъ.

I. *Понятіе владѣнія.* Неоспоримо, что владѣніе имѣетъ юридическое значеніе лишь въ отличіе его отъ самого права, какъ объективно регулирующаго отношенія. Но право имѣетъ не одну только объектикную сторону, но и субъективную, вслѣдствіе его непосредственной связи съ лицемъ, его волею, или намѣреніемъ сдѣлать *для себя* право дѣйствительнымъ, по отношенію къ предмету (объекту). Если же самъ предметъ находится въ непосредственной связи съ лицомъ и существуетъ возможность многократнаго примѣненія къ нему права, то лицо владѣетъ этимъ предметомъ, имѣя въ виду право. Такое владѣніе, по отношенію къ объективному праву, можетъ быть двоякимъ. Или владѣніе есть и является какъ слѣдствіе и составная часть права; такъ собственникъ, пользующійся повинностями, залоговѣритель слѣдствіемъ своихъ правъ имѣютъ также и владѣніе, но такое, которое, какъ *слѣдствіе* права, въ ученіи о владѣніи не имѣетъ никакого особаго значенія. Или же владѣніе можетъ быть принимаемо въ значеніи субъективно правоваго отношенія, когда владѣлецъ заявляетъ лишь *намѣреніе* сдѣлать для себя право на предметъ дѣйствительнымъ, будетъ ли основываться, или даже не основываться, это намѣреніе на дѣйствительно-правовомъ основаніи, или только на доброй вѣрѣ, если она есть. Такое субъективное отношеніе, выраженное въ намѣреніи, охраняется въ государственномъ порядкѣ по крайней мѣрѣ на извѣстное время, пока юридическій вопросъ не разрѣшится за или противъ владѣльца, и въ извѣстныхъ случаяхъ (напр. при завладѣніи, на основаніи давности) можетъ повести за собой и самое право. Основаніе такого охраненія владѣнія, прежде всего какъ только субъективно-правоваго отношенія, лежитъ въ правовомъ значеніи личности и въ положеніи занимаемымъ ею во всеобщемъ правовомъ порядкѣ. Такъ какъ государство должно признать за каждымъ лицомъ сферу свободной дѣятельности и свободу правоваго образованія жизни и такъ какъ каждое лицо, прежде всего, должно само регулировать свои отношенія и поставить ихъ въ правильную связь съ объективнымъ правомъ, то государство (по нравственно-правовому принципу: quilibet praesumitur bonus ac justus donec probetur contrarium) должно также *предположить*, что каждый, внѣшнимъ образомъ заявляющій себя какъ владѣлецъ, уже самъ поставилъ себя въ правильное отношеніе къ объективному праву. Личность признается въ правѣ свободно дѣйствующей и есть основаніе правоваго порядка, а потому и должна быть охраняема въ ея непосредственныхъ отношеніяхъ къ объекту права. Этотъ субъективный взглядъ на право и намѣреніе имѣетъ значеніе не только въ частномъ правѣ, но и, при выполненіи права, со стороны физическаго, или нравственнаго лица, во многихъ *государственно-правовыхъ* отношеніяхъ; при чемъ порядокъ и преуспѣяніе государственнаго организма требуютъ въ извѣстныхъ случаяхъ временнаго охраненія владѣнія до разрѣшенія юридическаго вопроса. Даже въ завладѣніи путемъ величайшаго насилія, посредствомъ узурпаціи, все таки выступаютъ на первый планъ субъективный взглядъ и намѣреніе, которыя узаконяются и, вслѣдствіе того или другаго всеобщаго признанія, находятъ для себя ту или другую внутреннюю, или внѣшнюю объективную правовую форму. Наконецъ, важно также завладѣніе и владѣніе въ *международномъ правѣ*, когда какая либо власть по своему субъективному взгляду установляетъ свои отношенія къ вещи, между тѣмъ какъ по объективному международному праву эти отношенія должны быть установляемы лишъ посредствомъ признанія со стороны другихъ властей. Такимъ образомъ, при владѣніи, субъективно-правовое отношеніе является во всѣхъ областяхъ права.

На основаніи вышеизложеннаго мы можемъ обсудить истинное и ошибочное другихъ воззрѣній касательно основанія владѣнія. Оставляя въ сторонѣ старый взглядъ, который понимаетъ владѣніе какъ временную собственность и разсматриваетъ относящіеся до владѣнія интердикты какъ временную защиту, или который правовое охраненіе владѣнія сводитъ на принципъ публичнаго права, что въ государствѣ никто не можетъ самъ создавать для себя право, разсмотримъ сдѣлавшееся господствующимъ воззрѣніе знаменитаго *Савиньи*, принимающаго владѣніе, какъ простой *фактъ* и фактическое отношеніе. Противъ этаго, кромѣ возраженій *Тибо* (Thibaut), особенно *Гансъ* справедливо замѣчаетъ, что всякое право основывается на фактѣ или на него сводится, а потому и владѣніе должно пониматься какъ *право*, но только какъ право относительное. Но эта относительность, выставленная Гансомъ, по ложному воззрѣнію *Гегеля* на право, была возведена въ принципъ всѣхъ правовыхъ отношеній. Савиньи же напротивъ хотѣлъ только видѣть во владѣніи фактическомъ то отношеніе, въ которомъ собственность является по праву. Хотя онъ справедливо замѣтилъ, что основаніе охраненія владѣнія заключается въ личности, но его воззрѣніе не вѣрно тѣмъ, что онъ видитъ это основаніе не въ непосредственномъ отношеніи личности къ вещи, а въ неприкосновенности *тѣла*, почему и принимаетъ нарушеніе отношенія владѣнія за преступленіе. *Пухта*, который въ своемъ субъективномъ воззрѣніи на право ставитъ владѣніе рядомъ съ правомъ личности и разсматриваетъ его, «какъ право надъ собственною личностью» во основаніи охраненія владѣнія видитъ много общаго съ неприкосновенностью *воли*. Но воззрѣніе Пухты ошибочно уже потому, что воля является не только во владѣніи, но и въ другихъ правовыхъ отношеніяхъ. Ближе всѣхъ приблизился къ истинѣ *Шталь*, видя основаніе охраненія владѣнія въ неприкосновенности *фактически существующаго отношенія лица къ вещи* ([51]). Но владѣніе не есть только фактъ, къ которому примыкаютъ правовыя отношенія, но который самъ по себѣ, никогда не есть право и не можетъ сдѣлаться имъ, а *воля*, которая, какъ причина правовыхъ отношеній, должна охраняться въ ея *субъективно-правовомъ* отношеніи къ вещи.

Теперь разовьемъ: I. главнѣйшія *требованія*, вытекающія изъ понятія владѣнія.

Владѣніе требуетъ: 1) Возможность непосредственнаго осуществленія воли лица по отношенію къ объекту, слѣдовательно возможность воздѣйствія въ видѣ власти или господства лица надъ объектомъ; 2) волю или намѣреніе выполнить касательно объекта право *для себя*, потому этимъ лишь и отличается владѣніе отъ простаго завладѣнія, задержанія (Innehabung, detentio); различіе здѣсь заключается слѣдовательно не въ томъ, что detentio есть простое физически-фактическое отношеніе, потому что и detentio предполагаетъ также волю касательно объекта (какъ то ясно доказалъ *Брунсъ* противно обычной доктринѣ) ([52]), а тѣмъ что владѣлецъ задерживаетъ предметъ для себя, своимъ именемъ; 3) возможность *неоднократнаго* выполненія права относительно объекта, потому что права, допускающія, какъ и большая часть требованій, лишь однократное выполненіе, уничтожаются послѣднимъ и не требуютъ дальнѣйшей защиты.

---

(51) Rechtsphilosophie II. S. 405.
(52) Recht des Besitzes, S. 466.

II. Вышесказаннымъ опредѣляется также *объемъ* примѣненія понятія о владѣніи. Это понятіе примѣнимо ко всѣмъ отношеніямъ, допускающимъ возможность неоднократнаго выполненія, слѣдовательно: 1) ко всѣмъ вещнымъ правамъ, собственности въ ея различныхъ видахъ, сервитутамъ и закладному праву; 2) въ облигаціонномъ правѣ къ облигаціямъ, допускающимъ продолжающееся или повторяющееся выполненіе, напр. къ требованіямъ рентъ, содержанія; 3) въ личномъ и семейномъ правѣ къ правамъ, вытекающимъ изъ извѣстныхъ случайныхъ положеній и отношеній, заключающимъ всегда въ себѣ неоднократное выполненіе, напр. отношеніе ребенка къ опредѣленнымъ лицамъ, разсматриваемымъ за его родителей; тѣмъ не менѣе, когда въ личныхъ и именно семейныхъ отношеніяхъ защита владѣнія, вытекающаго изъ отношенія не правильнаго самаго по себѣ, является возможнымъ оскорбленіе нравственной стороны, защита эта должна подвергнуться измѣненію или даже должна быть совершенно изключена изъ отношенія по усмотрѣнію судьи ([53]). Къ этимъ тремъ видамъ правовыхъ отношеній практика до 18-го столѣтія, равно какъ и три новѣйшихъ законодательства примѣняли цѣлесообразно понятіе владѣнія и попытки ограничить его будутъ постоянно встрѣчать преграду въ сдѣлавшемся обычнымъ филологическомъ и правовомъ воззрѣніи.

III. *Виды владѣнія.* Владѣніе въ свою очередь опредѣляется цѣлью, которая преслѣдуется въ немъ при опредѣленныхъ *условіяхъ*, приводящихъ отношеніе въ сообразность съ цѣлію. Отсюда вытекаетъ *право владѣнія*, и такъ какъ цѣль сама по себѣ двояка: ограниченная, цѣль *защиты* и болѣе обширная, *завладѣнія давностію*, то существуютъ и два главныхъ вида владѣнія: *владѣніе по интердикту* (Interdicten-Besitz) и *владѣніе per usucapionem*. Условія требуемыя вообще правомъ владѣнія суть: a) *безошибочность* (подлинность (Echtheit), какъ говоритъ Oesterr. G. B.); b) *честность;* c) *правомѣрность* владѣнія. Эти условія часто разсматривались какъ виды владѣнія; они же сами по себѣ (за исключеніемъ втораго условія во многихъ отношеніяхъ) не имѣютъ самостоятельнаго значенія; послѣднее принадлежитъ имъ лишь по отношенію къ обоимъ вышеозначеннымъ цѣлямъ и видамъ владѣнія.

1) Владѣніе, имѣющее цѣлью предварительную защиту, цѣлесообразно связано съ незначительнѣйшимъ условіемъ, безошибочностью, слѣдовательно съ тѣмъ, что владѣющій достигъ владѣнія не силою, не хитростью, или тайно, по просьбѣ (vi, clam, или precario), такъ что безошибочное владѣніе уже одно, само по себѣ, дастъ притязаніе на правовую защиту. Правовыми средствами являются интердикты для утвержденія и отысканія владѣнія, interdicta retinendæ et recuperandæ possessionis.

2) Владѣніе per usucapionem требуетъ болѣе строгихъ условій, вслѣдствіе обширной цѣли, по которой такое владѣніе должно вести за собою полное право. При *обыкновенномъ* завладѣніи посредствомъ давности эти условія суть *честность, правомѣрность* и опредѣленный *срокъ;* при *чрезвычайномъ*, гдѣ

([53]) Bruns, ib. S. 496. Обычное, принятое и Брунсомъ различіе, дѣлаемое между владѣніемъ вещами и владѣніемъ правами, я не могу разсматривать какъ правильное, потому что владѣніе касается не самой вещи, а субъективно-правоваго отношенія къ вещи, требующаго защиты. При владѣніи собственностью, какъ то правильно замѣчаетъ Брунсъ S 478, существуетъ и важно лишь владѣніе властью или господствомъ надъ вещею, равно какъ и въ сервитутахъ только это отношеніе власти имѣетъ значеніе; точно также и въ облигаціонномъ владѣніи охраняется власть (какъ обыкновенно говорятъ,) надъ дѣйствіями другихъ.

срокъ *продолжительнѣе*, условіе правомѣрности опускается, но постоянно требуется честность. Честность по римскому праву требовалась при всякомъ завладѣніи посредствомъ давности лишь для начала владѣнія, между тѣмъ какъ каноническимъ правомъ и новѣйшими законодательствами (за исключеніемъ Французскаго) она требуется для всего закономъ предписаннаго времени владѣнія. Честность или *добрая вѣра* (bona fides) состоитъ въ убѣжденіи, истекающемъ изъ вѣроятныхъ основаній, что лицо пріобрѣло какое либо право на объектъ; *правомѣрность* же (justus titulus) заключается въ правовомъ основаніи, достаточномъ для пріобрѣтенія права (какъ напр. купля, даръ, наслѣдованіе). Такимъ образомъ можно быть правомѣрнымъ и тѣмъ не менѣе безчестнымъ владѣльцемъ, напр. когда кто либо купитъ завѣдомо краденую вещь, дѣлается посредствомъ купли правомѣрнымъ, но тѣмъ не менѣе безчестнымъ владѣльцемъ ея; и наоборотъ можно быть честнымъ, но не правомѣрнымъ владѣльцемъ; такъ напр. пользующійся доходами (Fruchtniesser), присвояющій себѣ права выходящія изъ границъ его пользованія, въ убѣжденіи что права эти принадлежатъ ему.

3) *Съ честностію* владѣнія законы связали въ большей или меньшей степени еще особенныя, касающіяся субъективнаго отношенія владѣльца къ предмету, важныя *слѣдствія*, которыя обыкновенно и по преимуществу обозначаютъ названіемъ особенныхъ *правъ честнаго владѣльца*. Такъ по Oest. G. B. § 329 «честный владѣлецъ можетъ уже на основаніи честнаго только владѣнія употребить, потребить и даже истребить вещь, находящуюся въ его владѣніи, безъ всякой отвѣтственности, по произволу ([54]); это слѣдствіе можно бы было назвать *честнымъ владѣніемъ-пользованіемъ* (Nutzbesitz).

Если мы разсмотримъ эти виды владѣнія по областямъ права, въ которыхъ они могутъ быть примѣнимы и даже примѣняются однимъ, вытекающимъ изъ римскаго права, воззрѣніемъ новѣйшихъ законодательствъ, то оказывается:

1) Владѣніе по интердикту, согласно съ тремя новѣйшими законодательствами, слѣдуетъ примѣнять во всѣхъ отношеніяхъ, въ личномъ, вещномъ и облигаціонномъ правѣ, вездѣ, гдѣ принимается существованіе владѣнія.

2) Владѣніе по давности и per usucapionem согласно съ римскимъ правомъ слѣдуетъ ограничить вещными правами (собственностью и jura in re aliena), и выводить изъ владѣнія, обусловливающаго только защиту, владѣніе по давности, введенное въ видѣ исключенія для обезпеченія оборота вещныхъ благъ, — значитъ смѣшивать совершенно различныя цѣли. При личныхъ требованіяхъ, слѣдовательно, даже тамъ, гдѣ принимается владѣніе при повторяющемся обязательствѣ (напр. ренты), владѣніе по давности (вопреки Pr. L. R.) слѣдуетъ исключить.

3) Честное *владѣніе-пользованіемъ* можетъ найдти примѣненіе во всемъ имущественномъ правѣ.

Для защиты владѣнія посредствомъ интердиктовъ существуетъ особенный быстрый судебный процессъ, possessorium (въ противоположность къ petitorium). Римское

([54]) Руководясь *субъективно*-правовымъ характеромъ, на который указуютъ слова «безъ отвѣтственности» можно было бы отрицательно отвѣтить,—какъ-то сдѣлало и римское право — на спорный вопросъ о томъ: имѣютъ ли юридическую силу по истеченіи срока владѣнія выполненныя честнымъ владѣльцемъ относительно вещи закладныя права и сервитуты противъ истиннаго собственника.

право, смотрящее на владѣніе абстрактно, внѣ его внутренней связи съ собственностію и правомъ, строго отличало другъ отъ друга эти два процесса. Нѣмецкая же практика напротивъ, подкрѣпляемая каноническимъ правомъ и правомъ Нѣмецкимъ, сохранила связь владѣнія съ объективнымъ правомъ, откуда слѣдуетъ: 1) что противъ интердикта должны быть допущены такъ назыв. безспорныя возраженія; 2) что possessorium и petitorium, стремящіяся къ одной и той же конечной цѣли, должны быть связаны ([55]). Согласно съ развитой здѣсь теоріей владѣніе получаетъ свое мѣсто въ общей части.

([55]) *Историческое замѣчаніе.* Римское право прежде другихъ установило относительно собственности строгое различіе между владѣніемъ и правомъ. Сначала владѣніе было ограничено тѣлесными вещами, какъ предметами собственности; затѣмъ оно нашло *аналогическое* примѣненіе, какъ quasi possessio, къ вещнымъ правамъ, что, можно сказать, неоспоримо относительно сервитутовъ; примѣненіе владѣнія къ вещнымъ правамъ, равно какъ и встрѣчающееся съ различными цѣлями двоякое владѣніе, владѣніе per usucapionem залогодателя и владѣніе по интердикту залогопринимателя одной и той же вещью, могли бы привести римскую науку права къ высшему воззрѣнію на владѣніе, если бы она не загородила себѣ путь этотъ легкимъ и любимымъ ею вспомогательнымъ средствомъ quasi. На долю каноническаго права выпало болѣе значительное развитіе понятія владѣнія. Сначала владѣніе правами примѣнено было къ епископальнымъ правамъ, какъ то было на 6-мъ Карѳагенскомъ Соборѣ 419-го года, въ то время слѣдовательно, когда еще не могло имѣть мѣста вліяніе германскаго воззрѣнія на право, какъ-то часто принимается въ ученіи о владѣніи. Второе расширеніе понятія относительно интердиктовъ совершилось посредствомъ установленной, преимущественно Псевдо-Исидоромъ, exceptio spolii, которая декретомъ Граціана превратилась изъ глоссы въ декретъ, а каноническою практикою измѣнилась въ простое предписаніе, что всякій кто теряетъ чужую вещь, вслѣдствіе посторонней несправедливости, можетъ требовать безусловной реституціи. Condictio (искъ), проистекшій отсюда, соединилъ въ себѣ выгоды отдѣльныхъ римскихъ исковъ и сдѣлалъ ихъ совершенно лишними (Bruns, ib. S. 170). Несоотвѣтственнымъ образомъ однако владѣніе нашло примѣненіе и въ семейныхъ отношеніяхъ, напр. въ бракѣ и въ искахъ, вытекающихъ изъ брачныхъ отношеній; примѣненіе это довело до различенія possessorium и petitorium, не смотря на то, что мѣриломъ здѣсь должны бы были явиться высшія нравственныя цѣли. Въ декреталіяхъ 12-го и 13-го столѣтій ученіе о владѣніи правами получило преимущественное развитіе, между тѣмъ какъ относительно владѣнія собственностью, во многихъ отношеніяхъ, снова обратились къ римскому праву. Глоссаторы возстановили также сначала только ученіе о владѣніи римскаго права, однако вліяніе каноническаго права скоро отразилось и на нихъ. Въ 14-мъ столѣтіи у итальянскихъ юристовъ прочно установилось положеніе, что при всѣхъ jura incorporalia, при которыхъ это только возможно, слѣдуетъ принимать, или допускать, владѣніе и защиту его, все равно будутъ ли они относиться къ публичному или частному, къ личному или имущественному праву. *Германское* право, въ своемъ понятіи о Gewere, (стр. 3 4) не произвело столь рѣзкаго раздѣленія между владѣніемъ и объективно-правовымъ отношеніемъ и признало защиту права весьма рано. Послѣднее воззрѣніе имѣло вліяніе на теорію и практику среднихъ вѣковъ. Общее право сдѣлалось смѣсью римскихъ, каноническихъ и нѣмецкихъ воззрѣній. Изъ этого-то общаго права и вошли въ три новѣйшія законодательства взгляды на владѣніе и защиту его; эти законодательства понятіе о владѣніи примѣняютъ не только къ вещнымъ правамъ, но и къ облигаціоннымъ и личнымъ правамъ.

Теорія *Савиньи*, которой новѣйшія романисты старались придать значеніе и въ практикѣ посредствомъ ограниченія понятія о владѣніи была потрясена, едва практика начала усвоивать ее, трудомъ *Бруна*. Подобное стремленіе нѣкоторыхъ новыхъ авторовъ (Hessen, Sachsen) ограничить понятіе владѣнія вещными правами едва ли укоренится, такъ какъ оно противно практическому воззрѣнію на жизнь и болѣе глубокой философіи права.

ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ ЧАСТНАГО ПРАВА.

ОТДѢЛЕНІЕ I.

ОБЩЕЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО.

ПОДРАЗДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ.

ОБЩЕЕ ЛИЧНОЕ ПРАВО.

ПРЕДУВѢДОМЛЕНІЕ.

§ 21. *О личныхъ правахъ вообще.*

Общее личное право обнимаетъ собою правовыя отношенія (права и обязанности), вытекающія изъ сущности общихъ состояній и качествъ человѣческой личности. Это относится, какъ къ отдѣльному лицу, такъ и къ опредѣленной разумной цѣлью совокупности лицъ. Понятіе личнаго права испытало различныя судьбы. Между тѣмъ какъ древняя юриспруденція признала общія начала этого права, естественное право развило его еще болѣе и особенно выставило на первый планъ права свободы, а новыя нѣмецкія законодательства (Preuss. L. R. и Oesterr. G. B.) признали личныя права ([56]), большая часть новѣйшихъ романистовъ окончательно изгнали понятіе личнаго права и хотѣли разсматривать заключающіяся въ немъ отношенія только какъ видоизмѣненія правоспособности ([57]). Хотя римское право, въ пониманіи лич-

---

([56]) Прусское земское право не дѣлаетъ никакого опредѣленія; австрійское законодательство, §. 15, обозначаетъ личныя права, какъ такія, которыя частью относятся къ личнымъ качествамъ и отношеніямъ, частью же вытекаютъ изъ семейственныхъ отношеній. *Проэктъ* гражданскаго кодекса Саксоніи, который, подобно австрійскому законодательству, §. 16, даже и теперь неуважаетъ новаго ученія романистовъ и, утверждая, §. 24, что «каждый человѣкъ имѣетъ свои прирожденныя, распознаваемыя разумомъ, права, а потому и долженъ быть разсматриваемъ какъ лицо», говоритъ, §. 101: «личныя права основываются на личныхъ качествахъ и постоянныхъ отношеніяхъ къ другимъ лицамъ».

([57]) Также и *Унгеръ*, ib. S. 223 (противъ этаго см. выше стр. 379 примѣч. 30). Мое дѣленіе личнаго права (см. выше стр. 83) на *общее* и *особенное*, всегда присущее лицу имущественное право, Унгеръ, S. 225, называетъ «столько же старымъ (*Kæstner*, de defectibus juris communis probl. 7, и *Kreittmayer*, Anmerk. II. S. 400), сколько и ложнымъ», такъ какъ въ немъ скрывается смѣшеніе основаній дѣленія и совершенно отрицается существованіе всеобщихъ личныхъ правъ. Я не понимаю этаго. Но во всякомъ случаѣ Унгеръ ошибается; существованіе всеобщаго личнаго права также старо, какъ и христіанство и гуманная культура, которыя признали права человѣческой личности абсолютными и всеобщими во всѣхъ постоянныхъ отношеніяхъ. (Срав. выше стр. 378 §. 5). Что же ново?—ново только искаженіе личнаго права въ воззрѣніяхъ романистовъ.

ности и относящихся до нея правъ, стоитъ ниже выработаннаго христіанствомъ и гуманной культурой правосознанія новаго міра, но изложенный взглядъ романистовъ стоитъ ниже воззрѣній и самаго римскаго права. Ибо, если римское право и есть по преимуществу имущественное право, къ которому извѣстнымъ образомъ лицо направляется и по которому опредѣляется правоспособность лица, тѣмъ не менѣе, опредѣляя частное право, какъ «jus quod ad personas pertinet» и какъ «jus personarum, все таки оно знаетъ и такія права, которыя совершенно не совпадаютъ съ однимъ лишь status. Сюда относится не только право неприкосновенности тѣла, достоинства чести, но и право лица *свободно* проявлять свою дѣятельность, или право распоряжаться своими вещами, при чемъ всѣ эти права, какъ вытекающія изъ одного общаго источника, были охраняемы въ римскомъ правѣ посредствомъ одного общаго иска actio injuriarum ([58]). Кромѣ того status civitatis давало Римлянину важныя права, которыя хотя и можно разсматривать какъ публичныя, но тѣмъ не менѣе онѣ лицу присущи. Римлянинъ очень хорошо понималъ, что онъ не варваръ, подчиненный восточному деспоту, чтобы не пріобрѣсти своей личности права свободы, достоинства, чести и неприкосновенности тѣла. Но христіанство поняло свободу и личность въ болѣе высокомъ значеніи. Новѣйшія же законодательства хотя и признали эти принципы, но выяснили и развили ихъ еще не совсѣмъ полно и правильно.

---

(58) Въ титулѣ: de injuriis D. 47, 10, вообще важномъ для этого вопроса, говорится: § 1 Injuriam autem fieri Labeo ait aut *re*, aut *verbis*. . . .; § 2 Omnenque injuriam aut in *corpus* inferri, aut ad *dignitatem*, aut ad *infamiam* pertinere (см. также l. 5 и l. 25. D. 19, 1). Хотя *Унгеръ*, S. 497, и говоритъ: «если понимать всякое дѣйствіе, могущее быть предпринимаемымъ человѣкомъ, какъ конкретное право, то слѣдуетъ исчислить безконечный (?) рядъ правъ, которыя впрочемъ были бы лишены всякаго (?) практическаго интереса.» Но чтобы эти права не сдѣлались безчисленными, какъ песокъ моря, объ этомъ заботится наука, которой постоянная задача заключается въ томъ чтобы отдѣльное сводить къ видамъ и которая не должна останавливаться на одной лишь общности, какъ всеобщее личное право, или на отдѣльностяхъ, но должна связать эти противоположности посредствомъ *особенныхъ* видовъ. Римскіе юристы также слѣдовали этому правилу и виды jus и injuria, приведенные нами выше изъ § 2 и 5 D., свели на tutela corporis, dignitas, infamia и domus. Но Унгеръ утверждаетъ также, что при выраженіяхъ «какъ право ходить, покупать тамъ или здѣсь свои товары, дѣлать завѣщанія, жениться и выходить за мужъ,» понятіе права берется въ широкомъ, неюридическомъ (?) значеніи; что, при этомъ, понятіемъ права обозначается всякое дозволеніе и позволеніе и обнимаются такія случаи, при которыхъ о частномъ правѣ не можетъ быть и рѣчи, почему Унгеръ порицаетъ также приводимыхъ имъ романистовъ, которые, какъ *Унтергольцнеръ*, *Гейзе*, *Венигъ*, *Шиллингъ*, смотрѣли на римское право безъ очковъ новыхъ понятій и, разсматривая его, какъ оно есть, видѣли и здѣсь особенныя частныя права. Не смотря на то, что здѣсь говорится лишь о существованіи личныхъ правъ, такъ какъ онѣ представляютъ собою общее основаніе для частнаго и публичнаго права, слѣдуетъ также поставить вопросъ: какая наука должна разсматривать тѣ дѣйствія, о которыхъ мы сейчасъ говорили? Если не согласиться съ Унгеромъ и не отнести эти дѣйствія къ стоическому ученію о ἀδιαφορα или къ чему либо подобному, то остается отнести ихъ къ той, или другой, изъ практическихъ наукъ—къ морали или къ праву, или къ той и другому вмѣстѣ. Но эти дѣйствія, по ихъ внѣшнему проявленію и отношенію, подлежатъ праву и при томъ прямо частному праву, которое по преимуществу охраняетъ въ правѣ самоопредѣленіе и выборъ и которое потому *всюду*, во всѣхъ частяхъ своихъ, личномъ, вещномъ и облигаціонномъ правѣ, заключаетъ въ себѣ *позволенія* и *дозволенія*. Потому нельзя также отнести вышеозначенныя права къ области публичнаго права. Послѣднее, конечно, должно также признавать и охранять ихъ а частью можетъ и ограничивать, но *основаніе права* лежитъ не въ государствѣ, или цѣли государства, но въ личности. *Унгеръ*, такъ часто упрекающій другихъ писателей въ неясности, лучше бы самъ, въ этомъ случаѣ, ясно понялъ отношенія и, какъ требуетъ наука, не останавливался бы на общностяхъ и отдѣльностяхъ, а сдѣлалъ бы, на основаніи надлежащихъ различій, правильное раздѣленіе.

Но эти личныя качества, по *двоякому* направленію предмета правъ и обязанностей, существуютъ, во первыхъ, по отношенію къ самосознающему, одаренному способностью воли, лицу и, во вторыхъ, по отношенію взаимнодѣйствія лица съ другими лицами. Въ первомъ случаѣ обыкновенное естественное право вмѣстѣ съ положительнымъ гражданскимъ правомъ не признаютъ, чтобы лицо могло быть неправымъ противъ самого себя. Но этимъ самымъ естественное право, въ самомъ основаніи, противорѣчитъ самому себѣ, ибо, если оно признаетъ право лица и дѣятельность его воли по отношенію къ его собственнымъ силамъ и органамъ, то оно должно признавать также и неправоту собственныхъ дѣйствій лица по отношенію къ тому же самому предмету. Въ этомъ случаѣ, *уголовное право* также руководствовалось здравымъ правосознаніемъ и чувствомъ и, признавъ возможность неправыхъ дѣйствій лица противъ самого себя, караетъ эти дѣйствія различными наказаніями. Хотя вышеизложенное воззрѣніе естественнаго права и спасается здѣсь въ область нравственности,—такъ какъ оно признаетъ, что уголовное право можетъ наказывать и безнравственныя дѣйствія лица противъ самаго себя—но только слишкомъ узкое понятіе права принуждаетъ поставить нравственность въ уголовномъ правѣ въ столь опасное, по своей неопредѣленности, положеніе; между тѣмъ какъ истинное и полное понятіе права и здѣсь устанавливаетъ надлежащее различіе между нравственностью и правомъ и прежде всего обсуждаетъ лишь правовую сторону дѣйствія, заявленнаго во внѣ, при чемъ всюду, гдѣ только жизненныя условія нарушаются,—все равно будетъ ли это нарушеніе совершено лицемъ противъ самаго себя или противу другихъ лицъ,—оно признаетъ неправоту дѣйствій. Возраженіе, что, въ этомъ случаѣ, лицо является и субъектомъ и объектомъ права, не состоятельно, ибо это лежитъ въ характерѣ человѣческой личности, въ высшей возможности быть субъекту вмѣстѣ съ тѣмъ и объектомъ. Подобно тому какъ *Лейбницъ* въ самосознающей личности видѣлъ reduplicatio existentiæ, такъ и на самомъ дѣлѣ эта высшая ступень бытія и внутренная двойственность являются какъ въ обсуждающей нравственной совѣсти, такъ и въ правѣ. Отличіе отношеній, въ этихъ практическихъ областяхъ отъ чисто теоретическаго самосознанія заключается въ томъ, что здѣсь предметомъ сознанія является единое и цѣлое лицо между тѣмъ какъ въ нравственности, а еще опредѣленнѣе въ правѣ, *объектомъ* права и правоваго обсужденія можетъ быть лишь отдѣльная сторона лица, качество, дѣйствіе, но никогда—все лицо. Но точно также какъ права лица могутъ быть нарушаемы дѣйствіями другихъ лицъ, такъ лицо можетъ поступить не по праву и противъ самаго себя. Слѣдовательно объектъ остается одинъ и тотъ же и измѣняется лишь субъектъ; отношеніе также является двоякимъ: нравственнымъ, по мотивамъ, и правовымъ, когда оно разсматривается объективно, само по себѣ и съ своей внѣшней стороны, при чемъ права и обязанности одинаково заключаются въ отношеніи субъекта, какъ существа свободно дѣйствующаго, къ объекту. Такимъ образомъ всѣ элементы права являются соединенными. Но такъ какъ въ правѣ должна быть также признана, во всѣхъ сферахъ личности, сфера совершенно-свободнаго дѣйствованія, въ которую не можетъ вмѣшиваться ни правительственная ни судебная власть государства, то естественно, что многое, совершаемое лицомъ противъ самого себя, какъ не правое, предоставляется суду его нравственно-правовой совѣсти и внѣшне остается не наказываемымъ. Напротивъ, дѣйствія, абсолютно признанныя общественнымъ сознаніемъ какъ неправыя, или

такія, которыя неправы по отношенію къ государству (какъ напр. членовредительство, совершаемое для того, что избѣжать военной службы), всегда подлежатъ наказаніямъ уголовнымъ. На этомъ основывается также обозначеніе границъ между сферами частнаго и публичнаго, что опредѣляется также нравственно-правовымъ воззрѣніемъ народа и степенью его цивилизаціи (см. выше стр. 377).

На основаніи вышеизложеннаго, мы можемъ поставить слѣдующія положенія:

1) Существуетъ личное право, которое установляется однимъ лишь *бытіемъ* и *существомъ* личности.

2) Но существуетъ также *множество* личныхъ правъ, которыя представляютъ столько же главныхъ видовъ, сколько есть главнѣйшихъ составныхъ частей, родовъ имущества и опредѣленныхъ, по жизненнымъ цѣлямъ, существенныхъ направленій дѣятельности человѣческой личности (см. выше § 21).

3) Эти главные роды правъ, вытекающіе изъ человѣческой личности, общи всѣмъ лицамъ, какъ существамъ разумно-чувственнымъ, и образуютъ потому *всеобщее* личное право. Послѣднее, своими важнѣйшими общими началами, (за исключеніемъ тѣхъ, которыя касаются физическаго бытія), обнимаетъ также и совокупности лицъ (т. е. лица юридическія).

4) Личныя права выполняются лицомъ: a) *для себя* самаго и для цѣлей, которыя достигаются безъ содѣйствія другихъ людей, при чемъ лицо можетъ поступать противъ самаго себя по праву и не по праву; и b) во *взаимныхъ сношеніяхъ* съ другими лицами, которыя, покрайней мѣрѣ, должны быть обязаны къ отрицательному поведенію—не касаться чужихъ правъ и не нарушать ихъ.

5) Опредѣляется не само право, а его *выполненіе*, часто ограничиваемое или даже вовсе запрещаемое законами, которымъ, какъ существеннымъ формамъ права, должно повиноваться всякое лицо. Впрочемъ это не касается священныхъ правъ духа (напр. правъ религіи), гдѣ каждый, подчиняясь за неисполненіе законовъ законному наказанію, уже самъ долженъ разсудить: кому болѣе должно повиноваться: Богу, или людямъ. Какъ не важно то, что права вообще получаютъ свою формальную санкцію посредствомъ законовъ, тѣмъ не менѣе всякій законодатель долженъ быть далекъ отъ мысли, что только посредствомъ законовъ можно сдѣлать что либо правомъ или не правомъ.

6) Личныя права *абсолютны*, по скольку онѣ вытекаютъ изъ личности, потому что онѣ существуютъ безъ предположенія дѣйствія со стороны субъекта, или другихъ лицъ. Онѣ называются также *основными правами*, потому что онѣ представляютъ собою основанія для всѣхъ, такъ называемыхъ, производныхъ правъ, которыя всегда сводятся на какое либо основное право.

7) Существуютъ также и такія личныя права, которыя, касательно личныхъ отношеній, смотря по обстоятельствамъ, могутъ быть различны и даются лишь *положительнымъ* личнымъ правомъ.

8) Личныя права представляютъ собой *общее основаніе* для частнаго и публичнаго права, потому что личность вообще есть исходный пунктъ и цѣль всего права.

§ 22. *Объ особенныхъ видахъ, или раздѣленіи личныхъ правъ.*

Сообразно существеннымъ жизненнымъ отношеніямъ, личное право расчленяется на особенные виды правъ, которые являются какъ *общіе* и которые,

въ свою очередь, заключаютъ въ себѣ возможность многихъ отдѣльныхъ правъ. Подобно тому какъ жизненныя отношенія, вытекая изъ одного человѣческаго жизненнаго принципа, расчленяются по ихъ качествамъ, видамъ и отдѣльностямъ, точно также и единое личное право представляетъ собою соотвѣтствующее расчлененіе ([59]). Но образованіе жизненныхъ отношеній совершается на основаніи двухъ элементовъ, присущихъ человѣческой личности: высшаго божественно-*абсолютнаго*, который проявляется въ разумѣ и его абсолютныхъ цѣляхъ, и *индивидуальнаго*, образующагося въ пространствѣ и времени. Оба эти элемента находятся въ человѣкѣ въ постоянной связи и взаимнодѣйствіи между собою, такъ что и абсолютныя цѣли, хотя онѣ всегда понимаются и преслѣдуются какъ такія, многоразлично обусловливаются индивидуальнымъ, во времени и пространствѣ, равно какъ и индивидуальное, конечное и опредѣленное, является также зависящимъ отъ высшихъ цѣлей и абсолютнаго. Такимъ образомъ являются два главные вида отношеній и правъ: 1) объективныя *отношенія цѣли* и относящіяся къ нимъ права, и 2) отношенія и права *индивидуальности*. Ограничимся здѣсь приложеніемъ этого раздѣленія лишь къ частному праву и начнемъ съ анализа втораго вида обозначенныхъ правъ и отношеній. Но при этомъ еще разъ вспомнимъ, что эти отношенія, сами по себѣ, не суть еще права, но что къ нимъ, по ихъ взаимному опредѣленію и условности, примыкаютъ отношенія и права.

I. *Отношенія индивидуальности.*

A. Касательно индивидуума, разсматриваемаго *самого по себѣ.*

1) Человѣческій индивидуумъ есть *живое* существо и его должно такимъ разсматривать съ самого его зачатія до самой смерти. Съ самаго *начала* жизни правоспособность уже существуетъ и есть права. Подобно тому какъ жизнь человѣка, съ самыхъ первыхъ ея моментовъ, охраняется предупредительнымъ полицейскимъ и уголовнымъ правомъ, такъ и въ частномъ правѣ должны быть охраняемы права даже зародыша, на тотъ случай, если онъ родится живымъ, и когда требуютъ того его выгоды, какъ напр. въ наслѣдственномъ правѣ. Изъ этаго-то и вытекаетъ правило римскаго права: «Qui in utero est perinde ac si in rebus humanis esset custoditur quoties de ejus commodis quæritur.» Филологически здѣсь есть фикція; но она не нужна, такъ какъ право nascituri должно понимать какъ *обусловленное* рожденіемъ. Рожденіе,—подъ которымъ слѣдуетъ понимать положеніе самостоятельной жизни ребенка, вслѣдствіе отдѣленія послѣдняго отъ утробы своей матери, будь это даже на одинъ моментъ, по прошествіи котораго дитя умеръ,—не опредѣляетъ начало правоспособности, но *пріобрѣтеніе* извѣстныхъ правъ и есть условіе дальнѣйшихъ правъ и правоспособности. *Прекращеніе* правоспособности и правъ опредѣляется

---

(59) См. объ этомъ подробно въ моей Rechtsphylosophie S. 345 — 431, гдѣ личное право раздѣляется на: 1) права, касающіяся *всей* человѣческой личности и обоихъ элементовъ, въ ней заключающихся; 2) права, касающіяся *обоихъ составныхъ частей* человѣческаго существа, *духа* и *тѣла*, и *жизненнаго союза;* 3) права, касающіяся *основныхъ качествъ* личности, равенства и неравенства, свободы и общежитія; 4) права, касающіяся свободнаго *осуществленія* этихъ основныхъ качествъ, и 5) права, касающіяся этически-органическаго *жизненнаго союза.* Такимъ образомъ личныя права разсматриваются здѣсь, какъ общее основаніе частнаго и публичнаго права. Еще подробнѣе и съ большимъ примѣненіемъ къ положительному праву, личныя права развиты у *Рёде, а*, въ его Naturrecht S. 109 – 198.

смертью. Но часто возникаетъ сомнѣніе касательно того, что извѣстное лицо можетъ быть живо. Положительныя законодательства полагаютъ различныя условія предположенія смерти. По практикѣ общаго права считается умершимъ всякій, когда онъ пропадалъ въ безъизвѣстной отлучкѣ, покрайней мѣрѣ, пять лѣтъ и когда онъ имѣлъ 70 лѣтъ отъ роду. Австрійское законодательство требуетъ поэтому поводу 10-ти лѣтней безъизвѣстной отлучки и 80-ти лѣтній возрастъ.

2) Особенныя существенныя различія въ физической и духовной жизни индивидуума, которыя также не есть права сами по себѣ, но къ которымъ примыкаютъ жизненныя отношенія (права и обязанности), суть:

а) *Различія возраста.* Юридическое значеніе имѣютъ три степени возраста. α) *Совершеннолѣтіе*, или мужество, которое по римскому праву начиналось съ 25 лѣтъ, по австрійскому и прусскому праву начинается на 24-мъ году, во Франціи (и рейнскихъ провинціяхъ), Англіи, Баваріи, Саксоніи, Гессенъ-Дармштадтѣ съ истеченія 21-го года. Кто не достигъ этаго возраста, тотъ считается несовершеннолѣтнимъ (minor). β) *Несовершеннолѣтіе* (puberlas) начинается вообще съ истеченіемъ 14-го года (по римскому праву, для женщинъ оно начиналось съ 12-ти лѣтъ). Кто не достигъ этого возраста называется малолѣтнымъ. γ) *Дѣтство* (infantia) продолжается вообще до семилѣтняго возраста. По этимъ различіямъ возраста, съ одной стороны, вообще ближе опредѣляется правоспособность; съ другой же съ ними связываются также извѣстныя права. Дѣти вообще не имѣютъ правоспособности и, посредствомъ собственныхъ своихъ дѣйствій, онѣ не могутъ пріобрѣтать правъ и дѣлать обязательства, такъ какъ онѣ постоянно нуждаются въ опекунѣ. Малолѣтніе, старше семи лѣтъ отъ роду, могутъ сами пріобрѣтать владѣніе и, по австрійскому законодательству, могутъ давать обѣщанія, служащія имъ въ выгоду, но необязываться; и вообще могутъ улучшать свое положеніе, но не ухудшать его. Напротивъ, несовершеннолѣтніе, достигшіе 14-ти лѣтняго возраста, хотя сами также неправоспособны, могутъ *сами* обязываться, но нѣкоторыми особенными правами они еще не пользуются. Совершеннолѣтіе дѣлаетъ человѣка сполна правоспособнымъ.

b) *Различіе половъ*, имѣвшее въ римскомъ правѣ, а также и въ древненѣмецкомъ огромное юридическое значеніе, въ настоящее время получаетъ весьма малое примѣненіе. (Въ нѣмецкомъ вексельномъ правѣ права женщинъ и мущинъ сравнены). Это различіе имѣетъ важное значеніе лишь по отношенію къ жизни политической, опекунству, адвокатурѣ и т. п.

c) Различіе *духовнаго и тѣлеснаго здоровья*. Безуміе, сумасшествіе, бѣшенство исключаютъ всякую правоспособность и способность дѣйствовать, которыя признаются у такихъ лицъ существующими лишь во время такъ назыв. свѣтлыхъ промежутковъ (lucida intervalla). Но австрійское законодательство допускаетъ такое исключеніе лишь относительно составленія духовныхъ завѣщаній (§. 567). Сумасшедшій, относительно распоряженія своимъ имуществомъ, разсматривается передъ судомъ какъ расточитель. Тѣлесные недуги, какъ слѣпота, глухо-нѣмота и т. п., по отношенію къ правоспособности, также имѣютъ значительное вліяніе.

B. *Внѣшнія* отношенія индивидуума.

1) *Родство*, которое бываетъ трехъ родовъ:

a) *Кровное родство*, или отношеніе многихъ лицъ, связанныхъ рожденіемъ и вытекающею изъ послѣдняго одинаковостью крови, можетъ быть въ *прямой линіи*, которая, по отношенію къ извѣстному лицу, распадается на *восходящую* и

нисходящую, или въ *боковой* линіи. При исчисленіи степеней родства, по боковой линіи, римское и каноническое права предписываютъ различныя правила. Первое опредѣляетъ родство по числу рожденій, существующихъ между лицами (tot sunt gradus quot sunt generationes); второе же установляетъ правило, что въ той же самой степени, въ которой лица одной и той же линіи, (а при неравныхъ линіяхъ и даже лица отдаленныя), родственны съ своими общими предками, онѣ будутъ также въ родствѣ и съ лицами другихъ линій. Новѣйшія законодательства по преимуществу держатся, въ этомъ случаѣ, воззрѣній римскаго права.

b) Такъ называемое *искуственное* родство, или усыновленіе. По догмамъ католической церкви признается еще такъ назыв., духовное родство, существующее между воспріемниками, ихъ крестникомъ и его родителями, и духовными дѣтьми и ихъ духовными отцами.

c) *Свойство*, т. е. отношеніе одного изъ супруговъ къ кровнымъ родственникамъ другаго.

Съ естественнымъ родствомъ соединяются всегда важнѣйшія права и обязанности, особенно въ наслѣдственномъ правѣ.

2) Сословныя отношенія,—которыя, при существованіи древнихъ родовыхъ сословій дворянскаго, городскаго и крестьянскаго, имѣли важное значеніе въ нѣмецкомъ частномъ правѣ тѣмъ, что право отдѣльныхъ сословій отодвигало на задній планъ общее гражданское частное право,—въ настоящее время, при стремленіи образовать изъ сословій общее гражданство, потеряли большую часть своего вліянія на частно-правовыя отношенія. Впрочемъ, въ силу 14 параграфа акта нѣмецкаго союза, высшее дворянство во всѣхъ государствахъ союза удержало за собою извѣстныя права. Но, вслѣдствіе необходимости общественнаго расчлененія, остается требованіе организовать, вмѣсто старыхъ сословій, естественныя, по главнымъ цѣлямъ жизни, и выработать для этихъ сословій особенное частное право.

3) Хотя государственное гражданство отчасти еще является условіемъ пріобрѣтенія и отправленія нѣкоторыхъ правъ, тѣмъ не менѣе, въ частно-правовомъ отношеніи, иностранцы обыкновенно считаются равноправными съ подданными (Oesterr. G. B. § 35. Pr. L. R. § 41—45).

II. Личныя права, касающіяся *всеобщихъ цѣлей жизни*: религіи, нравственности, науки, искусства, воспитанія, промышленности и торговли и высшихъ основныхъ качествъ личности, чести и свободы, получающія огромную важность въ публичномъ правѣ, имѣютъ также значеніе и въ частномъ правѣ. Для всякаго лица, и прежде всего для лицъ, находящихся подъ ихъ защитою (дѣти), онѣ служатъ основаніемъ ихъ правъ на дѣйствія, являющіяся условіями: для выполненія ихъ религіозныхъ, или нравственныхъ убѣжденій; или для удовлетворенія потребности воспитать и образовать самаго себя, или другихъ, посредствомъ самаго себя, или книгъ, или другихъ лицъ; или же для пріобрѣтенія вещныхъ благъ, для ихъ потребленія, или отчужденія; или наконецъ для заявленія своей свободы и чести. Но частное право отдѣльныхъ лицъ необходимо касается *дома*, какъ постояннаго храма и бытія для самаго себя, и развитые, высокоставящіе свою личную свободу, народы имѣютъ *домашнее право*, которое, какъ ближайшее заявленіе личности, снабжается различными гарантіями. Между личными правами въ частномъ правѣ особенно важны права, касающіяся религіи, свободы и чести.

1) Относительно *религіи*, прежде всего въ Art. 16 der deutschen Bundes Acte, установлено во всѣхъ союзныхъ государствахъ равенство гражданскихъ и политическихъ правъ для всѣхъ членовъ трехъ христіанскихъ вѣроисповѣданій. Гражданское же положеніе Евреевъ еще во многихъ государствахъ видоизмѣняется вслѣдствіе ихъ религіи, при чемъ имъ предоставляется свобода вѣроисповѣданія. Частное религіозное право однако заключаетъ въ себѣ право, какъ измѣнять по своему убѣжденію свое вѣроисповѣданіе, такъ и выражать свое религіозное благочестіе у себя дома, согласно съ своимъ убѣжденіемъ. Но, для внѣшнихъ публичныхъ религіозныхъ отправленій, государство можетъ постановлять условія, требуемыя какъ мирнымъ совмѣстнымъ существованіемъ различныхъ культовъ, такъ и спокойствіемъ и цѣлію государства.

2) *Свобода* лица въ настоящее время признается основнымъ правомъ человѣка во всѣхъ государствахъ, не признающихъ личнаго крѣпостнаго состоянія и рабства; нарушенія этаго права составляютъ предметъ уголовнаго права.

3) *Честь*, моментъ нравственной жизни лица, съ одной стороны, даетъ права, обусловливая уваженіе лица со стороны другихъ лицъ и отвергая всѣ оскорбительныя для него дѣйствія, и право самозащищенія (напр. при оскорбленіяхъ женской чести), являясь, съ другой стороны, условіемъ выполненія извѣстныхъ правъ, въ частномъ правѣ, а еще болѣе въ публичномъ (при отправленіи публичныхъ функцій, или функцій облеченныхъ публичнымъ авторитетомъ). Въ настоящемъ общемъ правѣ, вслѣдствіе измѣненія нравовъ, основныя положенія римскаго и нѣмецкаго права, относительно чести и безчестія, находятъ весьма ограниченное примѣненіе. Путеводною нитью служатъ: практика, нравственныя воззрѣнія и законы.

Такимъ образомъ всѣ личныя свойства являются, прежде всего, *основаніемъ* правъ, существующихъ ради ихъ, и, затѣмъ, дальнѣйшими опредѣленіями (модификаціями) всеобщей правоспособности, съ ихъ *вліяніемъ* на пріобрѣтеніе и выполненіе другихъ правъ; наконецъ присоединяются сюда также *дѣйствительныя* права, такъ что, совершенно сообразно съ сущностію дѣла и языкомъ, говорится здѣсь о религіозныхъ правахъ, правахъ чести и свободы, равно какъ и о правахъ возраста, пола, родства и т. д.

§ 23. *Объ юридическихъ лицахъ* ([60]).

I. *Понятіе.* Понятіе лица, переступая границы бытія отдѣльнаго человѣка, переносится на *идеальную совокупность* лицъ, которая опредѣляется какою либо *цѣлью*. На такое расширеніе понятія не слѣдуетъ смотрѣть какъ на фикцію, потому что оно основано на дѣйствительныхъ, жизненныхъ отношеніяхъ, при чемъ цѣль юридическаго лица все таки касается лицъ отдѣльныхъ ([61]). Основаніе такого расширенія заключается въ стремленіи пополнить ограниченность человѣческой жизни. Такъ какъ существуютъ цѣли, требующія общихъ дѣйствій, или пре-

---

(60) Понятіе «юридическое лицо», собственно говоря, есть словесное сокращеніе идеальной юридической «совокупности лицъ,» и вопросъ состоитъ лишь въ томъ: какимъ образомъ такая совокупность, безъ фикціи, можетъ быть *субъектомъ* права? Въ дѣйствительности же, постоянно являются субъектами права лица, опредѣляемыя, или опредѣленные общимъ *направленіемъ*, единствомъ цѣли.

(61) Смотри объ этомъ предметѣ подробнѣе *Bluntschli*, Priv. R. I. S. 105—184.

вышающія силы и непродолжительность жизни отдѣльнаго человѣка, то требуется правовое установленіе постоянныхъ средствъ для достиженія этихъ цѣлей, какъ посредствомъ общей дѣятельности, а также и посредствомъ общаго имущества. Подобно тому какъ въ отдѣльномъ человѣкѣ разумная душа есть основаніе его личности, такъ и разумная цѣль является юридическимъ основаніемъ, такъ сказать душою идеальной личности. Поэтому, въ общемъ и полномъ смыслѣ слова, юридическимъ лицомъ слѣдуетъ называть всякую идеальную совокупность лицъ, юридически опредѣляющуюся разумною цѣлью, все равно будетъ ли послѣдняя цѣлью религіозною, нравственною, научною, художественною, экономическою, или какою другою. Отношеніе цѣли къ идеальному цѣлому можетъ быть различно, смотря потому будетъ ли *цѣль* преслѣдоваться *посредствомъ* совокупности лицъ, или же выполненіе цѣли будетъ прилагаться *къ* лицамъ, обнимаемымъ идеею (напр. сиротамъ, бѣднымъ, больнымъ). Идеальная совокупность лицъ, съ выполненною ею, или относительно ея цѣлью, въ чувственномъ мірѣ, не мыслима безъ субстрата вещныхъ благъ, имущества; но ошибочно видѣть, какъ это дѣлается большею частью романистовъ, вслѣдствіе ограниченнаго римскаго воззрѣнія, юридическую сторону въ одномъ лишь имуществѣ, между тѣмъ какъ имущество представляетъ лишь одну, хотя часто и самую важную, сторону правоваго отношенія. Поэтому слѣдуетъ отказаться отъ романистическаго взгляда *Савиньи* и др., придающихъ значеніе юридическихъ лицъ, лишь такимъ идеальнымъ совокупностямъ лицъ, которыя обладаютъ имущественною цѣлью и имуществомъ, тѣмъ болѣе, что въ нѣмецкомъ правѣ и новѣйшей цивилизаціи выработалось болѣе правильное воззрѣніе. Для многихъ союзовъ лицъ, преслѣдующихъ разумныя цѣли, какъ для религіозныхъ, ученыхъ, литературныхъ обществъ предметомъ первой важности является то, чтобы за ними вообще было признано право на бытіе и дѣятельность по опредѣленнымъ направленіямъ; правовое же регулированіе ихъ, можетъ быть, весьма ограниченнаго, имущества имѣетъ по отношенію къ цѣли и лицамъ второстепенное значеніе. Имущество можетъ имѣть различныя отношенія къ цѣли. Оно или можетъ быть само цѣлью, какъ это бываетъ во всѣхъ промышленныхъ обществахъ, или же имущество служитъ цѣли и при томъ или главнымъ образомъ какъ въ учрежденіяхъ съ благотворительною цѣлью, или вспомогательнымъ какъ напр. въ организованномъ ученомъ обществѣ. Нѣкоторыя новѣйшіе писатели предложили называть всѣ идеальныя лица, у которыхъ этическая цѣль преобладаетъ надъ имуществомъ, *нравственными* лицами, и лишь остальнымъ придавать названіе лицъ юридическихъ. Но это было бы лишь несправедливою уступкою поверхностному взгляду, по которому правовое имѣетъ лишь значеніе по отношенію къ имуществу. Развѣ еще можно бы было одни идеальныя лица назвать этически-правовыми, другія же имущественно-правовыми. Различія лучше всего впрочемъ опредѣляются видами юридическихъ лицъ.

Что касается существенныхъ правовыхъ отличій юридическихъ лицъ отъ отдѣльныхъ физическихъ лицъ, то эти отличія заключаются въ томъ, что для юридическаго лица не существуютъ тѣ правовыя отношенія, которыя обусловливаютъ чувственную сторону личности, т. е. отношенія возраста, здоровья, сумасшествія и семейственныя отношенія, равно какъ и основанное на кровномъ родствѣ наслѣдованіе по закону, потому что юридическія лица могутъ наслѣдовать лишь по завѣщанію.

II. *Главнѣйшіе виды* юридическихъ лицъ опредѣляются по двумъ отношеніямъ:

1) по различію главнѣйшихъ *цѣлей;*

2) по различію правоваго положенія *отдѣльныхъ членовъ* къ юридическому лицу какъ идеальному *единству.*

1) По различію главнѣйшихъ правовыхъ, религіозныхъ, научныхъ, промышленныхъ, нравственныхъ цѣлей юридическія лица суть: a) въ политической области: *государство* само по себѣ и на сколько оно выражается въ особенныхъ государственныхъ властяхъ и должностяхъ, равно какъ и *община*; b) *церковь* и религіозныя корпораціи или общества; c) научныя, художественныя и учебныя учрежденія и даже отдѣльныя ихъ части (напр. факультеты); d) торговые и промышленные институты и общества; e) благотворительныя учрежденія, въ особенности заведенія и общества, какъ напр. больницы, домы призрѣнія бѣдныхъ и больныхъ и т. д.

2) По различію правоваго положенія отдѣльныхъ членовъ къ идеальному единству лица, въ особенности по отношенію къ имуществу, существуютъ три юридически возможные и дѣйствительные виды:

1) Первый видъ образуется, когда юридическое лицо одно только является полноправнымъ субъектомъ имущества, такъ что отдѣльныя лица вовсе не собственники: таково римское юридическое лицо universitas personarum, и часто по преимуществу называется корпораціей. Сюда же относятся благотворительныя заведенія, монастыри, университеты, нѣкоторыя общества и цехи, и вообще такія корпораціи, въ которыхъ отдѣльные члены не постоянны и имѣютъ лишь временное право пользованія. Когда прекращается бытіе такого юридическаго лица, то существеннымъ слѣдствіемъ бываетъ то, что имущество подпадаетъ владѣнію не временныхъ отдѣльныхъ лицъ, а государства, какъ имѣніе, не принадлежащее ни кому.

2) Второй видъ юридическаго лица образуется, когда только *отдѣльные* члены являются полноправными субъектами имущества и послѣднее стало быть дѣлится между ними на основаніи совокупной собственности. Таковы обыкновенныя *общества*, которымъ многіе романисты не даютъ значенія юридическихъ лицъ, но которыя въ практикѣ и въ новѣйшихъ законодательствахъ обозначаются основательно таковыми. Сюда относятся три вида промышленныхъ обществъ: компаніи на акціяхъ, нѣкоторыя общества застрахованія и многіе частные союзы съ дозволенными цѣлями. При распаденіи такого общества имущество дѣлится между имѣющимися на лицо членами.

3) Но существуетъ также и третій видъ юридическаго лица, которое разсматривается какъ идеальное единство, *при чемъ* отдѣльные члены являются облеченными правами по различнымъ направленіямъ, имущественное же отношеніе регулируется по германскому понятію о совокупной собственности (см. § 28). Этотъ видъ юридическаго лица называется многими по преимуществу *союзомъ* (Genossenschaft) ([62]); но относительно понятія и опредѣленія союза взгляды еще не установились, равно какъ и вообще это понятіе опровергается многими учеными, принимающими лишь римскія различія universitas и communio, все равно возникла ли послѣдняя изъ договора (societas) или случайно. Этотъ союзъ однако является внутреннимъ органическимъ соединеніемъ двухъ проти-

---

(62) Понятіе нѣмецкой правовой корпораціи допускаютъ *Безелеръ, Блюнчли, Вейске* и др., опровергаютъ *Тёль, Герберъ, Вальтеръ* и др.

воположныхъ институтовъ universitas и communio. Въ самомъ дѣлѣ союзъ имѣетъ съ universitas общимъ то, что онъ, подобно послѣдней, носитъ на себѣ характеръ болѣе *учредительный*,—признакъ продолжительности, и не смотря на то, что онъ, какъ communio, допускаетъ дробное облеченіе правами отдѣльныхъ лицъ, участіе послѣднихъ въ союзѣ опредѣляется на самомъ дѣлѣ не количественными, а, какъ при раздѣльной собственности (см. § 28), качественными частями. Такого рода союзъ мы встрѣчаемъ въ бракѣ и семейственномъ союзѣ, въ общинѣ, союзахъ марокъ, во многихъ цехахъ и корпораціяхъ. Существенно важно то, что при распаденіи такого союза, какъ единства, проявляется дробное облеченіе правомъ отдѣльныхъ лицъ, власти которыхъ подпадаетъ имущество въ опредѣленной пропорціи.

III. *Основныя положенія права.* Такъ какъ юридическое лицо еще менѣе, нежели отдѣльное, можетъ почесться простымъ существомъ частнаго права, то и его публично-правовая сторона по отношенію къ государству выказывается рѣзче и заслуживаетъ бо́льшаго вниманія. Общимъ основнымъ положеніемъ здѣсь будетъ то, что хотя на государство и не слѣдуетъ смотрѣть какъ на основаніе и причину (causa efficiens) юридическаго лица, оно тѣмъ не менѣе должно имѣть вліяніе на возникновеніе, на учрежденіе и администрацію, чаще же на конецъ юридическаго лица.

Правовыя отношенія юридическаго лица регулируются *условіями*, имѣющими связь съ его жизненными отношеніями.

Условія образованія или возникновенія юридическаго лица различны, смотря по условіямъ цивилизаціи народа, и должны быть размѣщены согласно отдѣльнымъ видамъ юридическихъ лицъ. Въ средніе вѣка, при слабости государственной власти и сильной наклонности къ образованію корпорацій, образовалось множество юридическихъ лицъ всякаго рода безъ всякаго содѣйствія и согласія со стороны государственной власти; но при измѣненіи, происшедшемъ въ новѣйшее время въ положеніи государственной власти, — измѣненіи, оправданномъ обстоятельствами,—при значительномъ усиленіи ея, при расширеніи ея цѣли защиты и попеченія и при развитіи публичности, однимъ изъ необходимыхъ условій существованія юридическаго лица слѣдуетъ считать и то, чтобы государство имѣло объ немъ *свѣдѣніе* (посредствомъ объявленія, или предложенія статутовъ въ какомъ либо государственномъ учрежденіи), при чемъ должно быть предоставлено и право, въ случаѣ если учрежденію этому покажутся цѣль и средства юридическаго лица противными государственнымъ законамъ, прекратить его бытіе и дѣйствіе путемъ, опредѣленнымъ государственной конституціей. Такимъ простымъ дознаніемъ можетъ и должно бы было довольствоваться государство относительно юридическихъ лицъ съ чисто-человѣческими, религіозными, литературными и свободными цѣлями. Иныя отношенія напротивъ установляются при юридическихъ лицахъ, дѣятельность которыхъ связана съ экономическими интересами, и гдѣ чаще всего при распоряженіи имуществомъ ограничивается естественный принципъ личной отвѣтственности и лишенія свободы, какъ то бываетъ при всѣхъ коммандитныхъ обществахъ и компаніяхъ на акціяхъ, или гдѣ институты должны быть *прочно* связаны съ государственною и общественною жизнью, какъ учрежденія съ благотворительною цѣлью, корпораціи, ордена. Здѣсь необходимо предварительное согласіе государства, которое однако должно быть даваемо не по произволу, а согласно съ общими нормами регулирующими

право союза, при чемъ требуется также должное вниманіе къ статутамъ и всѣмъ обусловливающимъ отношеніямъ.

Чтобы знать о связи, существующей между юридическимъ лицомъ и общимъ интересомъ, государство имѣетъ право верховнаго надзора, выполняемаго различно, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, даже посредствомъ особенныхъ коммисаровъ. Такое наблюденіе, повторяемъ, особенно необходимо при всѣхъ политико-экономическихъ промышленныхъ обществахъ. Ближе всего надзоръ за правильнымъ распоряженіемъ имуществомъ, за надлежащею, дѣйствительно разоблачающею состояніе общества, ежегодною отчетностью и т. д. долженъ быть возложенъ на торговыя и промышленныя камеры; но верховный надзоръ во всякомъ случаѣ принадлежитъ правительству.

Кромѣ того, государство имѣетъ право *прекратить* бытіе юридическаго лица, когда преслѣдуемая послѣднимъ цѣль будетъ признана за противную общественному благу или когда цѣль опредѣленнаго юридическаго лица лишается возможности выполненія (напр. въ опредѣленной мѣстности). Относительно религіозныхъ корпорацій въ этомъ случаѣ предписывается соглашеніе съ высшею духовною властью. Но постояннымъ требованіемъ права и нравственности является то, чтобы имущество уничтоженныхъ корпорацій было по возможности употребляемо на подобныя же цѣли ([63]).

IV. *Внутреннія* отношенія юридическаго лица регулируются главнымъ образомъ цѣлію, потомъ родомъ общаго владѣнія имуществомъ и наконецъ статутами. За отсутствіемъ статутовъ или въ видѣ дополненія къ послѣднимъ могутъ быть также выведены опредѣленныя основныя положенія и изъ самой сущности юридическаго лица. При утвержденіи статутовъ, въ особенности промышленныхъ обществъ, государственная власть должна преимущественно обращать вниманіе на то, чтобы случайная олигархія основателей не оскорбляла интересовъ значительнаго большинства посредствомъ несправедливыхъ опредѣленій, эгоистическихъ правъ присвоиваемыхъ основателями, отяготительныхъ условій при отправленіи обязанностей членами (напр. большое число акцій) и т. д. Наконецъ уже выше, (см. стр. 332) какъ на требованіе права и гуманности, указано на то, что во внутреннихъ отношеніяхъ всякаго общества для каждаго истинно трудящагося его члена, открывается важное поприще для отправленія нравственныхъ и положительно-правовыхъ обязанностей посредствомъ учрежденія пансіонныхъ кассъ для вдовъ и сиротъ и т. п.

Отправленіе правъ и обязанностей юридическаго лица совершается посредствомъ представителей. Этими органами оно можетъ въ опредѣленныхъ случаяхъ пріобрѣтать владѣніе, собственность, вещныя права, требованія. Впрочемъ это возможно для него и посредствомъ предсмертнаго выраженія воли.

§ 24. *Переходъ къ частно-экономическому или имущественному праву.*

Личное право признано за всеобщее, такъ какъ оно служитъ основаніемъ не только всего частнаго и публичнаго права, но также и всѣхъ особенныхъ част-

---

([63]) Такъ Pr. L. R. II. 6. § 193 предписываетъ, чтобы государство заботилось сколь возможно болѣе о выполненіи намѣренія учредителя.

ныхъ правъ. Уже выше было замѣчено, что, во избѣжаніе противорѣчія нашимъ высшимъ и болѣе развитымъ жизненнымъ отношеніямъ, не слѣдуетъ частное право ограничивать только имущественнымъ правомъ; потому что послѣднее есть лишь отдѣльная, хотя и преобладающая внѣшнимъ образомъ въ нашей жизни, отрасль частнаго права, которое обнимаетъ собою и другія, опредѣляющіяся болѣе высокими жизненными отношеніями и цѣлями, отрасли, именно частное право религіи, частное право нравственности, частное право воспитанія, науки и искусства. Эти отрасли, правда, мало развиты, объ нихъ можно сказать гораздо меньше, нежели объ имущественномъ правѣ съ его обиліемъ и широтою интересовъ; и потому ихъ приличнѣе отнести, какъ это обыкновенно дѣлается, къ публичному праву; но въ жизненныхъ отношеніяхъ, которымъ они сообщаютъ высшую духовную и нравственную силу, онѣ имѣютъ великое значеніе. Имущественное же право есть лишь часть частно-хозяйственнаго права, которое полно дѣлится на *частное право* производства, частное право оборота и частное право потребленія. Обыкновенное имущественное право, подраздѣляющееся на вещное и облигаціонное право, излагаетъ лишь общія основанія; въ вещномъ правѣ развиваетъ главные виды вещныхъ правъ, пріобрѣтеніе и потерю ихъ, въ облигаціонномъ правѣ излагаетъ общее, но лишь индивидуальное *право оборота*, между тѣмъ какъ право потребленія, руководимое въ частной жизни исключительно свободой, не получило самостоятельнаго развитія. Но точно также какъ въ наукѣ о хозяйствѣ, кромѣ *общихъ основныхъ положеній*, излагаются также и экономическія отношенія *отдѣльныхъ* отраслей производства (земледѣліе, горное производство и техническіе промыслы) и различные виды оборота, такъ существуетъ и особенное право земледѣлія и горнаго производства, техническихъ промысловъ и главнѣйшихъ видовъ торговли, которое (право) должно быть развито въ *отдѣльныхъ* частныхъ правахъ, какъ отрасляхъ частнаго права отдѣльныхъ экономическихъ *сословій*. Отсюда и въ этой части частнаго хозяйственнаго права слѣдуетъ различать общее право отъ отдѣльныхъ правъ. Но далѣе, въ общемъ оборотномъ и облигаціонномъ правѣ слѣдуетъ строго выдѣлить облигаціи, не простирающіяся на вещныя блага или ихъ цѣнность; потому что если и въ другихъ областяхъ встрѣчаются такія же или подобныя имъ формы оборота, напр. общая форма договора, то эти формы, вслѣдствіе своего не просто имущественно-правоваго содержанія, получаютъ также и иной правовой характеръ. Далѣе, *общественное* право необходимо должно быть отдѣлено отъ этого имущественнаго права, потому въ каждомъ обществѣ публичные и нравственные интересы должны регулироваться и преимущественно охраняться правомъ ([64]).

([64]) Изъ такого тѣснаго соединенія обыкновеннаго частнаго имущественнаго права съ наукою о хозяйствѣ вытекаетъ также то требованіе относительно изученія, чтобы политическая экономія слушалась покрайней мѣрѣ одновременно съ положительнымъ частнымъ правомъ. Ср. стр. 233. Примѣчаніе.

ПОДРАЗДѢЛЕНІЕ ВТОРОЕ.

ПЕРВЫЙ ОТДѢЛЪ

ЧАСТНО ХОЗЯЙСТВЕННАГО ПРАВА (ИМУЩЕСТВЕННАГО ПРАВА).

ОБЩЕЕ ВЕЩНОЕ ПРАВО.

§ 25. *Введеніе. Предварительныя замѣчанія. Основаніе. Понятіе и характеръ. Виды.*

1) *Предварительныя замѣчанія.* Вещное право, какъ право вещныхъ благъ, имѣетъ ближайшее свое основаніе въ наукѣ о хозяйствѣ, которая въ свою очередь разчленяется на ученіе о частномъ и народномъ хозяйствѣ, хотя и носитъ обыкновенно послѣднее названіе. Но между тѣмъ какъ *наука* о хозяйствѣ развиваетъ вещныя отношенія и направленную на нихъ дѣятельность, хозяйственное *право* излагаетъ ихъ формальное регулированіе, руководясь главными моментами права, лицомъ какъ субъектомъ, объектомъ и отношеніями, служащими цѣлью. Тѣсная же связь между наукой о хозяйствѣ и хозяйственнымъ правомъ имѣетъ свое значеніе въ томъ, что, съ одной стороны, при формальномъ регулированіи должны постоянно имѣться въ виду сами вещныя отношенія, а съ другой, подобно тому какъ на частное хозяйство слѣдуетъ смотрѣть какъ на *членъ* народнаго хозяйства, такъ частное вещное право должно тѣсно связывать съ публичнымъ интересомъ, хотя въ частномъ правѣ свободное самоопредѣленіе воли и должно оставаться преобладающимъ.

2) *Основаніе* вещнаго права лежитъ въ сущности человѣка и человѣческой личности. Человѣкъ, хотя вслѣдствіе присущаго ему божественнаго или абсолютнаго принципа, и есть самъ для себя цѣль и самъ по себѣ лицо, вмѣстѣ съ тѣмъ по причинѣ конечности своей существо условное и зависимое, которому, по положенію занимаемому имъ относительно природы, указуется удовлетворять свои разумно-нравственныя потребности вещами встрѣчаемыми имъ въ природѣ и не служащими сами себѣ цѣлью, съ тѣмъ чтобы такимъ пополненіемъ посредствомъ вещей уничтожить свою ограниченность. Но это возможно для человѣка лишь тогда, когда онъ вещи эти ставитъ въ непосредственное отношеніе къ себѣ, подчиняетъ ихъ своей власти или возможности вліянія на нихъ. Это простое отношеніе владычества или господства всего прежде есть чисто физическое, ни правовое, ни нравственное отношеніе (см. стр. 222 примѣчаніе 103). Но такъ какъ нравственностью каждому предписывается сообразовать это отношеніе съ своими нравственными обязанностями относительно себя (умѣренность) и относительно другихъ (благотворительность), то оно должно также опредѣляться и правомъ.

Это правовое регулированіе совершается посредствомъ установленія *условій*, при которыхъ какое либо лицо можетъ для своихъ разумно-нравственныхъ цѣлей (предоставляемыхъ въ частномъ правѣ прежде всего личному усмотрѣнію) пріобрѣтать, владѣть, потреблять и отчуждать вещи несвободной природы. Вещное право есть потому совокупность правовыхъ нормъ, институтовъ и отношеній, имѣющихъ связь съ непосредственнымъ отношеніемъ лица къ вещи, самого его и касательно другихъ лицъ.

3) Характеръ вещнаго права заключается въ *непосредственности* отношенія. *Слѣдствіемъ* отсюда является то, что вещное право можетъ получить силу относительнаго каждаго; изъ него вытекаетъ in rem actio vindicatio, такъ наз. вещный искъ. Лишь въ нѣкоторыхъ случаяхъ отыскиваніе права противъ кого либо ограничивается опредѣленными соображеніями. Потому различаютъ вещныя права, которыя можно преслѣдовать *абсолютно* или же только *относительно* ([65]). Въ римскомъ правѣ *правиломъ* (за нѣкоторыми исключеніями) является принципъ абсолютнаго преслѣдованія, нѣмецкое же право обратило большее вниманіе на отношенія, установивъ относительно поземельной собственности условіе публичнаго признанія вещнаго права посредствомъ совершенія крѣпости въ судѣ, относительно же движимой собственности принявъ заосновное положеніе: «Hand muss Hand wahren» (стр. 307). Изъ вышеприведеннаго понятія однако ясно, что обыкновенное опредѣленіе: вещное право есть всякое право, которое можно преслѣдовать противъ каждаго,—не точно, вслѣдствіе того, что съ одной стороны существуютъ права, которыя могутъ быть преслѣдуемы противъ каждаго лица, не будучи вещными, какъ напр. права состояній, съ другой же стороны и не всякое вещное право въ этомъ смыслѣ можетъ быть преслѣдуемо. Обыкновенное опредѣленіе взято изъ слѣдствія, которое не всегда связано съ вещнымъ правомъ.

4) *Главные виды* вещныхъ правъ фактически и логически можно размѣстить только въ двѣ категоріи, *собственность* и *ограниченныя* вещныя, принадлежащія также другому *права* (jura in re aliena). Нѣчто среднее между послѣдними не мыслимо. Но возникаетъ вопросъ: сколько видовъ можетъ возникнуть собственности съ одной стороны и ограниченныхъ вещныхъ правъ съ другой. Римское право признаетъ только три рода собственности: индивидуальную собственность, собственность юридическаго лица и общее владѣніе, особенными же вещными правами на чужія вещи признаетъ: сервитуты, эмфитевзисъ, superficies и закладное право и, по институціямъ, наслѣдственное право, потому что для него тоже полагается in rem actio, направленное на выдачу всего имущества. Въ нѣмецкомъ правѣ сначала приняли, кромѣ трехъ римскихъ видовъ собственности, еще и другіе два: раздѣльную собственность и общую. Но эти два вида въ настоящее время отвергаются нѣкоторыми германистами, хотя, какъ мы это увидимъ, и неосновательно. Между особенными вещными правами въ нѣмецкомъ правѣ являются также реальныя повинности. Между тѣмъ возможны и иныя еще вещныя права на чужую вещь и мы ихъ дѣйствительно находимъ въ нѣкоторыхъ законодательствахъ. Такъ въ Pr. L. R. наемъ совершенно основательно отнесенъ къ вещнымъ правамъ, подобно тому какъ въ австрійскомъ правѣ, вообще права, возникающія изъ аренды, найма и т. п.

---

(63) Правильный взглядъ можно найдти у *Унгера*, ib. S. 318, ff.

получаютъ вещный характеръ посредствомъ занесенія ихъ въ публичныя книги. Впрочемъ всѣ вещныя права могутъ быть сведены въ одну общую категорію, какъ *права приносящія пользу, доходъ* и какъ формальныя *права обезпеченія* (гипотека, залогъ).

ГЛАВА I.

Собственность и право собственности (66).

§ 26. *Собственность. Основаніе. Объемъ. Понятіе и ограниченія собственности.*

1) *Философско-правовое основаніе.* Сущность собственности должна опредѣляться ея цѣлью. Эта цѣль двоякаго рода: общая и особенная. Собственность раздѣляетъ съ вещнымъ правомъ назначеніе послѣдняго: служить чувственнымъ,—а посредствомъ ихъ,—и умственнымъ потребностямъ. Такой общей и равной для всѣхъ потребности въ вещахъ можно было бы помочь общностью владѣнія и пользованія. Но человѣкъ существо не только равное всѣмъ другимъ, но и имѣющее отъ нихъ индивидуальное различіе. Вслѣдствіе божественной силы, прирожденной ему и возвышающей его до самосознанія и свободы, онъ есть *лице*, призванное само себѣ избирать цѣли и соотвѣтствующія средства. Какъ существо само по себѣ, человѣкъ долженъ заявлять свою индивидуальность въ вещныхъ благахъ, посредствомъ возможности сомостоятельнаго распоряженія ими. Изъ *бытія* человѣка, *самаго по себѣ* и *для себя*, вытекаетъ и существованіе имущества самаго *по себѣ* и *для себя*. Вотъ ближайшее основаніе имущества, которое, будучи отраженіемъ индивидуальной личности въ мірѣ вещныхъ благъ, и въ самомъ неравенствѣ заявляетъ различія индивидуальности. Потому собственность вообще держится и падаетъ вмѣстѣ съ личностью, такъ что всѣ философскія теоріи, разрушающія послѣднюю, какъ теоріи—пантеистическая, матеріалистическая и сенсуалистическая, опровергаютъ съ практическою послѣдовательностію и естественное основаніе собственности. Въ собственности же должна отражаться личная жизненная цѣль. Но лице было и есть, хотя бы и относительно, самостоятельный *членъ* человѣчества. Отсюда личная цѣль не можетъ быть отдѣляема отъ общечеловѣческой. Поэтому лице должно искать удовлетворенія въ имуществѣ и именно въ своихъ вещныхъ благахъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ не забывать и общечеловѣческихъ обязанностей и цѣлей. Въ имуществѣ и посредствомъ его каждый долженъ также доказывать свой человѣческій образъ мыслей, выполнять свои нравственныя обязанности благотворительности и вспомоществованія и, при преслѣдованіи своихъ правъ относительно собственности, обращать вниманіе на матеріальное общественное благо, что предписывается нравственностію и отчасти публичнымъ правомъ, имѣющимъ въ виду общественную цѣль.

---

(66) Подробно объ этомъ см. *мою* Rechtsphilosophie, S. 437 — 529; и *Röder*, Grundzüge des Naturrechts, S. 198—289; ср. далѣе *Gesterding*, die Lehre vom Eigenthum 1817 Pütter, (Karl Theodor), die Lehre vom Eigenthum nach deutschem Recht verglichen mit en röm. Rechtsgrundsätzen, 1831.

2) *Объемъ собственности* по *общему* понятію ([67]). Какъ на собственность, слѣдуетъ смотрѣть на всякое законное право лица на вещь, находящуюся подъ непосредственнымъ, или посредственнымъ его владычествомъ. Поэтому прежде всего всякое отношеніе господства лица надъ вещью будетъ имущественнымъ отношеніемъ и въ составъ послѣдняго войдутъ и отдѣльныя, покрайней мѣрѣ матеріально-вещныя права, какъ напр. сервитуты. Подобно тому какъ римлянинъ говорилъ объ dominium и dominus servitutis, usus fructus etc., такъ и въ нѣмецкомъ правѣ понятіе собственности еще опредѣленнѣе нашло примѣненіе въ этомъ обширномъ значеніи ([68]); мало того, оно было распространено и на посредственныя отношенія господства надъ всякимъ объектомъ права и уравнено съ понятіемъ *имущества*, такъ что была принята собственность и относительно правъ требованія. Это воззрѣніе нашло также точку опоры въ нѣмецкомъ правѣ, удержалось въ оборотномъ языкѣ и перешло во многія новѣйшія законодательства (Pr. L. R., Oesterr. G. B. §. 353). Но сколь не важно признаніе высшаго единства между непосредственнымъ вещнымъ и посредственнымъ личнымъ (касающимся вещей) правомъ, тѣмъ не менѣе это единство гораздо сообразнѣе выражается понятіемъ *имущества* ([69]), въ которомъ вещная собственность является лишь составною частью. Слѣдовательно будетъ совершенно основательно дѣлать различіе между самою собственностію и особенными вещными правами.

3) *Понятіе* собственности въ положительно-правовомъ отношеніи. Это понятіе до сихъ поръ еще не получило строго научнаго развитія и опредѣленія. Для установленія его прибѣгали къ двумъ методамъ. Древнѣйшій методъ опредѣлялъ понятіе собственности вычисленіемъ главнѣйшихъ, содержащихся въ собственности, правъ по отношенію къ вещи, какъ права распоряженія, пользованія и исключенія третьяго лица. Но тѣ же самыя права встрѣчаются въ извѣстномъ отношеніи и при временномъ владѣніи. Собственность должна опредѣляться не только со стороны субъекта и его правъ, но также и со стороны объекта, равно какъ и способомъ соединенія субъекта съ объектомъ. Второй новѣйшій методъ опредѣляетъ собственность заимствованнымъ изъ римскаго права и отождествленнымъ съ самимъ правомъ понятіемъ могущества или господства воли. Нѣкоторыя варьяціи, встрѣчающіяся въ воззрѣніяхъ на это понятіе, хотя нельзя назвать несущественными, но они не измѣняютъ дѣла.

([67]) Понятіе собственности получаетъ болѣе обширный смыслъ для полнаго права предоставляемаго лицу, какъ напр. у *Краузе:* « Abriss. der Philos. des Rechts », S. 104. *Пюттеръ*, ib., придаетъ собственности пять различныхъ значеній, подразумѣвая подъ ней: 1) полное право человѣка (universum jus personæ); 2) всѣ *гражданскія* права; 3) все *имущество;* 4) всѣ права и вещи, относящіяся къ владѣнію человѣка *вещнымъ образомъ;* 5) собственность, состоящую изъ *вещей*, или просто собственность.

([68]) Вліяніе германско-правоваго возрѣнія выказывается конечно и въ широкомъ взглядѣ на это понятіе глоссаторовъ. Такъ Bartolus ad l. 17, § 1, D. 41, 2, опредѣляетъ сначала dominium въ обширнѣйшемъ смыслѣ pro omni jure incorporali, ut habeo dominium obligationis, usus fructus; вслѣдъ за симъ и въ тѣснѣйшемъ смыслѣ, какъ jus de re corporali perfecte disponendi, nisi lege prohibeatur. См. *Böcking*, Pandekten des röm. Pr. R. 2. Bd. S. 3. О болѣе древнихъ цивилистическихъ воззрѣніяхъ см. *Glück*, Erläuterung der Pandekten, Theil 8, 1. S. 26—46.

([69]) Это впрочемъ пунктъ, относительно котораго я, даже послѣ многократнаго обсужденія, не могу высказаться безусловно. Ограниченіе, которое во всякомъ случаѣ противно воззрѣніямъ и языку оборотной жизни, оправдывается по моему мнѣнію до сихъ поръ только преобладаніемъ причинъ цѣлесообразности.

Такъ одни смотрятъ на собственность, какъ на «совершенное или полное и цѣлостное правовое (70) господство лица подъ тѣлесною вещью,» но полагаютъ, что «исключеніе нѣкоторыхъ правъ, самихъ по себѣ заключающихся въ собственности (71)» не можетъ повредить понятію о собственности, и что вслѣдствіе этого могутъ возникать отдѣльныя вещныя права. Не говоря уже о фактически и формально-логически неправильномъ (какъ это ниже и будетъ доказано) пониманіи, заключающемся въ такомъ воззрѣніи, согласно съ послѣднимъ собственность должна бы была прекращаться покрайней мѣрѣ тамъ, гдѣ отсутствуютъ не только всѣ права, но и въ основаніи нѣтъ никакого существеннаго права. Поэтому въ опроверженіе такого воззрѣнія основательно сдѣлано было (72) замѣчаніе, хотя и съ подобной же точки зрѣнія, что когда собственность находится во временномъ владѣніи, и къ тому же присоединяется залогъ (pignus) и спорность, то собственно нѣтъ никакихъ правъ, между тѣмъ собственность не прекращается. Правда и здѣсь не достаетъ надлежащаго различія между самими правами и ихъ выполненіемъ, между постоянною возможностію и временно недостающею дѣйствительностію, но тѣмъ не менѣе отсюда слѣдуетъ, что простымъ количественнымъ понятіемъ цѣлостности правъ нельзя опредѣлить этого правоваго отношенія. Вмѣсто момента цѣлостности нѣкоторые указали на характеръ самостоятельности и безусловности господства (73) и тѣмъ избѣгли очевидныхъ противорѣчій, но и этотъ моментъ можетъ не существовать, а собственность все таки не прекратится. Вслѣдствіе того, что такимъ образомъ оказалось невозможнымъ указать въ опредѣленномъ господствѣ характеръ собственности, послѣднюю хотѣли видѣть въ правовой *возможности* выполнять всѣ возможныя права относительно какой либо тѣлесной вещи (74), или же въ *неопредѣленности* господства, а потому въ обширной опредѣляемости (75). Въ этомъ можно найдти хоть ту правильную мысль, что собственность не поглощается опредѣленными, принадлежащими и другимъ выполненіями правъ, а содержитъ въ себѣ неопредѣленную возможность различныхъ опредѣленій. Но сущность дѣла тѣмъ не менѣе осталась неразрѣшенною. Понятіе собственности можетъ быть найдено лишь усвоеніемъ понятія *существа* или *сущности*, или наконецъ, какъ говорили прежде, *субстанціи* дѣла и понятія о цѣли. Посредствомъ понятія о сущности или субстанціи (76), котораго

---

(70) Эпитетъ «правовое» приводимый многими, какъ напр. *Пухтой*, Pand. § 114; *Арнтсомъ*, Pand. § 130 и опускаемый другими, какъ Gerber, d. Pr. R. § 76, весьма важенъ, характеризуя главнымъ образомъ имущество въ отличіе отъ владѣнія. Необходимость этого эпитета впрочемъ уже показываетъ, что одно могущество воли не составляетъ понятія права; право даетъ власть, могущество, а не послѣднее право.

(71) *Puchta*, ib., §. 145; также *Arnts*, ib., §. 130.

(72) *Böcking*, Pandekten des rom. Privatrechts. Bd. II. S. 3.

(73) *Walter*, Geschichte des röm. R. 2. Aufl. Bd. II. S. 167.

(74) *Vangerow*, Leitfaden für P. Vorles. 1848. Bd. I. S. 474.

(75) *Böcking*, Pand. des röm. Pr. R., ib. Это воззрѣніе принялъ (S. 524) и *Unger*, не указывая впрочемъ на Böcking'a.

(76) Весьма распространенное, но извращенное направленіе ума новѣйшаго времени ограничило понятіе субстанціи, постоянной сущности въ ряду явленій, почти во всѣхъ наукахъ случайностями, видоизмѣненіями, простою качественностью и количественностью, и чрезъ то привело въ естествовѣденіи къ грубой атомистикѣ и теоріи обмѣна матеріи, въ психологіи къ отрицанію сущности души. Точно также и новѣйшая (въ особенности романистическая) юриспруденція пыталась сгладить всѣ правовыя различія, вытекающія изъ существа и сущности посредствомъ простыхъ формальныхъ опредѣленій. Впрочемъ и я самъ лишь съ трудомъ могъ освободиться отъ обыкновенныхъ установившихся въ общемъ правѣ воззрѣній, пока не убѣдился, что ошибочность и недостаточность во всѣхъ, сдѣлав-

часто держалась и древняя философская теорія (77), выяснится для собственности *основаніе* возможности, продолжительности и постоянства при неопредѣленной полнотѣ возможныхъ пользъ, извлекаемыхъ изъ нея; посредствомъ же понятія цѣли объяснятся преимущественно различные качественные виды собственности. Если такимъ образомъ тѣлесная вещь, относящаяся къ собственности, будетъ разсматриваться, какъ субстанція, т. е. со стороны продолжительной, единичной, неразрывной сущности, то тѣмъ самымъ уже поймется возможность многихъ неопредѣленныхъ, основанныхъ на этой сущности, примѣненій и пользъ, извлекаемыхъ изъ вещи, изъ которыхъ ни одно такое примѣненіе за исключеніемъ случая, когда какая либо цѣль опредѣляетъ совершенное потребленіе вещи не исчерпываетъ всей сущности; для послѣдней остается возможность дальнѣйшаго опредѣленія; и если уже совершено какое либо употребленіе, то это не касается самой вещи, а только возможности употребленія ея. Какъ скоро собственность будетъ относиться къ вещи, какъ къ субстанціи, собственность получаетъ сходство съ лицемъ; потому что лице есть духовное существо, сущность (субстанція), которое, при постоянномъ единствѣ своихъ продолжительныхъ способностей, заключаетъ въ себѣ безконечное обиліе различныхъ примѣненій ихъ, а потому и въ сущности (субстанціи) вещи находитъ соотвѣтственную область для своей продолжительной, свободной дѣятельности. Но въ собственности слѣдуетъ также обращать вниманіе на *цѣль* вещи. Понятію о цѣли въ юриспруденціи, какъ мы это неоднократно замѣчали, не посчастливилось еще болѣе, нежели понятію о субстанціи; но тѣмъ не менѣе безъ него нельзя понять ни одного важнаго правоваго института, ни одного отношенія. Въ цѣли выражается опредѣленіе вещи по ея годности; въ опредѣленіи же обозначается идеальная граница, которая должна охраняться отчасти нравственною совѣстію, отчасти правомъ. Для понятія собственности цѣль вещи важна въ двоякомъ отношеніи. Такъ понятіе поля опредѣляется земледѣліемъ; земледѣлецъ поэтому можетъ имѣть притязаніе, какъ на собственность, лишь на почву, на сколько

шихся обычными, опредѣленіяхъ собственности можетъ быть преодолѣна лишь посредствомъ возвращенія къ древнѣйшему философско-правовому взгляду, принятому и въ обоихъ новѣйшихъ законодательствахъ,—взгляду, единственно вѣрному относительно *этого* существеннаго пункта.

(77) Руководясь этимъ философскимъ воззрѣніемъ, Oesterr G. B. § 354 даетъ слѣдующее опредѣленіе: «разсматриваемая, какъ право, собственность есть полномочіе располагать по произволу субстанціей вещи и пользою приносимою ею, и исключать изъ сего всякаго другаго;» и на основаніи этаго опредѣленія ясно опредѣляются также (§. 357) понятія (подвергавшіяся столь частымъ нападкамъ со стороны романистовъ) полной, или безраздѣльной, и не полной, или раздѣльной собственности. Кстати опровергнемъ здѣсь упрекъ въ безсмысленности, обращенный къ редакторамъ Oesterr. G. B — *Унгеръ* именно утверждаетъ прямо, S. 256, что противно §. 353-му, гласящему: «все, что принадлежитъ кому либо, всѣ его тѣлесныя и безтѣлесныя вещи, называются его собственностію» въ слѣдующемъ §. 354-мъ, словомъ субстанція, собственность снова ограничена одними тѣлесными (?) вещами. Но составители законодательства не до такой еще степени отрѣшились отъ философіи, чтобы не знать, что слово субстанція во всѣхъ наукахъ употребляется вообще для обозначенія постояннаго существа вещи. Поэтому слово субстанція приложимо ко всѣмъ постояннымъ правамъ, допускающимъ продолжительность выполненія, какъ это случилось и въ законодательствѣ. И Pr. L. R., въ которое *Унгеръ* могъ бы заглянуть, говоритъ, Th I. Tit., 8, § 1, еще опредѣленнѣе: «собственникомъ называется тотъ, кто имѣетъ право располагать субстанціею вещи или какого либо права, съ исключеніемъ другихъ, въ силу собственной власти, посредствомъ самаго себя, или третьяго лица.» Я полагаю, что гораздо лучше избѣгать такого распространенія понятія собственности въ положительномъ правѣ.

она необходима для сельско-хозяйственнаго пользованія; но онъ не является собственникомъ всего, что находится подъ поверхностью земли, вслѣдствіе чего горный промыселъ можетъ создать другаго собственника той же самой земли. Съ другой стороны для вещи возможны различныя назначенія, которыя, какъ скоро они будутъ выполняемы относительно различныхъ лицъ, изъ простой количественно опредѣленной собственности, имѣющей нѣсколькихъ владѣльцевъ, влекутъ за собою различное качественное дѣленіе собственности между этими лицами (см. ниже §. 27). Точно также опредѣляется бытіе особенныхъ вещныхъ правъ, когда эти назначенія касаются не самой субстанціи, а только опредѣленныхъ пользъ и выгодъ приносимыхъ вещію.

Теперь мы можемъ опредѣлить собственность такимъ образомъ: *она есть признанная за право власть лица надъ субстанціею тѣлесной вещи по ея годности для разумно-нравственныхъ цѣлей.* Но это правовое отношеніе лица къ вещи проявляется въ двухъ направленіяхъ, въ болѣе внѣшнемъ и *формальномъ*, посредствомъ распоряженія (Disposition) вещью, и въ болѣе внутреннемъ и *матеріальномъ*, посредствомъ цѣлесообразнаго ея употребленія. Поэтому, относительно *субстанціи*, положительно въ каждой собственности должны заключаться двѣ составныя части въ видѣ правъ, *распоряженіе* и *пользованіе*. Безъ послѣднихъ нѣтъ собственности, хотя одно и можетъ быть преобладающимъ надъ другимъ; они составляютъ *понятіе*, *содержаніе* собственности, которыя во всякомъ случаѣ слѣдуетъ различать отъ *объекта*, вещи. Эти права допускаютъ правда различное *выполненіе* и могутъ быть ограничены, если не сами по себѣ, то относительно этаго выполненія, но ни одно изъ нихъ не можетъ быть отдѣлено отъ собственности безъ уничтоженія самой собственности. Съ этимъ выполненіемъ правъ собственности имѣютъ связь особенныя вещныя права, понятіе которыхъ мы и опредѣлимъ здѣсь точнѣе.

4) *Особенныя вещныя права* на какую либо вещь, находящуюся въ собственности другаго лица, въ новѣйшей наукѣ почти всѣми опредѣлялись ошибочно. При этомъ особенно ярко выказался недостатокъ болѣе глубокаго философскаго воззрѣнія на право, именно смѣшеніе *права* съ *выполненіемъ* или *ограниченіемъ*, слѣдовательно смѣшеніе заключающихся въ собственности, существенныхъ, обнимающихъ собою неопредѣленную возможность, правъ съ опредѣленными выполненіями или ограниченіями, даже смѣшеніе собственности съ самою тѣлесною вещію. По обыкновенному, но почти чувственно-матеріальному, воззрѣнію особенныя вещныя права образуются посредствомъ «исключенія правъ, которыя сами по себѣ заключаются въ собственности» ([78]). Не говоря о томъ что здѣсь не сдѣлано надлежащаго различія между существенными правами собственности: распоряженіемъ и употребленіемъ и ихъ отдѣльными выполненіями, которыя, въ свою очередь, можно назвать особенными правами,—такое

---

(78) Такъ напр. *Puchta*, ib. §. 143 и большая часть ученыхъ положительнаго права. Даже *Stahl*, Rechtsphilos. Bd. II. §. 39, допускаетъ возникновеніе особенныхъ вещныхъ правъ посредствомъ выдѣленія изъ совокупности правъ, даваемыхъ собственностью. *Arndts*, Pandect. §. 130, стремится найдти аналогію между этимъ исключеніемъ правъ изъ собственности и ограниченіемъ, наступающимъ вмѣстѣ съ свободою. Но свобода можетъ быть ограничена лишь въ ея выраженіяхъ, направленіяхъ, а не сама по себѣ, точно также какъ изъ нея по ея понятію не можетъ быть ничего отнято, безъ уничтоженія ея самой.

воззрѣніе ошибочно въ своемъ основаніи ([79]). Ни общее, ни отдѣльное право не можетъ быть отнято, выдѣлено, возможно лишь ограниченіе или временное выполненіе со стороны другаго лица, получившаго на это право; собственникъ же, вслѣдствіе субстанціи, удерживаетъ за собою существенныя права, иногда и въ дѣйствительности, *рядомъ* съ лицомъ, облеченнымъ вещными правами, но постоянно лишь вслѣдствіе возможности (potentia) распоряжаться. Поэтому-то когда временное облеченіе правомъ теряетъ свою силу, право не дѣлается res nullius, или не возвращается не извѣстно какимъ образомъ къ собственнику, а напротивъ право *послѣдняго*, не совершенно утраченное, наступаетъ вполнѣ и совершенно, каково оно есть само по себѣ, т. е. оно консолидируется ([80]).

Если мы теперь спросимъ, помимо законныхъ ограниченій, которымъ подвергается собственность и въ особенности недвижимая, въ видахъ публичнаго интереса или интереса сосѣдей (такъ наз. легальные сервитуты): какія могутъ быть особенныя вещныя права, принадлежащія опредѣленному третьему лицу, то мы должны отвѣтить, что особенныхъ правъ бываетъ столько же, сколько существуетъ положительныхъ или отрицательныхъ, ограничивающихъ собственность, приложимыхъ къ третьему лицу цѣлей пользованія собственностью. Поэтому ихъ можно назвать вещными правами пользованія. Римское право относитъ сюда *эмфитевзисъ*, *superficies* и *сервитуты*. Но первыя два права, по внутреннему своему существу, относятся къ раздѣльной собственности (см. § 27). Поэтому глоссаторы основательнѣе, нежели новѣйшіе ученые, хотя и въ неудачныхъ выраженіяхъ, примѣняли къ нимъ понятія dominium directum и dominium utile, а прусское и австрійское законодательства правильно отнесли ихъ къ понятію о раздѣльной собственности. Остаются слѣдовательно сервитуты. Но кромѣ этихъ вещныхъ правъ пользованія, возникновеніе которыхъ можетъ основываться на различныхъ причинахъ для различныхъ цѣлей, мыслимы и другія вещныя права пользованія чужою вещію, образующіяся чисто посредствомъ договора. Потому Preuss. L. R. предоставляетъ вещное право на предварительно опредѣленное время владѣнія *арендатору, съёмщику* и даже *взявшему ссуду*, Oesterr. G. B. сообщаетъ характеръ вещности лишь найму и арендѣ, посредствомъ внесенія ихъ въ публичныя книги. Наконецъ, кромѣ и этихъ вещныхъ правъ пользованія есть еще право на чужую вещь, *право залога*. Но оно носитъ характеръ вспомогательный, служа лишь для обезпеченія другаго права, характеръ случайности, вслѣдствіе права отчужденія, ограничивается оцѣнкою вещи, прекращается однажды совершеннымъ актомъ выполненія права залога, и потому весьма сродъ

([79]) На этомъ основано также, при весьма обширномъ сервитутѣ, usus fructus, древнее различіе между usus fructus formalis и causalis, гдѣ выраженія правда схоластичны и неточны, и самая мысль отчасти извращена вслѣдствіе того, что формальный или идеальный, т. е. возможный usus fructus, который долженъ постоянно оставаться за собственникомъ, не есть, собственно по отношенію къ нему usus fructus; но тутъ все таки видно важное признаніе различія между постоянною возможностью и временною дѣйствительностію. А безъ такого философскаго различія и не возможно уяснить себѣ этотъ предметъ.

([80]) Это случается столь же естественно, какъ естественно то, когда носильщикъ тяжестей, освободившись отъ своей ноши, отдѣльную силу, употребленную на поддерживаніе тяжести, снова присоединяетъ къ своей общей силѣ и мощи. Къ тому же оказывается, что новѣйшій, высказанный *Elvers'омъ*, die römische Servitutenlehre, 1854 — 56, взглядъ (§ 310), по которому сервитутъ долженъ быть уменьшеніемъ не собственности, а *вещи* и и это уменьшеніе, посредствомъ фикціи, должно быть самостоятельнымъ свойствомъ господства облеченнаго сервитутнымъ правомъ, въ сущности посредствомъ этой фикціи присоединяетъ къ первому еще новое второе заблужденіе.

ственно съ облигаціей и чаще всего развивается въ облигаціяхъ рядомъ съ поручительствомъ ([81]). Общій характеръ всѣхъ особенныхъ вещныхъ правъ на чужую вещь заключается въ томъ, что они не содержатъ въ себѣ момента продолжительности и постоянства ([82]), какъ то бываетъ при собственности, вслѣдствіе ея субстанціальности.

§ 27. *Право собственности.*

Это понятіе еще болѣе неясно, нежели понятія собственности и особенныхъ вещныхъ правъ. То собственность и право собственности употребляются какъ понятія тождественныя, то разсматривается право собственности какъ право, вытекающее *изъ* собственности, тогда какъ оно обнимаетъ въ себѣ и и право *на* собственность, на пріобрѣтеніе и отчужденіе, то наконецъ право собственности разсматривается односторонне, или лишь субъективно, или только объективно, тогда какъ оно и субъективно и объективно вмѣстѣ.

Разсмотримъ сначала различіе между собственностію и правомъ собственности. Собственность, какъ выше было сказано, само есть уже право, потому что она есть правовое отношеніе лица къ вещи. Право собственности поэтому будетъ, уже по грамматическому смыслу, право примѣненное къ другому праву, право на право ([83]). Оно и въ самомъ дѣлѣ бываетъ такъ; тоже самое видимъ мы и во всемъ правовомъ порядкѣ, какъ цѣлой органической жизненной правовой системѣ, потому что каждое отдѣльное, особенное право, находясь подъ защитой всего правоваго порядка, съ своей стороны должно находиться въ *правильномъ* отношеніи ко всѣмъ областямъ права. Отсюда и собственность, хотя сама по себѣ право, должна регулироваться согласно со всѣми обусловливающими моментами: пріобрѣтеніемъ, сохраненіемъ, защитой, потребленіемъ, прекраще-

---

(81) См. *Arndts* Pand. § 136.

(82) Совершенно противное утверждаетъ *Унгеръ*, говоря, S. 528, «вещныя права носятъ на себѣ характеръ права собственности, имѣя подобно послѣднему свойство продолжительности и постоянства,» но прибавляетъ въ примѣчаніи: «исключеніемъ отсюда являются *личные* сервитуты (равно какъ право залога).» Но когда опредѣленіе не обнимаетъ собою всего рода, то это значитъ что оно сдѣлано не научно. Центръ тяжести вопроса заключается въ томъ, что имѣютъ ли сервитуты, какъ таковые, сами по себѣ моментъ продолжительности, на что слѣдуетъ отвѣчать отрицательно даже относительно помѣстныхъ сервитутовъ (Prædialservitut), потому что повинность выражаетъ лишь ограниченіе и свойство (causa perpetua), присущее поземельному владѣнію, отягченному повинностію, является преимуществомъ лишь относительно преобладающей поземельной собственности.

(83) По *Краузе* я въ трехъ первыхъ изданіяхъ моей Rechtsphilosophie обозначилъ это право, какъ право во второй степени или власть (Potenz). О чемъ подходящемъ къ этому думалъ кажется и *Унгеръ*, называя, S. 524, право собственности собственностію въ собственности, если вообще это имѣетъ смыслъ. Но *Унгеръ* имѣетъ ложный взглядъ на предметъ; потому что именно посредствомъ права собственности, собственность ставится *выше* самой себя и приводится въ согласіе со всѣми другими имѣющими значеніе, существенными жизненными отношеніями. Ученый положительнаго права пусть не удивляется такому отношенію права къ праву. Все публичное право, по отношенію своему къ частному праву, должно разсматриваться какъ право высшей ступени, право *для* права, потому что частное право получаетъ защиту, силу и правильное ограниченіе посредствомъ публичнаго права и его учрежденій. И въ другихъ духовныхъ жизненныхъ сферахъ выражается посредствомъ такого обратнаго отношенія высшая ступень человѣческаго бытія. Человѣкъ не просто размышляетъ, но мыслитъ также о своемъ мышленіи, чувствованіи и хотѣніи и чрезъ то возвышается до самосознанія, которое Лейбницъ такъ характеристически назвалъ reduplicatio existentiæ. Такое высшее сознаніе наука права должна признать и за правомъ.

ніемъ. Это регулированіе собственности, вслѣдствіе котораго она становится членомъ и институтомъ правоваго порядка, и есть право собственности. Поэтому послѣднее можно опредѣлить, какъ совокупность нормъ, регулирующихъ собственность по всѣмъ объективнымъ существеннымъ отношеніямъ и по всѣмъ заключающимся въ ней правамъ. Отсюда право собственности касательно отношеній объективно, по отношенію же къ правамъ субъективно. Отношенія суть существеннымъ образомъ политико-экономическія, нравственныя и публично-правовыя, требованія которыхъ обезпечиваются предписаніями права для всѣхъ субъективныхъ правъ. Потому каждое право подчинено извѣстнымъ предписаніямъ, составляющимъ его норму и образующимъ право собственности; пріобрѣтеніе же, равно какъ распоряженіе и отчужденіе, подвергаются различнымъ условіямъ предписываемымъ правомъ собственности.

Это право собственности, въ настоящее время, дѣлится основательно, (чего прежде въ положительномъ правѣ не дѣлалось), на *внутреннее* и *внѣшнее* ([84]), чѣмъ рѣшается и споръ о томъ, должно ли право отчужденія считаться выполненіемъ права или нѣтъ ([85]). Право отчужденія именно есть внѣшнее право.

а) *Внѣшнее* право собственности касается внѣшняго положенія субъекта къ собственности и обнимаетъ собою совокупность условій, отъ которыхъ зависитъ пріобрѣтеніе, охраненіе и прекращеніе собственности, слѣдовательно, разсматриваемые со стороны правъ субъекта: 1) право пріобрѣтать собственность согласно съ признанными основаніями права и правовыми формами; 2) вытекающее изъ правоваго основанія, право *на* владѣніе, или право владѣть, jus possidendi (которое никакъ не слѣдуетъ смѣшивать съ вытекающимъ, въ видѣ слѣдствія изъ владѣнія, jus possessionis); 3) право виндикаціи, или право обратно требовать (при извѣстныхъ условіяхъ) собственность отъ третьяго лица; 4) право отчужденія. Эти права, за исключеніемъ права виндикаціи, имѣющаго тоже впрочемъ внѣшнее направленіе, заключаются не *въ* собственности и не суть порожденія ея; но ихъ должно разсматривать какъ права, относящіяся къ ней внѣшнимъ образомъ, а потому какъ внѣшнее право собственности.

b) *Внутреннее* право собственности касается правъ, заключающихся *въ* собственности и ея цѣли, но тѣмъ не менѣе регулирующихся объективными нормами и слѣдовательно обнимаетъ собою право *распоряженія* и *употребленія* (и потребленія) для дозволенныхъ цѣлей.

§ 28. *Объ различныхъ видахъ и формахъ собственности.*

Установивъ понятія собственности и права собственности, слѣдуетъ ближе разсмотрѣть различные виды и формы собственности, какъ правовой власти надъ сущностью (субстанціей) вещи, по возможности пользъ, извлекаемыхъ изъ послѣдней. Относительно этаго существуетъ споръ между романистами и германистами; первые не признаютъ нѣсколькихъ видовъ собственности, какъ напр. собственность раздѣльная и общая, и, утверждая, что такое дѣленіе юридически

([84]) Это правильное и важное различіе, сдѣланное прежде всѣхъ *Краузе* «Abriss der Philos. des Rechts» 1828, S. 105, принято мною и *Röder'омъ* въ нашихъ сочиненіяхъ; оно вполнѣ заслуживаетъ права гражданства и въ положительномъ правѣ.

([85]) Ср. *Унгера*, S. 613, который вмѣстѣ съ *Arndts'омъ*, не соглашаясь съ *Бѣкингомъ*, не признаетъ отчужденіе выполненіемъ права собственности.

не возможно, желаютъ все подвести подъ римскія формы. Такое различіе въ мнѣніяхъ проистекаетъ частью изъ ошибочнаго опредѣленія понятія собственности, частію изъ несовершеннаго возрѣнія на основанія дѣленія. При болѣе точномъ различеніи собственность получаетъ многоразличное опредѣленіе и дѣленіе. Она раздѣляется:

1) по (идеально) *количественному* облеченію правомъ, на собственность одного (физическаго или юридическаго лица) и собственность, имѣющую нѣсколькихъ владѣльцевъ;
2) *по качественному* облеченію правомъ, на безраздѣльную и (идеально) раздѣльную собственность;
3) по простому *ограниченію* выполненія на неограниченную и ограниченную собственность;
4) по *видамъ* лицъ, которымъ она принадлежитъ, на a) индивидуальную собственность, b) собственность юридическаго лица по видамъ послѣдняго: α) собственность universitatis, какъ совокупности лицъ, β) собственность *множества* лицъ въ простомъ обществѣ, γ) собственность общая корпораціи, существующей въ видѣ учрежденія;
5) по облеченію правомъ *государства*, относительно собственности всѣхъ его членовъ; высшая собственность государства.

Во всѣхъ этихъ видахъ, или формахъ собственности вездѣ слѣдуетъ признать тотъ принципъ, что собственность никогда не дѣлится по ея содержанію, т. е., по заключающимся въ ней правамъ, какъ будто бы одному принадлежитъ исключительно одно право, другому другое; потому что это было бы не дѣленіемъ, но разрываніемъ собственности, гдѣ всѣ части, всѣ виды были бы лишены родоваго понятія. Дѣленіе можетъ быть только органическимъ, какое мы встрѣчаемъ въ природѣ и жизни, гдѣ оно совершается по *преобладающимъ* характеристическимъ свойствамъ, при чемъ свойства рода проявляются въ каждомъ членѣ.

I. По различному *количественному* облеченію правомъ, собственность бываетъ: собственностью одного или же собственностью, имѣющею нѣсколькихъ владѣльцевъ (Miteigenthum, condominium), смотря потому будетъ ли вещь со всѣми, заключающимися въ собственности, правами вполнѣ принадлежать одному (физическому или юридическому) лицу, или же идеально дѣлится въ опредѣленномъ частичномъ (дробномъ, $^1/_2$, $^1/_3$ и т. д.) отношеніи между многими лицами. И владѣлецъ собственности имѣющей нѣсколькихъ владѣльцевъ обладаетъ всѣми правами, заключающимися въ понятіи собственности, но можетъ примѣнять ихъ лишь къ одной (идеальной) части вещи. Такая собственность, по цѣли своей, мыслима въ двухъ главныхъ формахъ. Или она предназначается для реальнаго дѣленія, къ чему относятся иски по раздѣлу, или же она опредѣлена въ какомъ либо обществѣ для преслѣдованія общей цѣли, чему различными частями способствуютъ члены общества (напр. въ обществахъ на акціяхъ).

II. По различному *качественному* облеченію правомъ на какую либо вещь, собственность бываетъ *совершенной* или *несовершенной*, т. е., *раздѣльной* въ этомъ техническомъ смыслѣ. Эта несовершенная, или раздѣльная собственность образуется вслѣдствіе различныхъ *видовъ* и направленій, по которымъ многія лица могутъ стремиться къ удовлетворенію вещью какой либо цѣли вещныхъ благъ. И при этомъ дѣленіи не происходитъ дѣленія правъ, потому что иначе уничтожилось бы самое понятіе собственности и возникли бы другія права

съ иными названіями. Отсюда слѣдуетъ, что не сообразно съ предметомъ и не правильно представлять себѣ дѣленіе въ томъ видѣ, въ какомъ оно совершалось до сихъ поръ, т. е. такъ, что одному принадлежитъ напр. право на субстанцію, другой рядомъ съ правомъ на субстанцію обладаетъ еще правомъ пользованія; потому что и первый имѣетъ право на настоящую и будущую пользу, приносимую вещью (напр. право на процентъ и проч.). Поэтому въ каждой части снова является цѣлое, главное содержаніе собственности, но для каждаго облеченнаго правомъ съ различнымъ направленіемъ пользованія и съ *преобладаніемъ* той или другой составной части собственности. Такое количественное дѣленіе собственности встрѣчается въ германскихъ правовыхъ институтахъ лена, наслѣдственной аренды и его можно найдти во многихъ новыхъ формахъ. Здѣсь нѣтъ собственности, имѣющей нѣсколькихъ владѣльцевъ (condominium), потому что нѣтъ кратныхъ частей; еще менѣе того можно назвать эти права *вещными* правами на чужую вещь (см. выше стр. 306, примѣчаніе), потому что вассалъ и наслѣдственный арендаторъ имѣютъ также право собственности на субстанцію вещи. Отсюда понятіе раздѣльной собственности имѣетъ фактическое основаніе, и нападки, которымъ оно подверглось въ новѣйшее время даже со стороны нѣкоторыхъ германистовъ, произошли вслѣдствіе того, что (какъ это часто бываетъ и въ другихъ наукахъ) смѣшали въ правѣ моментъ качественный съ количественнымъ. Къ тому же и сторонники этого понятія не могли найдти для него вѣрнаго основанія ([86]).

III. *Ограниченія* въ *выполненіи* права собственности въ пользу третьяго лица суть: или положительныя *права пользованія* чужою вещью, или формальныя и вспомогательныя *права обеспеченія* (залогъ, гипотека). Вещныя права пользованія могутъ быть различнаго рода, новѣйшія же законодательства помѣстили между ними и такія права, на которыя римское право смотрѣло лишь какъ на права договорныя (см. выше стр. 434).

IV. По различному роду *лицъ*, облеченныхъ правомъ, собственность бываетъ:

1) Индивидуальная собственность, когда собственникомъ является физическое лице. Эту собственность не слѣдуетъ смѣшивать съ собственностью однаго, потому что здѣсь основаніе дѣленія совершенно другое, въ одномъ случаѣ смотрится на лице, въ другомъ на количественность облеченія правомъ. Индивидуальный собственникъ можетъ быть владѣльцемъ собственности однаго, но также и собственности, имѣющей нѣсколькихъ владѣльцевъ.

2) Собственность *совокупности* лицъ, опредѣляющейся какою либо цѣлію. Здѣсь возможны, по положенію отдѣльныхъ лицъ къ совокупности и ея цѣли, три формы:

a) Собственность *юридическаго лица римскаго* права, universitatis personarum, гдѣ только это лице облечено правомъ, отдѣльныя же лица не имѣютъ самостоятельнаго права на вещь или имущество.

b) Собственность такой совокупности лицъ, гдѣ вся собственность (имущество) раздѣлена на идеальныя дробныя части (Quoten) между отдѣльными членами, и послѣдніе разсматриваются какъ владѣльцы одной собственности, при чемъ цѣль и

([86]) Такъ *Вальтеръ*, d. Pr. R. § 132 говоритъ неудачно, что «при этомъ возникаетъ собственность, имѣющая нѣсколькихъ владѣльцевъ, но такъ что дѣлится не вещь по кратнымъ частямъ, а заключающіяся въ собственности права»; потому что права сами не подлежатъ дѣленію, иначе уничтожилось бы самое понятіе собственности; существуетъ только различное направленіе въ облеченіи правомъ.

интересъ совокупности поглощаются интересомъ отдѣльныхъ лицъ и органы общаго представительства и дѣятельности суть порожденія воли отдѣльныхъ лицъ. Такъ бываетъ въ простыхъ промышленныхъ обществахъ, въ особенности въ обществахъ на акціяхъ ([87]). Это тоже condominium въ обществѣ, но различное по цѣли съ тѣмъ condominium, гдѣ интересъ отдѣльныхъ лицъ основанъ на дѣленіи.

c) *Общая собственность* въ германско-техническомъ смыслѣ или собственность, при которой не только идеальная совокупность, представляемая опредѣленными органами, облечена правомъ въ видахъ общей цѣли, причемъ собственность сохраняется также и для позднѣйшихъ генерацій, или позднѣе появляющихся индивидуумовъ, но и отдѣльные члены, смотрящія на общую цѣль, какъ на свою собственную, самостоятельно облечены правомъ относительно общей собственности; существенныя права собственности (содержаніе собственности) они выполняютъ чрезъ то, что съ одной стороны принимаютъ участіе въ формальномъ распоряженіи собственностью посредствомъ ими самими избранныхъ представителей (какъ это и быть должно) или судебнаго учрежденія, играющаго по отношенію къ нимъ роль опекуна, а съ другой стороны имъ предоставляется по праву часть реальнаго содержанія собственности, пользованіе. Въ этой германской общей собственности органически соединены двѣ противоположности, собственность римскаго юридическаго лица и собственность, имѣющая нѣсколькихъ владѣльцевъ (въ какомъ либо обществѣ); она является правовымъ выраженіемъ организма лицъ, въ которомъ какъ цѣлое, единство, такъ и члены взаимно, посредствомъ другъ друга и другъ для друга, по различнымъ направленіямъ и различными функціями дѣйствуютъ ради одной цѣли такъ, что въ такой совокупности лицъ и отдѣльныя лица находятъ удовлетвореніе по ихъ собственному праву. Высшее, находящееся надъ отдѣльными лицами, облеченіе правомъ цѣлаго выражается иногда въ томъ, что союзъ занимаетъ въ общественномъ порядкѣ мѣсто члена, какъ институтъ или постоянное учрежденіе (община, цехъ), а потому въ такомъ союзѣ опредѣленнѣе высказывается и публичный интересъ. Въ практической жизни это понятіе нашло различное примѣненіе; оно не вездѣ сохранилось въ своей чистотѣ, а приблизилось или къ понятію римскаго юридическаго лица, или къ понятію собственности, имѣющей нѣсколькихъ владѣльцевъ. Съ характеромъ общей собственности чаще всего встрѣчаются: собственность супруговъ, относительно ихъ общаго имущества, при системѣ полной или частной общности имущества; собственность членовъ семьи относительно родоваго имѣнія; собственность лицъ, связанныхъ наслѣдственными договорами; собственность союза марокъ относительно общественнаго имущества; собственность въ корпораціонныхъ союзахъ, цехахъ ([88]).

([87]) Я не могу, подобно *Блюнчли*, ib., § 37 и § 58 S. 262, смотрѣть на эти промышленныя общества, общества коммандитныя и на акціяхъ, какъ на собственныя корпораціи съ общею собственностію, такъ какъ ихъ цѣль и характеръ совершенно другіе и центръ тяжести помѣщается на сторонѣ отдѣльныхъ лицъ.

([88]) Понятіе общей собственности въ новѣйшее время было опровергаемо *Hasse*, *Pütter'ом* и въ особенности *Dunker'ом* (das Gesammteigenthum, 1843), а за ними и другими, какъ *Mittermaier*, *Gerber*, *Walter*; противъ нихъ защищали его, хотя и на различныхъ основаніяхъ, *Phillips*, d. Pr. R. § 86, *Beseler*, § 83, *Bluntschli* § 58. Но до тѣхъ поръ, пока не установится понятіе самой собственности, не будетъ возможности точно различать и виды ея.

V. Но существуетъ еще *верховная собственность* государства, относительно всякаго рода собственности заключающейся въ послѣднемъ. Государство не создаетъ, не творитъ собственности, равно какъ и уничтожать ее можетъ лишь въ нѣкоторыхъ случаяхъ (напр. при отчужденіи за правонарушеніе). Но подобно тому, какъ государство должно дорожить собственностью и регулировать ее посредствомъ права, точно также (помимо частной, отдѣльной собственности, принадлежащей ему въ видѣ фиска) оно должно получать правовое удовлетвореніе, или имѣть участіе въ собственности своихъ членовъ для удовлетворенія потребностей, опредѣляемыхъ цѣлію государства. Государство выполняетъ относительно собственности отдѣльныхъ лицъ права, касающіяся содержанія собственности, именно: право распоряженія субстанціею, высказывающееся различнымъ образомъ въ постановленіяхъ относительно правъ распоряженія и пользованія отдѣльныхъ лицъ, равно какъ и исключительное право при отчужденіи собственности за правонарушеніе; далѣе право пользованія, выражающееся въ обложеніи податьми и налогами. Государству такимъ образомъ относительно всякаго рода собственности принадлежитъ верховная собственность (dominium eminens), которую хотѣла уничтожить абстракція новѣйшей, въ особенности романистической, юриспруденціи, по которой частное право должно быть совершенно отдѣлено отъ публичнаго. Но даже и здѣсь въ различеніи того, что принадлежитъ каждому, частное право тѣсно соединяется съ публичнымъ.

Государство имѣетъ и поддерживаетъ Свое, посредствомъ права на Мое. Все, что въ жизни соединено и взаимно поддерживается, должно имѣть внутреннюю связь и въ наукѣ. И здѣсь и въ этихъ отношеніяхъ, въ противоположность разлагающему римскому духу, высказывается германскій принципъ союза и соединенія, и на этотъ союзъ государственной собственности можно смотрѣть аналогично съ леннымъ союзомъ, гдѣ отъ императора и отъ верховнаго леннаго владѣтеля нисходятъ различныя ступени и подраздѣленія ленной власти до послѣдняго васалла. Точно также и государство выполняетъ свое высшее право въ различныхъ подраздѣленіяхъ и сферахъ (въ общинѣ, семействѣ и корпораціяхъ), въ коихъ существуетъ собственность. Ленный бытъ правда устарѣлъ, но высказавшійся въ немъ германскій принципъ постепенной связи въ собственности, не долженъ быть отрицаемъ.

Примѣчаніе. Эти различные виды собственности тамъ, гдѣ взаимно не уничтожаются понятія, могутъ вступать въ различныя соединенія, такъ что изъ нихъ можетъ возникнуть цѣлый рядъ многоразличныхъ комбинацій. Такъ напр. полная, равно какъ и раздѣльная собственность, можетъ быть ограниченной и неограниченной (Oesterr. G. B. 358), смотря потому будутъ ли съ нею соединены или нѣтъ вещныя права; какъ та, такъ и другая могутъ принадлежать отдѣльному или юридическому лицу въ трехъ формахъ, но надъ ними и рядомъ съ ними существуетъ верховная собственность государства.

§ 29. *О пріобрѣтеніи и видахъ пріобрѣтенія собственности.*

Древнѣйшая теорія установляла два требованія для пріобрѣтенія собственности: правовое основаніе (§ 17), justus titulus, и видъ пріобрѣтенія, modus acquirendi. изъ которыхъ первое должно было опредѣлять *возможность*, второе *дѣйствительность* пріобрѣтенія. Эту теорію нельзя, какъ показалъ *Гуго*, вполнѣ приложить къ римскому праву, такъ какъ въ немъ часто совпадаютъ правовое

основаніе и видъ пріобрѣтенія (напр. при occupatio); но она перешла въ новѣйшія законодательства (Oesterr. G. B. § 380) и оправдывается философіей права, если, какъ-то прежде дѣлалось, искать правоваго основанія не только въ преходящихъ юридическихъ сдѣлкахъ, но и въ законѣ (или судебныхъ приговорахъ), при чемъ такое правовое основаніе конечно будетъ встрѣчаться весьма часто. Здѣсь мы разсмотримъ только виды пріобрѣтенія.

Видъ пріобрѣтенія есть фактъ (дѣйствіе или событіе), посредствомъ котораго при извѣстныхъ условіяхъ, дѣлающихъ его правовымъ, пріобрѣтается собственность. Философско-правовое требованіе добраго и справедливаго частноправоваго порядка есть то, чтобы условія пріобрѣтенія съ одной стороны цѣлесообразно опредѣлялись сами по себѣ, сообразно со всѣми относящимися сюда экономическими и нравственными отношеніями, съ другой же стороны чтобы эти условія были одинаковы для всѣхъ гражданъ государства. Относительно этихъ условій замѣтенъ успѣхъ въ наукѣ и въ жизни. Такъ новѣйшія права (за исключеніемъ французскаго) при пріобрѣтеніи посредствомъ давности выставляютъ какъ нравственное требованіе, bona fides не только въ началѣ, но и во все время владѣнія; далѣе, они, правильно оцѣнивая отношеніе труда къ матеріалу, относятъ раскрашиваніе, краску и т. д. не къ приращенію собственности, какъ Римляне, а къ спецификаціи и т. д. Условія пріобрѣтенія въ новѣйшее время точно также сдѣлались для всѣхъ равномѣрнѣе.

Виды пріобрѣтенія, по одному важному моменту, можно раздѣлить на *первообразныя* и *производныя* (см. выше стр. 614). *Первообразными* будутъ тѣ виды, гдѣ собственность пріобрѣтается независимо отъ права другаго лица; *производными* же, гдѣ пріобрѣтеніе находится въ зависимости отъ права другаго. Производнымъ пріобрѣтеніемъ будетъ сукцессія, наслѣдованіе, которая можетъ быть или частной сукцессіей или общей. Въ обоихъ однако главныхъ видахъ, первообразнаго и производнаго пріобрѣтенія, разсматривая фактъ послѣдняго, слѣдуетъ различить, будетъ ли онъ состоять изъ *дѣйствій по владѣнію*,— все равно будутъ ли послѣднія направлены на пріобрѣтеніе владѣнія или на продолженіе его, — или изъ другихъ обстоятельствъ, совершенно независимыхъ отъ дѣйствій по владѣнію. Сдѣлаемъ обзоръ этихъ видовъ пріобрѣтенія.

I. *Первообразное* пріобрѣтеніе.

1) *Посредствомъ* дѣйствій по владѣнію:

a) per occupationem или присвоеніемъ вещи, ни кому непринадлежащей;

b) посредствомъ пріобрѣтенія права собственности, дѣйствіями по владѣнію, надъ вещію другаго лица: α) посредствомъ *разработки* пустошей оставленныхъ необработанными (ager desertus по римск. пр.), при извѣстныхъ условіяхъ; β) посредствомъ *спецификаціи*, или измѣненія, чужой вещи трудомъ, искусствомъ, или промышленнымъ прилежаніемъ, такъ что возстановленіе матеріала дѣлается или невозможнымъ, или послѣдній становится въ подчиненное отношеніе къ формѣ, при чемъ отношенія между собственникомъ матеріала и спецификантомъ въ положительныхъ правахъ опредѣляются различно; γ) посредствомъ *давности* (*обыкновенной*, съ условіями bonæ fidei, justi tituli и непродолжительнаго срока, и *чрезвычайной*, съ условіями bonæ fidei и болѣе продолжительнаго времени).

2) Безъ *дѣйствій по владѣнію* посредствомъ того, что пріобрѣтеніе собственности есть слѣдствіе соединенія, въ которое вещь вступаетъ съ другою

вещью. Соединенныя вещи, изъ коихъ каждая утрачиваетъ свое отдѣльное бытіе, могутъ въ такомъ случаѣ находиться, или a) въ отношеніи равенства (напр. при перемѣшанномъ зерновомъ хлѣбѣ) или b) въ отношеніи главной и побочной вещи (accessio), въ различныхъ видахъ прирощенія.

II. (Болѣе важное въ практической жизни) производное пріобрѣтеніе.

1) Посредственно, чрезъ пріобрѣтеніе владѣнія: a) чрезъ передачу (Tradition), при условіяхъ заключающейся въ юридической сдѣлкѣ justæ causae, способности передающаго передавать собственность и способности принимающаго пріобрѣтать ее; b) чрезъ *пріобрѣтеніе*, производимое собственникомъ *посредствомъ приплода*.

2) Непосредственно, безъ пріобрѣтенія владѣнія: a) чрезъ *присужденіе* (adjudicatio); b) чрезъ преступное дѣйствіе, совершенное прежнимъ владѣльцемъ, куда относятся многіе случаи, напр. утайка подати; c) въ случаяхъ, находящихся въ связи съ другими правовыми отношеніями, которыя потому и будутъ при этомъ изложены, въ особенности пріобрѣтеніе собственности посредствомъ *наслѣдованія* и *уполномоченія* и пріобрѣтеніе залогопринимателя посредствомъ осуществленнаго признанія за нимъ права собственности надъ заложенною вещію.

ГЛАВА II.

§ 30. *Особенныя вещныя права.*

Особенныя вещныя права, согласно съ ихъ цѣлью, дѣлятся на два класса, на *права пользованія* и *права обезпеченія*, къ первымъ относятся по римскому праву эмфитевзисъ, superficies и сервитуты, сюда же причисляются и вещественныя повинности; нѣмецкаго права вторыя же содержатъ въ себѣ права залога.

I. *Эмфитевзисъ* (наслѣдственная аренда), *superficies*, (поземельное право), которыя по римскому праву относятся къ jura in re aliena, въ новѣйшихъ законодательствахъ разсматриваются (Pr. L. R., Oesterr. G. B.) какъ виды раздѣльной собственности и въ новѣйшее время уничтожены совершенно, или отчасти.

II. Сервитуты распадаются на два главные класса, на личные или *персональные сервитуты*, касающіеся опредѣленнаго лица, какъ единицы, и на основныя повинности, которыя связаны съ собственностію, состоящей изъ городской или сельской земли (prædium). Оба вида суть вещныя права, потому что сервитуты преслѣдуются по отношенію къ каждому владѣльцу вещію, отправляющею службу. Новыя законодательства, въ видахъ сохраненія характера вещности, требуютъ часто, чтобы сервитуты при поземельномъ владѣніи вносились въ гипотекарныя книги.

Личные сервитуты состоятъ изъ употребленія (usus) и (вѣроятно болѣе древняго) *пользованія* (usus fructus), къ коимъ римское право, въ видѣ третьяго сервитута, прибавляетъ *право обитанія* (habitatio); послѣднее въ настоящее время разсматривается или какъ употребленіе, или же какъ пользованіе. Различіе между usus и usus fructus опредѣляется различно римскимъ правомъ и новѣйшими законодательствами. Пользованіе возникаетъ большею частью изъ юридическихъ сдѣлокъ или же посредствомъ закона. Законное положеніе можетъ быть родительское, супружеское, опекунское и по должности (beneficium въ церковномъ правѣ).

Сервитуты, лежащіе на поземельной собственности, вытекаютъ изъ выгодъ, предоставляемыхъ одному участку другими (сосѣдними съ нимъ). Если какой либо участокъ доставляетъ выгоду лишь одному опредѣленному лицу, то изъ этого возникаетъ или личный сервитутъ или облигаціонное отношеніе. *Возникновеніе* сервитутовъ можетъ воспослѣдовать изъ юридической сдѣлки, закона, присужденія и давности. Главнѣйшіе *виды уничтоженія* ихъ суть: совпаденіе права и обязанности въ одномъ и томъ же лицѣ; уничтоженіе вещи, отправляющей повинность и давность.

III. Вещественныя повинности нѣмецкаго права, или возобновляющіяся обязательства отправлять сервитуты естественными предметами, деньгами или услугами, тѣсно соединенныя съ поземельнымъ владѣніемъ такимъ образомъ, что переходятъ на всякаго владѣльца, разсматривались, какъ, так. наз. сервитуты нѣмецкаго права, какъ servitutes quæ in faciendo consistunt. Теперь же многіе смотрятъ на нихъ какъ на облигаціи съ обезпеченіемъ. Правильнѣе же всего, согласно съ ихъ *постояннымъ* отношеніемъ къ поземельной собственности, относить ихъ къ вещному праву. Большею частію новѣйшихъ законодательствъ въ послѣднее время они уничтожены по причинамъ экономическимъ, или политическимъ.

IV. Подъ закладнымъ правомъ, существующимъ лишь въ видѣ дополненія требованія или обезпеченія его, и прекращающемся вмѣстѣ съ требованіемъ, главнымъ образомъ разумѣютъ право вѣрителя, получать удовлетвореніе вещью, если въ надлежащее время долгъ не будетъ выплаченъ. Закладное право получило выгодное преобразованіе посредствомъ улучшенія гипотечной организаціи. Для ручнаго залога большею частію удержаны опредѣленія римскаго права. Существо же гипотеки регулируется по обоимъ принципамъ *публичности* и *спеціальности*, такъ что, согласно съ первымъ, не можетъ быть гипотеки, не занесенной въ публичныя книги и не имѣющей характера вещнаго права, по второму же гипотека должна налагаться на отдѣльные участки поземельной собственности. При *конкурсѣ*, гдѣ по общему праву, существуютъ пять главныхъ классовъ вѣрителей, достигнута такимъ образомъ наибольшая простота.

ВТОРОЙ ОТДѢЛЪ.

Частно-хозяйственнаго права, или имущественнаго права.

ОБЩЕЕ ОБОРОТНОЕ ПРАВО, ИЛИ (ИМУЩЕСТВЕННО-) ОБЛИГАЦІОННОЕ ПРАВО.

ВВЕДЕНІЕ.

§ 31. *Объ облигаціонномъ правѣ самомъ по себѣ и его относительномъ положеніи къ вещному праву; основаніе облигаціоннаго права и дѣленіе его.*

1) *Облигаціонное право вообще.* Облигаціонное право, или право требованій и обязательствъ, обыкновенно, по примѣру римскаго права, исключительно относится къ имущественному праву и разсматривается, какъ вторая часть послѣдняго. Ложность такого ограниченнаго воззрѣнія доказана нами неоднократно. Мы видѣли, что, согласно съ истиннымъ принципомъ права, основаніе въ правѣ имѣютъ и такія требованія и обязательства, которыя касаются жизненныхъ отношеній, хотя и имѣющихъ своимъ внутреннимъ жизненнымъ содержаніемъ нравственное начало, но тѣмъ не менѣе подлежащихъ въ своемъ внѣшнемъ проявленіи, въ своихъ внѣшнихъ формахъ, регулированію правомъ. Такія отношенія мы встрѣчаемъ въ особенности въ семейной жизни между супругами, между родителями и дѣтьми; прежде мы видѣли также такія отношенія въ корпоративныхъ общественныхъ формахъ, гдѣ они конечно могутъ снова возникнуть. Потому, если мы придадимъ одинакое значеніе, какъ облигаціямъ, такъ и требованіямъ и обязательствамъ, мы должны будемъ различать два класса облигацій: 1) *имущественныя облигаціи*, 2) *нравственно-правовыя облигаціи.* Но будетъ гораздо приличнѣе не только удержать чужеземное слово «облигація» для обозначенія внутренняго понятія требованій и обязательствъ, которыя назывались этимъ словомъ и въ римскомъ правѣ, но распространить его и на новѣйшія имущественно оборотныя отношенія, какъ мы и поступимъ при дальнѣйшемъ изложеніи.

2) *Положеніе облигаціоннаго права относительно вещнаго права.* Нельзя также считать облигаціонное право частью вещнаго права, потому что послѣднее по своимъ предметамъ, хотя съ одной стороны и проявляется въ облигаціонномъ, такъ какъ по отношенію къ собственности и всѣхъ особенныхъ вещныхъ правъ, могутъ возникать облигаціи, но съ другой стороны облигаціонное право можетъ имѣть своимъ предметомъ не только вещи но и дѣйствія,

поступки. Правда, что *непосредственный* предметъ облигаціи есть всегда проявленіе воли, но это (положительное или отрицательное) проявленіе воли можетъ быть направлено, съ одной стороны и бо́льшей частію, на вещи, съ другой же стороны на дѣйствія (услуги). Вещи и дѣйствія приводятся облигаціей въ оборотное движеніе. Потому облигаціи суть *правовыя формы* всѣхъ имущественныхъ отношеній общественной жизни. Въ вещномъ правѣ выражается постоянное начало, *бытіе* имущества, на сколько оно касается предметовъ не свободной природы; въ облигаціонномъ правѣ является движеніе, *образованіе* имущественныхъ отношеній, въ возникновеніи требованій и обязательствъ, интересъ которыхъ заключается въ прекращеніи, посредствомъ удовлетворенія.

3) *Основаніе* и *характеръ* облигаціоннаго права. Основаніе облигаціоннаго права находится въ сущности человѣческихъ жизненныхъ отношеній. Подобно тому какъ человѣкъ, вслѣдствіе своей ограниченности и условности, является въ зависимости отъ вещныхъ благъ, ими пополняется и удовлетворяется, точно также онъ зависитъ съ самаго начала своей жизни и до смерти отъ дѣйствій, услугъ другихъ лицъ, находя въ нихъ необходимое пополненіе имъ самимъ избранныхъ жизненныхъ цѣлей. Поэтому облигаціи возникаютъ частію изъ необходимаго, частію же изъ свободнаго *существованія* людей *другъ для друга;* они составляютъ посредничество между дѣйствіями и услугами (одолженіями) людей относительно другъ друга для достиженія всѣхъ цѣлей, преслѣдуемыхъ въ внѣшнихъ сферахъ жизни, образуя вмѣстѣ съ тѣмъ идеальную *связь*, посредствомъ которой не только жизненное движеніе и формы жизни получаютъ постоянную или преходящую точку опоры, прочность и безопасность, но и дѣлается возможнымъ установленіе жизненной цѣли и плана, вмѣстѣ съ его выполненіемъ. Въ имущественныхъ облигаціяхъ должно заключаться споспѣшествованіе, посредствомъ облигаціи, достиженію имущественной цѣли въ оборотныхъ отношеніяхъ. Эти облигаціи различаются отъ нравственно-правовыхъ облигацій и по цѣли, которую они должны выполнить относительно объекта. Имущество (вещи и имущественно-правовыя дѣйствія) имѣетъ, по оборотной цѣли въ немъ достигаемой, и *объективное значеніе*, которое, если оно вообще выполняется, не зависитъ отъ того или другаго лица, чрезъ которое, или ради котораго, оно должно выполниться. Изъ этой *объективной* цѣли и *объективнаго* значенія слѣдуетъ, что въ имущественныхъ облигаціяхъ (и только въ нихъ) не исключительно одинъ *субъектъ* можетъ быть опредѣляющимъ. Такую субъективную точку зрѣнія удержало однако римское право, вслѣдствіе своего преимущественно субъективнаго характера; она же считается единственно вѣрною всѣми романистами. Согласно съ этой точкой зрѣнія, римское право не позволяетъ перенесенія, заключенной между опредѣленными лицами, облигаціи на другія лица, требуя лишь выполненія права посредствомъ взятія назадъ жалобы (какъ напр. при cessio), между тѣмъ какъ германское право, а на основаніи его, и новѣйшія законодательства, признавая истинное значеніе субъективнаго фактора, обращаютъ вниманіе, тамъ гдѣ это требуется сущностью дѣла, и на оборотную цѣль въ имуществѣ, осуществимую какъ первоначально подлежащими облигаціи лицами, такъ и другими, допуская при извѣстныхъ условіяхъ вступленіе третьяго лица на мѣсто первоначальнаго вѣрителя или должника (см. выше стр. 361). Такое вступленіе или замѣщеніе въ облигаціонныхъ отношеніяхъ однихъ лицъ другими оправдывается оборотною цѣлью. Въ заключеніе замѣтимъ, что (имѣющее основаніе въ духѣ римскаго права) воззрѣніе на облигацію, какъ на власть, или

господство надъ *дѣйствіями* другихъ лицъ не только односторонне, какъ и подобное понятіе о вещномъ правѣ, но здѣсь совершенно и не соотвѣтственно. Правда, что облигаціи производятъ увеличеніе нашего имущества, но не посредствомъ дѣйствительной власти или господства, а лишь посредствомъ правовой *возможности;* потому облигаціи существеннымъ образомъ суть требованія относительно *свободы*, которая прежде всего должна быть связана узами нравственно-правовой вѣрности, а потомъ видѣть свое назначеніе въ дѣйствіи или исполненіи, и каждому извѣстно изъ практической жизни, сколь важна для осуществленія требованія (даже обеспеченнаго залогомъ) добрая и нравственно-правовая воля и что правовое принужденіе, дѣлающееся иногда неизбѣжнымъ, превращаетъ часто возможность въ весьма ограниченную дѣйствительность.

4) *Возникновеніе* и *подраздѣленіе* имущественныхъ облигацій обусловливается тѣми же причинами и обстоятельствами, какъ и возникновеніе правовыхъ отношеній вообще (§. 9). Прежде приведенное нами дѣленіе облигацій вообще слѣдуетъ примѣнить и къ имущественнымъ облигаціямъ и будетъ слѣдовательно такое:

I. Дѣловыя облигаціи; облигаціонныя правовыя сдѣлки.

A) Договорныя облигаціи, договоры, или обязательныя для обѣихъ договаривающихся сторонъ правовыя сдѣлки.

1) Односторонне-обязательные (для другой стороны благопріятные) договоры.

2) Обоюдно-обязательные договоры (обыкновенно называемые, хотя и несоотвѣтственно, двусторонними договорами).

B) Бездоговорныя облигаціи или одностороннія облигаціонныя правовыя сдѣлки.

II. Облигаціи, возникающія изъ гражданскихъ правонарушеній.

A) Облигаціи, изъ правонарушеній вслѣдствіе dolus.

B) Облигаціи изъ правонарушеній вслѣдствіе culpa.

III. Облигаціи, возникающія изъ извѣстныхъ положеній и отношеній человѣка (Zustands-Obligationen) ([89]).

---

(89) Римское право допускаетъ возникновеніе облигацій 1) ex contractu 2) ex delicto 3) ex variis causarum figuris и подраздѣляетъ эти виды возникновенія снова на облигаціи quasi ex contracto и quasi ex delicto, ошибочно допуская аналогію между облигаціей и контрактомъ, или правонарушеніемъ. *Контракты* далѣе подраздѣляются на четыре вида: 1) реальные контракты; a) съ названіемъ, mutuum, commodatum, depositum, pignus; b безъ названія, по формуламъ do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias; нѣкоторые изъ послѣднихъ, однако съ теченіемъ времени снова получали названіе, какъ contractus aestimatorius, contractus suffragii и precarium; 2) словесные контракты, къ которымъ въ особенности относится stipulatio, 3) письменные контракты; 4) контракты по соглашенію a) торговый договоръ (emtio—venditio), b) договоръ найма и аренды (locatio—conductio), c) договоръ обществъ, корпорацій (societas), d) договоръ уполномочія (mandatum). Quasi—контракты суть: a) negotiorum gestio, b) опека, c) управленіе предметами, находящимися въ общемъ владѣніи, d) управленіе общимъ наслѣдствомъ, e) вступленіе во владѣніе наслѣдствомъ и f) разнаго рода платежи. Кромѣ контрактовъ существовали еще pacta, не дававшіе въ древнѣйшее время право иска, изъ которыхъ однако съ теченіемъ времени нѣкоторые получили это право посредствомъ преторскихъ эдиктовъ (pacta praetoria), другіе посредствомъ императорскихъ конституцій (pacta legitima), иные посредствомъ того, что они видоизмѣнились въ pacta adjecta. *Деликты* гражданскаго права суть: воровство (furtum), разбой (rapina), damnum injuria datum и injuria. Quasi-деликты: отвѣтственность судьи при несправедливомъ рѣшеніи, отвѣтственность судохозяина, содержателя гостинницы, лошадей при воровствѣ и вредѣ, нанесенномъ ихъ прислугою имуществу проѣзжающаго. Сюда же относятся другія обязательства, не вытекающія не изъ одного изъ означенныхъ правовыхъ основаній, которыя слѣдуетъ отнести къ другимъ вообще *законнымъ* основаніямъ; a) они заключаются

Облигаціонное право распадается на общую часть, развивающую общія ученія объ облигаціи и ея главнѣйшихъ видахъ, и на особенную, излагающую болѣе употребительныя особенныя формы главнѣйшихъ видовъ. Здѣсь можетъ быть приведенъ лишь краткій обзоръ обѣихъ частей.

или въ *собственномъ* недозволительномъ дѣйствіи (напр. при novi operis nunciatio): b) или *чужомъ*, то позволенномъ, то непозволенномъ дѣйствіи, которое разсматривается однако происходящимъ отъ обязующихся сторонъ; сюда относятся обязательства, изъ которыхъ вытекаютъ т. наз. actiones adjectitiae qualitatis; c) или же наконецъ эти обязательства заключаются въ признанномъ *закономъ* основаніи справедливости (напр. lex Rhodia de actu).

ОБЩАЯ ЧАСТЬ

(ИМУЩЕСТВЕННАГО) ОБЛИГАЦІОННАГО ПРАВА.

ГЛАВА I.

О понятіи, лицахъ, предметѣ, дѣйствіи и выполненіи облигацій.

§ 32. *Понятіе и различіе облигаціи и облигаціоннаго права.*

1) *Облигація* есть то правовое отношеніе между двумя, по меньшей мѣрѣ, лицами, которымъ утверждается для одного лица (вѣрителя, creditor) требованіе на дѣйствія другаго (должника, debitor) ([90]). Облигація даетъ личное право, jus in personam. Но такъ какъ предметъ облигаціи можетъ имѣть имущественную цѣну и можетъ быть слѣдовательно въ оборотѣ, то во многихъ случаяхъ какъ требованіе, такъ и обязательство могутъ переноситься на другія лица въ особенности на наслѣдниковъ.

2) Облигаціонное *право* до сихъ поръ было не достаточно различаемо отъ самой облигаціи. Между этими понятіями существуетъ такое же отношеніе, какъ между собственностью и правомъ собственности. Облигація вообще есть правовое отношеніе между лицами, имѣющее основаніе въ самомъ себѣ; но это отношеніе снова опредѣляется, видоизмѣняется и обусловливается другими отношеніями. Причина этого заключается въ томъ, что каждое облигаціонное правовое отношеніе не существуетъ абстрактно, само по себѣ, а, вслѣдствіе органической связи, существующей между всѣми отношеніями, находится въ связи и съ другими правовыми и жизненными отношеніями, также подлежащими регулированію. Такъ напр. договорная облигація купли есть правовое отношеніе, возникающее тотчасъ же по соглашенію относительно предмета и его цѣнности между договаривающимся сторонами, и вытекающія изъ него требованія и обязательства касаются только уплаты покупной цѣны и передачи вещи. Но къ этой торговой сдѣлкѣ могутъ примкнуть другія отношенія: нравственныя, напр. при обманѣ; экономическія, когда отношеніе между товаромъ и цѣною слишкомъ противорѣчитъ принципу равнаго обмѣна цѣнностей;

([90]) Римское слово obligatio имѣетъ троякое значеніе: оно обозначаетъ актъ возникновенія, само правовое отношеніе и наконецъ предметъ требованія.

естественный и другія правовыя отношенія. Всѣ эти отношенія нисколько не вытекаютъ изъ понятія и содержанія торговой облигаціи, которую можно представить себѣ абстрактно, безъ этихъ отношеній (какъ-то и было большею частью въ римскомъ правѣ). Такъ бываетъ большею частью при всѣхъ облигаціяхъ. Эти отношенія, въ противоположность *внутреннимъ* отношеніямъ, вытекающимъ изъ понятія облигаціи, можно назвать *внѣшними*, такъ какъ они выражаютъ связь какой либо облигаціи съ другими принимающимися въ расчетъ отношеніями, но которыя въ свою очередь опредѣляютъ или модифицируютъ внутреннія отношенія и вытекающія изъ нихъ права и обязанности. Дать нормы этимъ внѣшнимъ отношеніямъ и составляетъ предметъ облигаціоннаго права. Но вслѣдствіе связи, существующей между внутренними и внѣшними отношеніями, облигаціонное право должно быть понимаемо прежде всего какъ *одно цѣлое* при чемъ однако въ немъ, какъ и въ имущественномъ правѣ, слѣдуетъ различать *внутреннее* и *внѣшнее* облигаціонное право. *Внутреннее* облигаціонное право касается всѣхъ правовыхъ отношеній съ ихъ требованіями и обязательствами, отношеній, вытекающихъ изъ понятія облигаціи, разсматриваемой *самой по себѣ* и *самой для себя*. *Внѣшнее* облигаціонное право регулируетъ всѣ отношенія, обусловливающія облигацію во время ея возникновенія, бытія, дѣйствительности, выполненія и прекращенія; оно развиваетъ поэтому даже тѣ условія, отъ которыхъ зависима облигація во все время своего существованія отъ начала до конца и которыми опредѣляются, ограничиваются или расширяются субъективныя права и обязательства сторонъ. Это облигаціонное право, какъ и имущественное право, имѣетъ высшую задачу, соединить отдѣльныя облигаціи со всѣмъ опредѣляющимъ ихъ жизненнымъ и правовымъ порядкомъ (см. выше стр. 436).

§ 33. *О субъектѣ, или лицахъ облигаціи.*

Въ каждой облигаціи существенно необходимы двѣ стороны, вѣритель и должникъ. Облигаціонное же отношеніе между ними можетъ быть различно.

А) Если обратить вниманіе на самое *отношеніе*, то существуютъ прежде всего облигаціи, установляющія, по самой сущности своей, для одной стороны— требованіе, для другой обязательство, какъ-то бываетъ при облигаціяхъ, вытекающихъ изъ гражданскихъ правонарушеній и при многихъ дѣловыхъ облигаціяхъ (напр. дареніе). Такая облигація носитъ названіе *односторонней* (obligatio unilateralis). Затѣмъ существуютъ облигаціи, которыя, согласно своей сущности, установляютъ для обѣихъ сторонъ какъ требованіе, такъ и обязательство, такъ что обѣ стороны, въ различныхъ направленіяхъ, являются въ одно и тоже время и вѣрителемъ и должникомъ, какъ-то случается при многихъ дѣловыхъ облигаціяхъ (напр. при куплѣ, наймѣ и т. д.). Эти облигаціи называются *обоюдными* (двусторонними), bilaterales. Отъ обоихъ этихъ видовъ слѣдуетъ отличать такія облигаціи, которыя по сущности своей односторонни, но допускаютъ второстепенное обязательство вѣрителя и называются oblig. bilaterales inaequales.

В) Если же смотрѣть на субъекты, то на каждой сторонѣ могутъ быть *многія* лица, слѣдовательно многія вѣрители и должники. Что касается *отношенія многихъ* субъектовъ, вѣрителей или должниковъ, къ *предмету*, то слѣдуетъ различать слѣдующіе три случая: 1) когда на каждомъ изъ вѣрителей и должниковъ лежитъ лишь часть правъ и обязательствъ относительно

предмета облигаціи; это obligatio pro rata; 2) когда совокупность условій, заключающихся въ облигаціи должна выполняться *столько разъ*, сколько существуетъ вѣрителей или должниковъ; въ этомъ случаѣ является множество облигацій; 3) когда эта совокупность должна выполняться лишь *одинъ разъ*, несмотря на то, что каждый изъ вѣрителей можетъ требовать этого совершенія и каждый должникъ обязуется исполненіемъ. Это есть *солидарное* облигаціонное отношеніе въ общемъ смыслѣ; при немъ могутъ многіе вѣрители облекаться правами солидарно, равно какъ и многіе должники солидарно обязываться (активное и пассивное солидарное отношеніе). При такомъ солидарномъ отношеніи въ римскомъ правѣ различаются два случая, соединенные новѣйшими законодательствами въ одно общее названіе солидарныхъ отношеній; солидарное отношеніе можетъ именно быть или *корреальной* облигаціей, или *солидарной* облигаціей въ *тѣснѣйшемъ* смыслѣ.

a) Корреальная облигація бываетъ тогда, когда основаніе облигаціи одно и тоже для обѣихъ сторонъ, слѣдовательно существуетъ единство облигаціи по ея объективному состоянію, хотя субъективное отношеніе можетъ быть не одно и тоже, а потому одинъ можетъ получить права или обязаться correus prre, другой—sub conditione, одинъ—principaliter, другой—дополнительнымъ образомъ. Такъ корреальная облигація установляется между многими поручителями за одинъ и тотъ же долгъ, а также между главнымъ должникомъ и поручителями.

b) Солидарная облигація въ тѣснѣйшемъ смыслѣ бываетъ, когда изъ многихъ субъектовъ каждый обязуется на *самостоятельномъ* основаніи, хотя однократнымъ выполненіемъ обязательства однимъ лицомъ освобождаются всѣ другіе. Такія облигаціи существуютъ между обвиненными въ одномъ общемъ правонарушеніи относительно вознагражденія вреда (при чемъ каждый можетъ быть самостоятельной причиной и лишь объектъ остается однимъ и тѣмъ же); въ опекѣ при нераздѣльномъ управленіи (при чемъ опять таки каждый изъ опекуновъ можетъ быть самостоятельной причиной) и т. д. Практическое примѣненіе корреальныхъ и солидарныхъ облигацій во многихъ отношеніяхъ одинаково, но встрѣчаются и различія. Юстіаномъ установлено для всѣхъ способныхъ къ платежу и солидарно обязанныхъ, за исключеніемъ обязанныхъ вслѣдствіе правонарушенія и по завѣщательной корреальной облигаціи, beneficium divisionis для раздѣленія долга pro rata.

§ 34. *О предметѣ облигаціи.*

Непосредственнымъ предметомъ облигаціи всегда служитъ дѣйствіе должника, которое, въ свою очередь, можетъ состоять: въ выполненіи обязательства вещами, или же личными услугами (дѣлать, или не дѣлать что либо). Дѣйствіе должно быть: 1) естественнымъ и юридически возможнымъ (impossibilium nulla est obligatio); 2) имѣть имущественную цѣнность; 3) дѣйствіе ни въ какомъ случаѣ не должно быть установлено неопредѣленно, или отдано на произволъ обязующагося. При такъ наз., *альтернативныхъ* облигаціяхъ можетъ быть предоставлено должнику право выбора.

Исполненіе можетъ быть, въ свою очередь, простымъ или сложнымъ, смотря потому идетъ ли дѣло объ одномъ, отдѣльномъ исполненіи, или же о совокупности исполненій. Далѣе, простыя исполненія обязательствъ могутъ быть *недѣлимыми* или *дѣлимыми*, смотря потому могутъ ли они быть выполнены лишь

въ цѣломъ ихъ видѣ или же и посредствомъ исполненій по частямъ. *Сложныя* облигаціи могутъ состоять изъ однородныхъ исполненій, или же, и чаще всего, изъ неоднородныхъ, распадаясь въ такомъ случаѣ на главныя и побочныя обязательства. Къ побочнымъ обязательствамъ обыкновенно относятъ *проценты*, которые бываютъ или *договорными*, или же *законными*, куда относятся обыкновенно проценты за просрочку. Запрещеніе римскимъ правомъ брать проценты съ процентовъ, *анатоцизмъ*, въ Пруссіи и Австріи не простирается на проценты за два послѣдніе года долговаго обязательства.

Имущественное значеніе какого-либо дѣйствія можетъ быть въ двухъ случаяхъ предметомъ судебной оцѣнки, которая обращаетъ вниманіе или на продажную цѣну, (verum rei pretium), или же на полный интересъ (aestimatio ejus quod interest). Въ послѣднемъ случаѣ берется въ расчетъ какъ настоящій вредъ, (такъ наз. damnum emergens) такъ и потерянная прибыль (lucrum cessans).

§ 35. *Дѣйствіе облигаціи.*

Облигація тогда только имѣетъ полную силу, когда обезпечена правомъ иска (obligatio civilis); она обладаетъ не полной силой, когда, хотя и не даетъ права иска, можетъ, какъ *естественная* облигація (oblig. naturalis), вести за собою другія правовыя дѣйствія, именно посредствомъ заявленія условій, придающаго ей значеніе, вознагражденія, per soluti retentionem, посредствомъ признанія облигаціи должникомъ, или посредствомъ закладнаго права и поручительства. Отдѣльныя случаи естественныхъ обязательствъ образуются частію изъ несовершеннаго *возникновенія* облигаціи, напр. вслѣдствіе не соблюденія формальностей, требующихся дѣломъ, или вслѣдствіе неспособности лица къ гражданско-правовой облигаціи напр. несовершеннолѣтняго при займѣ денегъ.

§ 36. *О выполненіи облигаціи.*

Выполненіе облигаціи (solutio) состоитъ въ фактическомъ доставленіи того, что составляетъ предметъ облигаціи. Выполненіе поэтому и есть главнѣйшій видъ *прекращенія* облигаціи (см. § 38). Но для точнаго выполненія необходимо также, чтобы оно совершилось въ *законномъ мѣстѣ* и въ *законное время*. Отъ несоблюденія послѣдняго условія произойдетъ *просрочка* (mora), какъ противозаконное замедленіе выполненія облигаціи и можетъ быть какъ со стороны должника (mora solvendi), такъ и со стороны вѣрителя (mora accipiendi) напр. при противозаконномъ сопротивленіи пріема должнаго.

Особенныя *ограниченія* обязательства выполненія даны, во 1-хъ, посредствомъ beneficium competentiae въ случаяхъ, когда большею частію, вслѣдствіе нравственно-правовыхъ жизненныхъ отношеній, напр. между супругами, родными, дарителемъ и одареннымъ, — вѣритель долженъ дать необходимую поддержку должнику; 2) посредствомъ moratoriorum, (отсрочка), которымъ (или чрезъ судью или же, рѣже, чрезъ государственную власть) должнику дается отсрочка платежа; 3) посредствомъ beneficium cessionis bonorum для должника, разорившагося не по своей винѣ.

ГЛАВА II.

§ 37. *О распространеніи облигаціоннаго отношенія на третье лицо (или лица) при возникновеніи или перенесеніи облигацій.*

I. *Предварительное замѣчаніе.* Мы неоднократно имѣли случай замѣтить, что римское право, съ своей субъективной точки зрѣнія, смотритъ на облигаціонное отношеніе, какъ на высшей степени личное отношеніе. Модифицируя этотъ принципъ, согласно съ требованіями оборотныхъ отношеній въ случаяхъ замѣненія одного лица другимъ, оно тѣмъ не менѣе удержало такое субъективное воззрѣніе при перенесеніи требованіи съ одного лица на другое, такъ что переносилось не само право, а только значеніе его; напротивъ нѣмецкое право и правовое сознаніе, сдѣлавшееся въ новѣйшихъ законодательствахъ рѣшительной нормой, при болѣе объективномъ пониманіи оборотной цѣли, допустило въ (имущественныхъ) облигаціяхъ распространеніе облигаціоннаго отношенія, въ особенности въ случаяхъ перенесенія правъ требованія. Римскій принципъ, удерживаемый большей частью романистовъ, не согласно съ *Савиньи*, въ обычномъ правѣ, еще остается во всякомъ случаѣ въ полномъ своемъ значеніи относительно *должника*, такъ какъ вслѣдствіе различныхъ возможностей выполненія облигаціи, нельзя навязать *другаго* должника вѣрителю безъ согласія послѣдняго; тѣмъ не менѣе, при модифицирующемъ нѣмецкомъ воззрѣніи на право касательно перенесенія требованій, слѣдуетъ считать ложнымъ римскій принципъ и въ обычномъ правѣ.

II. Главнѣйшіе *случаи* распространенія облигаціоннаго отношенія суть:

1) *Замѣненіе одного лица другимъ* (подъ которымъ обыкновенно, но, какъ многіе замѣтили, неумѣстно разумѣютъ и случаи собственнаго замѣненія напр. несовершеннолѣтняго опекуномъ, дѣйствующимъ *для* перваго въ видахъ его, не *замѣщая* его, не занимая его мѣста) бываетъ двоякое: a) необходимое, въ случаяхъ, когда такое замѣненіе предписывается лицамъ, неспособнымъ собственными дѣйствіями вступить въ облигаціонное отношеніе (что собственно и будетъ замѣненіе родителями, опекунами, попечителями); b) свободное въ случаяхъ уполномочія. По настоящему праву поручающій, довѣритель считается обязаннымъ или обезпеченнымъ правомъ, когда уполномоченный дѣйствовалъ согласно уполномочію.

2) Заключеніе условій требованій въ пользу *третьяго лица* (или *лицъ*) безъ замѣненія, не дозволяется собственно правомъ (напр. Австр. С. З. § 881). Однако встрѣчаются нѣкоторыя исключенія: такъ допускается въ опредѣленныхъ случаяхъ веденіе дѣла безъ уполномочія, при чемъ ведущій дѣло, въ интересахъ самаго представителя дѣла, можетъ возлагать на себя требованія и обязательства.

3) Cessio, имѣвшее въ римскомъ правѣ лишь смыслъ отказа отъ права иска, по праву настоящаго времени (Pr. L. R. Oesterr. G. B.) заключаетъ въ

себѣ перенесеніе *права* самаго требованія ([91]). Cessio ведетъ за собою прежде всего облигаціонное отношеніе между уступающимъ (цедентомъ) и принимающимъ (цессіонаріемъ); должникъ (cessus) становится обязаннымъ относительно цессіонарія лишь съ того времени, когда онъ надлежащимъ образомъ извѣщается объ переводѣ. Предписаніе lex Anastasiana, по которому цессіонарій, купившій требованіе, не можетъ искать съ должника (cessus) бо́льше того, что онъ самъ далъ уступающему (cedens), устранено Прус. L. R. и Авст. G. B., равно какъ и въ нѣкоторыхъ странахъ, держащихся общаго права (Баварія).

4) Intercessio есть своевольное принятіе на себя долга третьяго лица, сопровождаемое вступленіемъ въ облигаціонное отношеніе съ вѣрителемъ этого третьяго лица; потому мы не называемъ Intercessio, когда прямо погашается долгъ другаго; или когда вслѣдствіе правовой сдѣлки (напр. при вступленіи въ наслѣдство) принимаемъ на себя чужіе долги.

Intercessio подраздѣляется на *int. privata* и *int. cumulativa*, смотря потому будетъ ли прежній должникъ освобожденъ совершенно, какъ при expromissio и delegatio (§ 38), или же интерцедентъ лишь присоединяется къ обязательству другаго, какъ при вступленіи въ корреальное обязательство (относительно участія другихъ членовъ), при представленіи залога за чужіе долги и при поручительствѣ.

Ограниченія, установленныя въ римскомъ правѣ для intercessio женщинъ посредствомъ S. C. Vellejanum и authentica si qua mulier, въ обыкновенной практикѣ обходятся различными путями и, вслѣдствіе измѣненнаго положенія женщинъ въ обществѣ и дѣловой жизни, или совершенно уничтожены, въ Code и Oesterr. G. B., или значительно смягчены, какъ въ P. L. R.

ГЛАВА III.

§ 38. *О прекращеніи облигаціи.*

I. *Вообще.* Прекращеніе облигаціоннаго отношенія можетъ совершаться вслѣдствіе различныхъ причинъ, которыя зависятъ отъ *воли* одной или обѣихъ сторонъ, или же совершенно *независимы* отъ нея. *По дѣйствію* причины уничтоженія облигаціи различаются, смотря потому уничтожаютъ ли онѣ облигацію ipso jure, такъ что съ наступленіемъ ихъ облигація уже не существуетъ, или же ope exceptiones, такъ что должникъ можетъ уклониться отъ требованія лишь посредствомъ возраженія, при чемъ совершенно возможна естественная облигація.

II. Главнѣйшія причины уничтоженія суть:

A) *Выполненіе*, которое бываетъ или прямое или косвенное.

1) *Прямое* выполненіе, или *уплата* въ общемъ смыслѣ, есть доставленіе того, въ чемъ заключается обязательство. Самая обыкновенная уплата — есть денежная уплата, въ тѣсномъ отношеніи съ которой находятся вопросы о монетной системѣ государствъ ([92]).

---

(91) Перенесеніе облигацій au porteur правильнѣе разсматривать какъ форму novatio, именно какъ delegatio (см. стр. 454).

(92) См. объ этомъ въ особенности *Савиньи*, Obligationenrecht 1851, I. S. 403—508.

2) Косвенное выполненіе бываетъ тогда, когда должникъ, вмѣсто чистыхъ денегъ, даетъ по оцѣнкѣ движимые или недвижимые предметы, beneficium dationis in solutum); въ особенности же часто встрѣчается при зачетѣ.

Compensatio или зачетъ есть погашеніе долга посредствомъ законнаго требованія со стороны должника, все равно будетъ ли послѣднее вытекать изъ того же самаго, или другихъ облигаціонныхъ отношеній. Существенныя условія требованія, предъявляемаго для зачета, суть: 1) платимость требованія должника, слѣдовательно, чтобы напримѣръ ни что in diem debetur; 2) способность предмета требованія къ зачету (Compensabilität), которая мыслима лишь при замѣняемости предмета. 3) Ликвидація (liquidi cum illiquido nont est compensatio), которую не слѣдуетъ смѣшивать съ возможностью погашенія, такъ какъ она заключается въ томъ свойствѣ требованія, что существованіе послѣдняго и содержаніе его возможно установить безъ незаконнаго ущерба для другаго требованія.

B) Посредствомъ *освобождающихъ* (liberatorische, remissorische) *договоровъ* облигація или a) *просто* уничтожается, какъ напр. при отказѣ отъ требованія (прощеніе долга) и при договорѣ, посредствомъ contrarius consensus, или же b) уничтоженная облигація замѣняется *новою;* въ такомъ случаѣ освобождающій договоръ называется возобновленнымъ договоромъ (novatio); или же наконецъ c) посредствомъ уравненія и компромисса.

1) Novatio, обусловливающая собою желаніе возобновленія (animus novandi), заключаетъ въ себѣ двоякое дѣйствіе: уничтоженіе старой облигаціи со всѣми ея аксессуарами (напр. поручительство) и возникновеніе новой; она можетъ являться въ различныхъ формахъ, именно: a) когда безъ измѣненія въ лицахъ (такъ что должникъ и вѣритель остаются тѣ же), измѣняется *облигаціонное основаніе* (causa obligationis), или обѣщается другой *предметъ;* b) когда мѣсто стараго *должника* занимаетъ новый, что въ свою очередь можетъ произойти двоякимъ образомъ, или такъ, что новый должникъ принимаетъ на себя долгъ стараго безъ его содѣйствія, однако съ согласія вѣрителя, что называется expromissio и часто встрѣчается при negotiorum gestio, или же такъ, что прежній должникъ, конечно и въ этомъ случаѣ съ согласія вѣрителя, самъ передаетъ свой долгъ другому лицу, что называется delegatio, въ Oesterr. G. B. assignatio (что въ римскомъ правѣ составляетъ особенную форму mandatio, именно порученіе уплаты), при чемъ старый должникъ носитъ названіе делеганта (ассигнанта), новый должникъ делегата (ассигната), вѣритель—делегатарія (ассигнатарія); или же c) стараго *вѣрителя* можетъ замѣнить новый, когда первый уступаетъ второму свое требованіе, что также называется delegatio, и отличается отъ cessio требованія тѣмъ, что при такой delegatio требуется согласіе и должника. Такой delegatio можно считать переводъ долговыхъ требованій съ вѣрителя, такъ какъ при этомъ уже предполагается согласіе должника на уплату ихъ ([93]).

Соглашеніе (разсматриваемое въ Oesterr. G. B. § 1380, какъ возобновленный договоръ) есть договоръ, посредствомъ котораго спорныя или не точныя притязанія уничтожаются или измѣняютоя взаимными уступками. Относительно предметовъ,

---

([93]) *Walter*, d. Pr. R. § 258. также придерживается этого возрѣнія но положительно не высказываетъ его.—См. также *Unger*, ib. § 42.

не относящихся просто къ имущественному праву, и рядомъ съ частно-правовою имѣющихъ публично-правовую сторону напр. относительно дѣйствительности брака, не можетъ состояться соглашенія. Но въ сущности соглашенія лежитъ то, что многія дѣйствительныя для договоровъ предписанія (напр. въ томъ случаѣ, когда при куплѣ продажная цѣна превышаетъ достоинство предмета) не находятъ примѣненія.

3) Компромиссъ есть договоръ, которымъ договаривающіяся стороны подчиняются рѣшенію свободно избраннаго ими судьи; предписанія при этомъ даются судебными постановленіями.

C) Односторонніе дѣйствія, уничтожающія облигацію главнымъ образомъ суть: заявленіе, отказъ и различнаго рода оспариванія.

1) *Заявленіе* можетъ возникнуть со стороны той и другой договаривающейся партіи при различныхъ облигаціонныхъ договорахъ (напр. при договорахъ, касающихся личныхъ услугъ, уполномочіяхъ) и опредѣляется особенною природою послѣднихъ.

2) *Отказъ* отъ договора предполагаетъ значительной неустойки, (pactum displicentiæ, in diem addictio при куплѣ).

3) *Различнаго рода оспариванія* въ практикѣ общаго права встрѣчаются не только при куплѣ (какъ для продавца, такъ и для покупателя), но и вообще при всѣхъ отягчающихъ правовыхъ сдѣлкахъ, гдѣ возникаетъ, так. наз., laesio enormis, l. ultra dimidium. Oesterr. G. B. (§ 934, 935) признаетъ это право оспариванія въ полномъ объемѣ, когда въ немъ неотказывается по другимъ причинамъ; P. L. R. даетъ это право только покупателю какого либо предмета.

D) *Случайный* конецъ облигаціи наступаетъ преимущественно:

1) При неповинной невозможности выполненія (ad impossibilia nulla datur obligatio);

2) при сліяніи вѣрителя и должника въ одномъ лицѣ (въ особенности при наслѣдованіи);

3) при конкурренціи двухъ прибыльныхъ основаній требованія (concursus duarum causarum lucrativarum), когда вѣритель, давши на прибыльномъ основаніи какую либо вещь, получилъ ее уже посредствомъ такого же основанія.

ГЛАВА IV.

О главнѣйшихъ видахъ облигацій вообще.

I. Первый главный видъ: дѣловыя облигаціи.

A) Первый видъ: договоры.

§ 39. *Объ основаніи и цѣли договоровъ въ правовой системѣ.*

1) *Основаніе* договора, точно также какъ и облигаціи, заключается въ ограниченности и условности человѣческой жизни и вытекающей отсюда потребности пополненія услугами другихъ лицъ; онъ отличается отъ другихъ облигацій тѣмъ, что относится лишь къ услугамъ, причина возникновенія которыхъ есть

свободное соглашеніе. Такое соглашеніе есть слѣдствіе свободы, самоопредѣленія (автономіи), мѣсто которому должно быть дано во всѣхъ сферахъ жизни. *Цѣль* же договора та, чтобы выговаривать себѣ такія услуги, которыя считаются годными для достиженія какой либо дозволенной жизненной цѣли. Вслѣдствіе соглашенія образуется *союзъ* ради того, чтобы каждое лице, которому обѣщается услуга могло съ *увѣренностью* разсчитывать на нее. *Вѣрность* исполненія обезпечивается всѣмъ нравственно-правовымъ существомъ и жизнію человѣка, такъ что человѣкъ, лишенный этой вѣрности, нуждающійся во всѣхъ отношеніяхъ помощи другихъ, не могъ бы, лишенный необходимыхъ средствъ, преслѣдовать никакой цѣли, никакого плана въ жизни, и долженъ бы былъ перестать быть разумнымъ существомъ, избирающимъ себѣ цѣли въ будущемъ и необходимыя средства для ихъ достиженія. Вѣрность исполненія обѣщаннаго можетъ поэтому вообще назваться заповѣдью разума, которая коренясь въ этикѣ, обнимаетъ собою всѣ свободно установленныя правовыя отношенія ([94]).

2) Относительно положенія въ правовой системѣ, договоръ не слѣдуетъ ограничивать, точно также какъ и облигацію, простыми имущественными отношеніями, а напротивъ распространить на всѣ правовыя отношенія, въ которыхъ свободное соглашеніе является существеннымъ моментомъ. Неоднократно высказанное, особенно романистами ([95]), ограниченіе договоровъ имущественными отношеніями не оправдывается ни самимъ понятіемъ о договорѣ, ни жизнію. Между тѣмъ въ основаніи такого ограниченнаго взгляда заключается та доля истины, что между имущественными договорами и другими отношеніями, образовавшимися вслѣдствіе договора, есть существенное различіе отчасти не признанное, отчасти же не точно опредѣленное сторонниками такого взгляда. *Шталь* ([96]) съ этою цѣлью дѣлаетъ различіе между договорными *актами* и договорными отношеніями, смотря потому *будетъ ли* договоръ въ обширнѣйшемъ смыслѣ простымъ средствомъ къ установленію правоваго отношенія, которое вскорѣ потомъ отдѣляется отъ него (?) и существуетъ далѣе по собственнымъ своимъ условіямъ и законамъ, какъ напр. заключеніе брака, pactum hypothecæ, передача, установленіе государственнаго устройства; *или* же онъ будетъ заключать въ себѣ самомъ правовое отношеніе, будетъ его постоянной причиной и источникомъ (Substanz) такъ, что выполненіе будетъ вполнѣ слѣдствіемъ соглашенія, служащаго вмѣстѣ съ тѣмъ для него и мѣриломъ. Не смотря однако на то, что такое различіе основано на нѣкоторыхъ важныхъ моментахъ, оно тѣмъ не менѣе бездоказательно, какъ-то уже доказываетъ сопоставленіе pactum hypothecæ съ заключеніемъ брака. Существенное же различіе заключается въ различномъ *положеніи воли*, какъ причины договора, къ *предмету* договора, и договоры можно просто раздѣлить, какъ и облигаціи, на *имущественные* и *этическіе* или нравственно-правовые. Въ первыхъ, согласно съ понятіемъ объ

([94]) О болѣе глубокомъ философско-правовомъ развитіи упомянутыхъ здѣсь понятій см. мою Rechtsphilosophie, S. 543—545 *Röder'a* Naturrecht oder Rechtsphil. S. 314—325.

([95]) Относительно и этого вопроса *Савиньи*, System des heut. röm R., Bd. III. S. 309. ff., высказалъ болѣе свободный, правильный взглядъ на жизнь, сказавъ «что договоръ ««какъ единеніе многихъ въ одномъ согласномъ выраженіи воли, которымъ опредѣляются ихъ правовыя отношенія,»» долженъ имѣть полное право на болѣе обширное значеніе, такъ чтобы договоры могли быть и въ между-народномъ правѣ, и въ государственномъ и частномъ правѣ; въ послѣднемъ же во всѣхъ видахъ, относящихся къ нему правовыхъ институтовъ»; къ послѣднимъ онъ относитъ весьма основательно также и бракъ.

([96]) Rechtsphilosophie 3. Aufl. Bd II. § 54; мою Rechtsphilos. S. 534.

имуществѣ, какъ вещественномъ благѣ, находящемся въ полной власти и распоряженіи, воля договаривающихся является по преимуществу *опредѣляющей* относительно предмета договора, между тѣмъ какъ во второмъ случаѣ воля договаривающихся должна согласоваться съ предметомъ опредѣляемымъ нравственною или объективно-правовою цѣлью; въ первомъ случаѣ слѣдовательно субъективная воля служитъ нормой для обьекта, во второмъ же она сама регулируется и управляется имъ въ существенныхъ пунктахъ. Такъ каждому предоставляется свободная воля вступить или не вступить въ бракъ съ извѣстнымъ лицемъ, но если уже разъ дано согласіе, заключенъ брачный договоръ, то и содержаніе его, съ которымъ должно согласоваться нравственно-правовое поведеніе, опредѣляется этическою сущностью брака. Такъ и при договорномъ государственномъ устройствѣ одна воля договаривающихся не можетъ служить началомъ всеопредѣляющимъ. На такой договоръ нельзя также смотрѣть какъ на договоръ, объектомъ котораго будетъ предметъ имущественный (какъ напр. перецъ, кофе, замѣчаетъ *Бурке*), напротивъ онъ долженъ прежде всего разсматриваться согласно съ объективными жизненными отношеніями государства, обычая и развитія; если такой договоръ становится въ рѣзкое противорѣчіе съ этими жизненными отношеніями, то они сами разрываютъ его, что конечно сопровождается нарушеніемъ нравственно-правоваго сознанія. Такимъ образомъ слѣдуетъ различать имущественные договоры отъ договоровъ этическихъ.

3) Договоры и договорное право различаются между собою какъ облигація и облигаціонное право. Договоръ самъ есть уже правовая форма; договорное же право есть регулированіе и норма всѣхъ относящихся къ договору и обусловливающихъ его отношеній; оно бываетъ или *внутреннее*, или *внѣшнее* договорное право, смотря потому регулируется ли договорное отношеніе *само по себѣ*, согласно съ своими правами и условіями, или же въ связи съ *внѣшнимъ* отношеніемъ.

§ 40. *Понятіе договора въ его главнѣйшихъ моментахъ.*

Договоръ есть *сознательное, согласное выраженіе воли нѣсколькихъ лицъ, касательно ими опредѣленнаго правоваго отношенія.* Каждый совершенный договоръ имѣетъ двѣ стороны: *субъективную* и *объективную*, первая высказывается въ томъ, что договоръ, какъ и всякое правовое отношеніе существуетъ не только *ради* воли, но и возникаетъ *посредствомъ* воли и именно многихъ лицъ; вторая сторона касается правоваго основанія, которое въ имущественномъ договорѣ состоитъ въ примѣненіи имущества, опредѣляющагося волею договаривающихся согласно съ одною цѣлью, въ которой слѣдуетъ опять таки различать конечную и ближайшую цѣль. Правовое основаніе, разсматриваемое по его *слѣдствію* и по отношенію къ ближайшей цѣли, есть всегда юридически дѣловое передвиженіе имущества, съ одной стороны (напр. при дареніи), или же съ обѣихъ сторонъ (напр. при куплѣ) Конечная цѣль вообще находится внѣ области права и относится къ морали и нравственной свободѣ. Объективное правовое основаніе и субъективная, по намѣренію, ближайшая цѣль договора должны различаться, такъ какъ различные недостатки могутъ заключаться въ первомъ и во второй. Такъ въ ближайшей цѣли можетъ встрѣтиться недостатокъ единодушія, и тѣмъ не менѣе, по крайней мѣрѣ по римскому праву, (по l. 36. D. 41. 1.) можетъ совершиться объективный переходъ имущества,

когда напр. одинъ изъ договаривающихся намѣревался подарить, другой же думалъ брать лишь въ заёмъ (такъ какъ, объективно, дареніе, точно также какъ и заёмъ, ведетъ за собою переходъ собственности); далѣе цѣль можетъ быть запрещенною закономъ, гдѣ слѣдствіе можетъ быть уничтожено напр. посредствомъ требованія назадъ даннаго, или же она можетъ быть лишь допускаемой (напр. позволенная игра, пари), когда однако исполненіе не можетъ быть вынуждено жалобою, искомъ. Съ другой стороны возможно и то, что правовое основаніе, вслѣдствіе объективныхъ отношеній, останется безъ слѣдствія (когда напр. несовершеннолѣтній *даетъ* взаймы совершеннолѣтнему, то собственность не переходитъ и не можетъ быть защищаема, между тѣмъ какъ на оборотъ когда онъ дѣлаетъ заемъ, собственность переходитъ и возможна лишь condictio). Въ обыкновенной юридической терминологіи до сихъ поръ еще не достаточно различаются правовое основаніе и правовая цѣль и обозначаются однимъ общимъ названіемъ « правоваго основанія », « causa ». Во всякомъ случаѣ вмѣстѣ они составляютъ собственное *содержаніе* (матерію) договора, которое слѣдуетъ отличать отъ простой формы, заключающейся въ обоюдной волѣ договаривающихся сторонъ. Въ полномъ, совершенномъ договорѣ содержаніе и форма должны быть соединены; но можетъ случиться, что форма отдѣлится отъ содержанія, слѣдовательно отъ правоваго основанія, causa, и явится отдѣльно, сама по себѣ. Это случалось при римской стипуляціи и повторяется въ настоящемъ правѣ въ особенности въ вексельномъ договорѣ, который и получилъ поэтому названіе договора, отрѣшеннаго отъ матеріальной causa, Summenversprechen (Thöl, см. § 44, B.); отсюда вытекаетъ высшее общее раздѣленіе договоровъ на совершенно *матеріальные* и *формальные*. Не точное опредѣленіе договора, какъ « принятаго обѣщанія », будетъ справедливо лишь относительно формальныхъ договоровъ и въ особенности стипуляціи. Важность юридическаго основанія или causa, подтверждается какъ практически, такъ и процессуально; такъ напр. одна и та же сумма имѣетъ различное правовое значеніе, смотря потому требуется ли она по договору дарственному, заемному, или же по договору купли.

Различіе, дѣлаемое римскимъ правомъ между contractus и pacta, уничтожилось въ новѣйшее время, такъ какъ всѣ договоры стали *давать право иска*.

Обязательная сила договора вытекаетъ не изъ различной формы возникновенія по четыремъ родамъ договоровъ, реальныхъ, словесныхъ, письменныхъ и консенсуальныхъ, какъ это было у Римлянъ, а изъ обѣщанія, опирающагося на *вѣрность* ([97]). Въ этомъ смыслѣ всѣ договоры въ настоящее время могутъ назваться консенсуальными, договорами по согласію. Это однако вовсе не значитъ, чтобы римскіе реальные контракты не имѣли и въ настоящее время своего характера и не отличались по дѣйствію своему отъ другихъ столь же обязательныхъ договоровъ, въ которыхъ лишь обѣщается что либо сдѣлать, напр. дать взаймы. Точно также для извѣстныхъ консенсуальныхъ договоровъ можетъ быть установлена письменная форма ([98]).

---

(97) По опредѣленію римс. п.: Est autem pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus, выходитъ, что два философа, согласившіеся относительно какого нибудь предмета, заключили договоръ.

(98) *Stobbe* « zur Geschichte des deutschen Vertragsrecht, » 1855, обязательную силу договоровъ видитъ также въ *вѣрности* и основными положеніями *нѣмецкаго* права считаетъ слѣдующія: 1) каждое обѣщаніе, каждый договоръ связуетъ договаривающіяся партіи и обязуетъ къ исполненію; 2) всякій договоръ даетъ право на искъ. 3) Каждый договоръ,

§ 41. *Договорное дѣйствіе сначала до совершенія (perfectio) договора.*

1) Собственно договорному дѣйствію предшествуютъ иногда предварительныя соглашенія, предположенія, трактаты, равно какъ и установленіе того, что договоръ долженъ быть заключенъ, pactum de contrahendo. Важный видъ такихъ *pacta* представляютъ пунктація или *письменные* проэкты, въ которыхъ содержатся *существенные* пункты договора. По римскому праву всѣ pacta de c. необязательны; иначе смотритъ на это, при нѣкоторыхъ обстоятельствахъ, Pr. L. R. I. 5 § 120—126 и Oesterr. G. B. § 885.

2) Договорное дѣйствіе распадается въ двухъ моментахъ предложенія и принятія, по времени и мѣсту. За правило должно быть принято, чтобы одинъ изъ договаривающихся обязывался впередъ на случай, если другой, узнавъ его предложеніе, тотчасъ же согласится на него словомъ и дѣломъ. Новѣйшія законодательства даютъ болѣе точныя опредѣленія относительно этаго обстоятельства (Pr. L. R. I. 5. § 90—108; Oesterr. G. B. § 862.

3) Договорное дѣйствіе обусловливается сознательнымъ соглашеніемъ обѣихъ сторонъ, т. е., когда послѣднія условились относительно всѣхъ существенныхъ пунктовъ. Соглашеніе считается *недостаточнымъ*, когда оно есть слѣдствіе принужденія, обмана, ошибки или заблужденія. Ошибка дѣлаетъ договоръ не дѣйствительнымъ, когда она касается важнѣйшихъ пунктовъ, самаго предмета договора или его существенныхъ свойствъ; когда она имѣетъ существенное вліяніе на *видъ* договора или на *лице*, или на природу выполненія. Если же ошибка касается только побочныхъ вещей, то она даетъ сдѣлавшему ее лишь притязаніе на вознагражденіе.

4. Заключеніе, или совершеніе договорнаго дѣйствія (perfectio), — что не слѣдуетъ смѣшивать съ исполненіемъ договора,—является тогда, когда въ надлежащей формѣ выяснены всѣ существенные пункты воли договаривающихся. Вопросъ, съ котораго момента слѣдуетъ считать договоръ совершеннымъ, долженъ рѣшаться сообразно съ природою каждаго договора. Извѣстный видъ договоровъ, какъ вышеупомянутые реальные договоры Римскаго права: mutuum, commodatum, depositum, pignus, обусловливаетъ то положеніе, что эти договоры, считаются совершенными лишь съ того момента, когда будетъ исполнено обязательство со стороны вѣрителя, между тѣмъ какъ другіе договоры требуютъ лишь вышеупомянутаго согласія договаривающихся сторонъ, нѣкоторые же кромѣ того требуютъ еще опредѣленной формы (напр. письменнаго изложенія).

5. Совершенный договоръ, разсматриваемый въ его *единствѣ* и частности, есть ближайшее *юридическое основаніе* всего, что въ немъ является опредѣленнымъ и долженъ быть *слѣдствіемъ* послѣдняго. По этому договоръ даетъ право на то, о чемъ въ немъ договаривается. Такъ многіе договоры даютъ право на переводъ владѣнія или собственности. Но такъ какъ, согласно съ са-

---

заключенный въ судѣ не только даетъ право на искъ, но и абсолютно доказателенъ; 4) если договоръ заключенъ не судебнымъ порядкомъ, то совершенно зависитъ отъ вѣрности или вѣроломства обвиненнаго признать, или не признать его; онъ можетъ уничтожить договоръ присягой.

мою природою дѣла, есть различіе между правомъ на какую нибудь вещь и *притязаніемъ* на нее, то весьма несправедливо, когда положительное право (напр. французское законодательство) позволяетъ возникать собственности вслѣдствіе договора купли. Когда договорное дѣйствіе и выполненіе договора по времени и по самому дѣлу не совпадаютъ между собою, то ихъ не слѣдуетъ смѣшивать и юридически.

§ 42. *Раздѣленіе договоровъ.*

Раздѣленіе договоровъ можетъ быть дѣлаемо, съ различныхъ точекъ зрѣнія, различно. Римское право брало при этомъ за основаніе различныя формы возникновенія договоровъ; но такое воззрѣніе кажется намъ одностороннимъ и слишкомъ внѣшнимъ, потому что при дѣленіи договоровъ должно обращать вниманіе на различіе ихъ *сущности*. Впрочемъ существуютъ общія и особенныя основанія дѣленія, которыя можно легко соединить.

I. Самымъ общимъ дѣленіемъ будетъ то, которое опредѣляется различными родами жизненныхъ отношеній. Такъ существуютъ договоры (и въ частномъ правѣ), касающіеся религіозныхъ, нравственныхъ, художественныхъ, научныхъ и ученыхъ отношеній, равно какъ и экономическихъ, слѣдовательно имущественныхъ, куда относятся также договоры промышленные и торговые, при чемъ всѣ эти отношенія могутъ многоразлично соединяться въ одномъ договорѣ. Эти договоры мы уже ранѣе (см. стр. 456) раздѣлили на два главнѣйшихъ вида: *этическіе* и *имущественные*. Здѣсь, въ имущественномъ правѣ, мы остановимся на послѣднихъ.

II. *Имущественные* договоры можно раздѣлить:

а) на *матеріальные* и *формальные*, смотря потому выражается ли въ нихъ или нѣтъ правовое основаніе, или правовая цѣль (см. ниже § 44),

b) на *вещные* договоры и договоры, касающіеся *личныхъ дѣйствій*, — по скольку послѣднія имѣютъ имущественную цѣнность,—по двоякому роду *объекта*, смотря потому будутъ ли предметомъ договора *вещи*, или дѣйствія. Затѣмъ слѣдуютъ *случайные* договоры, въ которыхъ случайное событіе связывается съ имущественнымъ интересомъ, могущимъ заключаться или въ вещахъ (какъ то по большей части и бываетъ), или въ дѣйствіяхъ. Дѣленіемъ на вещные договоры и договоры о дѣйствіяхъ не слѣдуетъ смѣшивать съ дѣленіемъ, сдѣланнымъ *Савиньи* (System u. s. w. Bd. III. S. 310), на *облигаціонные* и *вещественные* договоры; облигаціонными онъ называетъ договоры, непосредственно ведущіе за собой лишь обязательство къ выполненію чего либо, что̀ выполняется въ послѣдствіи, вещественными же такіе, посредствомъ которыхъ тотчасъ же непосредственно пріобрѣтается право надъ вещью, какъ напр. въ Римскомъ правѣ при договорномъ установленіи эмфитевзиса, superficies, гипотеки, сервитутовъ и наконецъ при передачѣ, на которую новѣйшіе романисты (Савиньи) также смотрятъ какъ на договоръ ([99]).

([99]) Противъ этого воззрѣнія на передачу, какъ на договоръ, конечно ничего нельзя возразить, если ее разсматривать саму по себѣ. Но передача есть всегда слѣдствіе предшествующаго или настоящаго основанія (causa), а потому гораздо приличнѣе юридическую сдѣлку разсматривать какъ *цѣлое*, по ея основанію и слѣдствію. Кромѣ того договорная сдѣлка можетъ заключать въ себѣ многіе акты, а слѣдовательно и актъ выполненія и каждый изъ этихъ актовъ, разсматриваемый самъ по себѣ, представляетъ договоръ.

c) по отношенію субъективныхъ мотивовъ договаривающихся партій къ правовому основанію, т. е. по правой цѣли, смотря потому имѣется ли въ виду доставленіе имущества для обѣихъ сторонъ , обоюдное , или только для одной стороны, договоры раздѣляются на *обоюдные* (обоюдно отяготительные , равные, такъ назыв. билатеральные, или двусторонніе, onerose) и на *благодѣтельные* (неравные, такъ назыв. унилатеральные, или односторонніе). Основнымъ принципомъ перваго вида договоровъ является *мѣна*, втораго—*дареніе*, которое кромѣ формы обѣщанія и договора можетъ встрѣчаться и въ другой формѣ (см. выше § 13).

d) по возможному положенію договоровъ , относительно другихъ правовыхъ отношеній , они могутъ быть или *самостоятельные* , или *несамостоятельные*, т. е. аксессуарные договоры (какъ напр. всѣ договоры , служащіе для обезпеченія обязательствъ).

e) наконецъ по положенію нѣсколькихъ договоровъ относительно другъ друга, есть договоры *главные* и *побочные*.

Между этими раздѣленіями договоровъ слѣдуетъ обратить преимущественное вниманіе на весьма рѣдко встрѣчающееся дѣленіе договоровъ на матеріальные и формальные. Затѣмъ, приличнѣе было бы удержать объективное дѣленіе договоровъ на вещные и договоры, касающіеся дѣйствій ([100]), нежели обыкновенно дѣлаемое дѣленіе договоровъ на благодѣтельные и отяготительные , потому что первое во многихъ отношеніяхъ цѣлесообразнѣе послѣдняго; или же можетъ быть всего лучше было бы соединить оба дѣленія такимъ образомъ, чтобы второе изъ нихъ являлось подраздѣленіемъ перваго, такъ что, говоря о вещныхъ договорахъ или договорахъ, касающихся дѣйствій, упоминалось бы прежде о договорахъ благодѣтельныхъ , а потомъ объ отяготительныхъ. Въ дальнѣйшемъ краткомъ обзорѣ мы будемъ держаться обыкновеннаго дѣленія.

B. Односторонніе, или бездоговорные облигаціонные сдѣлки будутъ разсмотрены здѣсь лишь вкратцѣ.

II. За симъ будутъ слѣдовать облигаціи, вытекающія изъ гражданскихъ правонарушеній и облигаціи случайныя (сущность которыхъ въ общихъ чертахъ уже выяснена, см. выше § 9) ([101]).

---

(100) *Walter*, deutsches Pr. R., также предпочитаетъ объективное дѣленіе.

(101) Мы неоднократно уже указывали на тѣсную связь всего имущественнаго, а слѣдовательно и (имущественно-) облигаціоннаго права съ народно-хозяйственными отношеніями. Въ договорномъ правѣ на эту связь особенно рѣзко указалъ *Рудгартъ* въ своемъ весьма почтенномъ соч. Untersuchung über Eintheilung und Stellung der Verträge, 1811; причемъ нельзя не замѣтить, что во всѣхъ своихъ выводахъ онъ исходитъ изъ основныхъ понятій политической экономіи, иногда впрочемъ не совсѣмъ вѣрныхъ. *Рошеръ* , National-oekonomie, 1854, § 16, также справедливо замѣчаетъ: «во многихъ случаяхъ *наука права* отвѣчаетъ намъ лишь на внѣшній вопросъ: *какимъ образомъ?*; и только политическая экономія добавляетъ болѣе глубокое *почему?*».

ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ

ИМУЩЕСТВЕННО-ОБЛИГАЦІОННАГО ПРАВА.

§ 43. *Обзоръ главнѣйшихъ видовъ облигацій.*

Общее замѣчаніе. Оборотная жизнь, въ особенности въ области дѣловыхъ облигацій, создала опредѣленныя формы для всѣхъ важнѣйшихъ облигаціонныхъ отношеній, и формы эти обозначены особенными названіями. Но на эти опредѣленныя и обозначенныя формы не слѣдуетъ смотрѣть какъ на единственно возможныя. Вездѣ, гдѣ мыслимъ правовой или нравственно-правовой интересъ, возможно и образованіе *новыхъ* облигаціонныхъ отношеній, смотря по цѣлямъ и намѣреніямъ партій ([102]). Облигаціи дѣлятся на 1) обязательства дѣловыя, возникающія изъ сдѣлокъ, 2) изъ преступленій, и случайныя обязательства.

I. Дѣловыя облигаціи.

§ 44. *А) Договорныя облигаціи.*

а) Матеріальные договоры.

I. Существенно-отягчающіе лишь одну сторону (благодѣтельные) договоры.

Благодѣтельные договоры суть договоры, обрушивающіеся по сущности своей цѣли лишь на одну сторону; они могутъ однако, посредствомъ побочныхъ обстоятельствъ, напр. предварительнымъ соглашеніемъ, соединяться съ опредѣленнымъ обязательствами для вѣрителя, такъ что Римское право предоставляетъ въ такомъ случаѣ должнику *actio contraria*.

Даръ (donatio), обозначающій въ обширнѣйшемъ смыслѣ слова всякое правовое дѣйствіе, которымъ кто либо по свободной волѣ, безъ правоваго обязательства, обогащаетъ другое лице частію своего имущества, и встрѣчающійся

([102]) См. объ этомъ достойныя вниманія слова *Пухты*, Pand. § 218. Въ примѣчаніи онъ опровергаетъ также прежнее ложное мнѣніе, по которому всякій вновь встрѣтившійся договоръ, не подходящій подъ понятіе опредѣленнаго въ Римскомъ правѣ, даннаго случая, слѣдуетъ относить къ т. наз. безъимяннымъ контрактамъ (Innominatcontracten), что тѣмъ нелѣпѣе, что эта доктрина не имѣетъ въ настоящее время и примѣненія.

во всѣхъ видахъ имущественнаго права, какъ договоръ, есть обѣщаніе, данное съ указанною цѣлію и принятое. Подобно Юстиніану, предписывавшему при дареніяхъ свыше 500 дукатовъ (solidi) внесеніе ихъ въ судебный протоколъ (insinuatio), новѣйшія права требуютъ тоже, въ видахъ предупрежденія поспѣшности и подстрекательства третьяго лица, опредѣленныхъ формъ для права иска по дарственнымъ обѣщаніямъ (Pr. L. R. судебную форму, Oesterr. G. § 943, письменность). Даръ по всѣмъ правамъ можетъ быть оспариваемъ на извѣстныхъ основаніяхъ, или возвращенъ по неблагодарности одареннаго. Главнѣйшіе виды суть: даръ *между живыми* (d. inter vivos) и *на случай смерти* (mortis causa d.), для исполненія котораго необходимо, чтобъ одаренный не умеръ прежде дарителя и чтобъ послѣдній не взялъ даръ свой обратно.

2. *Ссуда* (mutuum) есть договоръ, которымъ замѣнимыя (индивидуально неопредѣленныя) вещи предоставляются въ собственность для потребленія ихъ, съ обязательствомъ возвратить такое же количество вещей того же рода. Въ ссудѣ при замѣнимыхъ благахъ занимаетъ видное мѣсто народно-экономическое понятіе капитала, какъ запаса благъ. Подобно тому, какъ мѣновою цѣною и капитала опредѣляется *рента*, точно такое же значеніе имѣетъ при ссудномъ капиталѣ процентъ. Если совершено условіе относительно послѣдняго, то образуется процентная ссуда. Вслѣдствіе весьма важнаго значенія этихъ весьма частыхъ правовыхъ сдѣлокъ для всей нравственно-экономической жизни, законодательства, какъ Римское, такъ и новѣйшія, ввели ограниченія въ требованіяхъ процентовъ посредствомъ установленія процентнаго роста; а средневѣковое законодательство, опираясь на предписанія церкви, основывающіяся въ свою очередь на евангеліи, смѣшивая религіозно-нравственныя требованія съ правовой точкой зрѣнія и вообще не понимая природы ренты, совершенно запретило проценты, какъ ростовщичество, допустивъ болѣе выгодныя для должника ренты или Gültenkauf (стр. 309). Въ новѣйшее время абстрактная политическая экономія, руководясь столь же абстрактнымъ взглядомъ на право и договоръ, требуетъ отмѣненія всѣхъ законовъ о ростовщичествѣ и неограниченнаго взиманія процентовъ. Но хотя и основательно, что процентный ростъ, измѣняющійся съ измѣненіемъ отношеній, нельзя вѣрно опредѣлить постоянными законами, тѣмъ не менѣе въ настоящее время во всѣхъ значительныхъ государствахъ существуютъ постоянные, находящіеся подъ контролемъ публичнаго мнѣнія и самаго государства, публичные *регуляторы*, именно ипотечные банки и ссудныя учрежденія, процентный ростъ которыхъ публично принятый долженъ сдѣлаться масштабомъ и для частныхъ сдѣлокъ ([103]). Конечно прежде всего слѣдуетъ позаботиться о прочныхъ кредитныхъ учрежденіяхъ (не биржевыхъ-спекулятивныхъ), съ тѣмъ, чтобъ свободный частный оборотъ имѣлъ руководящую его нить въ свободной общественной силѣ.

3. *Заемъ* (commodatum) есть договоръ, которымъ какая либо незамѣнимая (индивидуально-опредѣленная) вещь предоставляется неотчуждаемо для употребленія на что либо, согласное съ природою предмета или опредѣленное догово-

(103) Это воззрѣніе я высказывалъ уже въ продолженіи нѣсколькихъ лѣтъ въ моихъ чтеніяхъ и весьма часто въ докторскихъ испытаніяхъ противопоставлялъ его обыкновенному политико-экономическому мнѣнію; къ нему по видимому склоняется наконецъ и болѣе безпристрастное практическое воззрѣніе на отношенія.

ромъ, съ обязательствомъ возвращенія той же самой вещи. Въ то время какъ при ссудѣ интересъ потребленія получающаго ссуду удовлетворяется лишь переходомъ въ его собственность, здѣсь таже цѣль достигается посредствомъ освоенія предмета. Отъ договора найма, служащаго къ достиженію той же цѣли, и по скольку онъ въ извѣстной формѣ встрѣчается равнымъ образомъ при незамѣнимыхъ предметахъ, договоръ займа отличается характеромъ неотчуждаемости.

4. *Сохранный договоръ* (depositum), которымъ какое либо лице обязуется взять на сохраненіе переданную ему вещь, представляетъ выгоду на сторонѣ отдающаго на сохраненіе. Если послѣдній обѣщаетъ вознагражденіе, то договоръ становится отягощающимъ. Особеннымъ видомъ этого договора служитъ секвестръ, гдѣ какой либо спорный предметъ до рѣшенія закладывается третьему лицу.

5. Договоръ уполномоченія, порученія (mandatum), которымъ какое либо лице беретъ на себя попеченіе о дѣлахъ отъ имени другаго контрагента, отличается отъ другихъ договоровъ, касающихся личныхъ услугъ, характеромъ берущаго порученіе, представителя. Послѣдній долженъ держаться границъ порученія; въ случаѣ невыполненія условій ему предоставляется искъ объ вознагражденіи (по Рим. праву actio m. contraria). Какъ особенные виды порученія въ оборотной жизни извѣстны порученіе уплаты (Zahlungsmandat) и порученіе полученія (Einkassirungsmandat), обязательная для обѣихъ сторонъ купеческая ассигнація и кредитное письмо т. е. просьба довѣрителя о дарованіи кредита вручителю письма.

II. Договоры существенно-обременительные для обѣихъ сторонъ.

1. *Мѣна* есть собственно экономическое основаніе всѣхъ обоюдныхъ договоровъ. Puchta (§ 359) по этому основательно говоритъ: «Договоры мѣны суть вообще всѣ договоры, которыми каждый контрагентъ обязуется къ доставленію какого либо предмета въ видѣ эквивалента за предметъ, доставляемый другимъ.» Въ болѣе тѣсномъ смыслѣ мѣна есть договоръ, по которому какой либо предметъ предоставляется въ замѣнъ другаго, гдѣ слѣдовательно, какъ говоритъ Пухта, «дѣйствія и той и другой стороны носятъ въ одно время характеръ цѣны и товара.» Цѣлью и намѣреніемъ этого договора должно быть не только право употребленія, но и собственность.

2. *Купля* есть договоръ, которымъ предоставляется какой либо предметъ (какъ товаръ) за опредѣленную сумму денегъ (какъ цѣны). По Рим. праву цѣлью этого договора было лишь habere licere, по новѣйшимъ же правамъ ею является собственность въ обширнѣйшемъ значеніи этого понятія (стр. 429). Но собственность надъ купленною вещію по цѣлесообразному опредѣленію Pr. L. R. и Oesterr. G. B. (но не по франц. пр. Art. 1583) пріобрѣтается лишь передачею. По Рим. Пр. случай и выгода, какъ скоро договоръ ни чѣмъ болѣе не опредѣляется, предоставляются покупателю, между тѣмъ какъ Pr. L. R. и Oesterr. G. B. (§ 1048—51) обращаютъ вниманіе на условленное время передачи или на самую передачу. При куплѣ чаще всего встрѣчается имѣющее вообще мѣсто при отягощающихъ договорахъ право на вознагражденіе какъ правовыхъ недостатковъ (Evictionsleistung), такъ и физическихъ (которыя въ Р. Пр. опредѣлялись преимущественно *эдильскимъ* эдиктомъ).

При куплѣ могутъ встрѣчаться: 1) право перекупки (Vorkaufsrecht); 2) право удержанія за собой новой продажи и 3) право обратнаго выкупа.

Особенные виды купли суть: 1) купля на пробу, которая будетъ куплей условной, гдѣ въ случаѣ сомнѣнія принимается дополнительное условіе; 2) купля *по пробѣ*, купля прочная, гдѣ продавецъ обязуется доставить товаръ по показной пробѣ; 3) различныя видоизмѣненія претерпѣваетъ купля при биржевыхъ операціяхъ, гдѣ дѣйствительныя сдѣлки, заключенныя съ намѣреніемъ между частными лицами часто трудно бываетъ отличить отъ простой игры счастіемъ; 4) рентная купля (стр. 309).

3. *Наемъ* въ самомъ обширномъ смыслѣ, какъ не отчуждаемое пользованіе объектомъ, находящимся въ обладаніи другаго лица и имѣющимъ мѣновое достоинство (благо, вещи, дѣйствія), долженъ опредѣляться и различаться по тремъ источникамъ благъ, труду, капиталу и физической силѣ и по взаимной связи послѣднихъ между собой.

a) Наемъ труда по роду труда бываетъ троякаго вида, смотря по тому α) будутъ ли предметомъ договора обыкновенныя услуги, имѣющія обыкновенную цѣну (locatio et conductio operarum), гдѣ главное значеніе имѣетъ физическій трудъ; β) или услуги, гдѣ преобладаетъ разумъ, но въ тоже время и трудъ и вознагражденіе относятся къ экономической области (напр. трудъ факторовъ, капитановъ кораблей, спедиторовъ и т. д.); γ) или же услуги, относящіяся одною своею стороной къ области экономической, насколько во всякомъ имущественномъ предметѣ заключается внѣшняя оцѣнка, сами же по себѣ лежатъ внѣ этой области, относясь къ высшей наукѣ или искусству: какъ напр. при трудѣ учителей, художниковъ, адвокатовъ, врачей, гдѣ вознагражденіе называется также гонораріемъ.

b) Наемъ, какъ отчуждаемое употребленіе незамѣнимой вещи какъ капитала (напр. дома, лошади). Это будетъ наемъ въ болѣе тѣсномъ смыслѣ въ отличіе отъ аренды.

c) Наемъ физической силы и капитала (запаса благъ) съ тою цѣлію, чтобы воспользоваться производительно и тѣмъ и другимъ. Это будетъ *аренда*. Арендаторъ преслѣдуетъ цѣль производительную, наниматель—цѣль потребленія, при чемъ въ извѣстной степени допускается смѣшеніе цѣлей. Наемъ и аренда часто (Oesterr. G. B. 1090) обнимаются подъ однимъ общимъ нѣмецко-правовымъ названіемъ «Bestandesvertrag,» но они существенно различаются между собою. По Pr. L. R. наниматель и арендаторъ обладаютъ вещнымъ правомъ на вещь, какъ скоро къ этому присоединяется владѣніе или по Oesterr. R. (1095) внесеніе въ публичныя книги. При арендѣ существенное значеніе имѣетъ публичный или политико-экономическій интересъ, который не долженъ подчиняться договорному произволу. Именно въ новѣйшее время, когда уничтожены прежнія Германскія отношенія по поземельной собственности, дѣлается настоятельнѣй потребность подчинить теперь чаще встрѣчающіяся арендныя отношенія извѣстнымъ общимъ законамъ, обусловливающимся интересомъ производства, производительнаго работника и самого арендатора (напр. не назначать слишкомъ краткій срокъ аренды) ([104]).

Какъ на особенный арендный договоръ, касающійся потребленія и usus fructus при капиталѣ, иногда разсматриваемомъ какъ капиталъ замѣнимый, именно при скотѣ, мы можемъ указать на германскій Viehverstellungsvertrag, bail à cheptel,

---

104) См. *мою* Rechtsphilosophie S. 512.

называемый также der Eisenviehvertrag (contractus socidae, cheptel de fer), когда по истеченіи арендnаго времени арендаторъ скота обязуется возвратить тоже число головъ, или скота на ту же сумму денегъ, отвѣчая за убыль. Этотъ договоръ въ новѣйшемъ свободномъ экономическомъ устройствѣ вѣроятно получитъ болѣе обширное примѣненіе, и можетъ сдѣлаться весьма благотворнымъ для распространенія производства ([105]).

4. *Договоръ по изданію*, который, вслѣдствіе многихъ присоединяющихся къ нему отношеній, лежащихъ внѣ договорнаго права, разсматривался съ различныхъ правовыхъ точекъ зрѣнія и можетъ принимать, смотря по обстоятельствамъ, различныя договорныя формы (напр. форму общества для опредѣленнаго дѣла, продажи, пріема на коммисію) въ (имущественномъ) облигаціонномъ правѣ, куда онъ относится по своей внѣшней правовой сторонѣ, долженъ опредѣляться такимъ образомъ: это будетъ договоръ, которымъ авторъ какого либо умственнаго продукта, выраженнаго въ внѣшней формѣ, предоставляетъ послѣдній какому либо издателю, берущему на себя издержки печати и выговаривающему за трудъ свой какое либо вознагражденіе, для изданія, т. е., для умноженія продукта механическимъ путемъ въ числѣ экземпляровъ, предназначенныхъ для продажи, съ тѣмъ, чтобы так. образомъ достичь какъ духовной, такъ и имущественной цѣли. Спорный вопросъ о правѣ перепечатанія, независимо отъ другаго не менѣе спорнаго вопроса о правѣ собственности на умственныя произведенія (выраженныя во внѣшней формѣ), долженъ рѣшаться согласно съ экономическою (имущественною) цѣлью, охраняемою государствомъ, равно какъ и сообразуясь съ цѣлью употребленія экземпляра. Въ первомъ отношеніи въ теоріи вообще смотрятъ на перепечатаніе какъ на *преступленіе*, не выражая послѣднимъ ни сущности, ни основанія безправности перепечатанія, такъ какъ перепечатаніе прежде всего основано на извращеніи цѣли употребленія экземпляра. Но такъ какъ обыкновенно и весьма ложно, говоря о собственности, отрѣшаются отъ цѣли, то за собственникомъ, и слѣдовательно за владѣльцемъ экземпляра, признаютъ право произвольнаго распоряженія. Но въ вещномъ понятіи и правѣ на экземпляръ совсѣмъ не заключается право умноженія, а только право употребленія на сколько оно доступно индивидууму (точно также, хотя и не совсѣмъ, никто не имѣетъ права умножать билеты на входъ); равнымъ образомъ издатель, даже пріобрѣтя въ собственность какое либо умственное произведеніе, не смѣетъ его уничтожить или не издать его, потому что дѣйствія его должны соображаться также съ опредѣленною вещною цѣлью. Вообще въ этихъ отношеніяхъ, относящихся къ духовной области, понятіе о цѣли находитъ многоразличное примѣненіе; (по этому-то и преподавательскія чтенія, если они не предназначены для публики, не должны быть публикуемы).

5. *Случайные договоры* или *рискованныя* сдѣлки, въ которыхъ выгода или ущербъ ставятся въ зависимость отъ недостовѣрнаго, случайнаго событія, должны различаться въ двухъ, существенно различныхъ по цѣлямъ, главныхъ

([105]) Тамъ, гдѣ, вслѣдствіе цѣлесообразнаго сельско-общиннаго устройства, общины, посредствомъ автономіи, успѣли уже многому научиться, лучше всего, когда общины сами организуютъ учрежденія съ цѣлію снабженія скотомъ, какъ то уже отчасти и устроено въ Вюртембергѣ. Арендныя условія въ этомъ случаѣ всегда будутъ благопріятнѣе обществъ, устроенныхъ съ спекулятивною цѣлію. — Объ институтѣ аренды въ торговомъ мѣстечкѣ *Мёрингенъ*, въ округѣ Неккара, см. Wiener Zeitung: der *Wanderer* vom 18 Novem. 1856.

видахъ; они бываютъ именно или *страховыми договорами* для обезпеченія себя въ опасности отъ случайнаго вреда или *договорами на счастіе*, гдѣ самимъ договоромъ создается не существующая сама по себѣ опасность. Первые имѣютъ нравственную экономическую цѣль, имѣя въ виду раздѣленіе случаемъ угрожающаго вреда между многими лицами, послѣдніе же собственно безнравственны, потому что въ нихъ выражается намѣреніе воспользоваться ущербомъ, вредомъ другаго, посредствомъ подстреканія и возбужденія эгоистическихъ страстей; далѣе они анти-экономичны, разрушая и уничтожая стремленіе и любовь къ истинному труду.

а) *Страховыя договоры* по предмету своему могутъ простираться какъ на движимыя и недвижимыя *вещи*, которыя однако не должны быть обезпечиваемы *свыше* ихъ достоинства, такъ и на *личныя* обстоятельства и свойства, жизнь, болѣзнь, отсутствіе труда, встрѣчаясь въ двухъ существенно различныхъ формахъ: 1. въ лучшей формѣ общественнаго взаимнаго обезпеченія, при которой обезпечивающіе вступаютъ между собою въ общество, какъ то часто бываетъ при страховыхъ обществахъ отъ огня, смерти, для вдовъ и т. д.: или же 2. въ формѣ купеческой сдѣлки, въ собственной формѣ *полиса* (polizza pollicitatio) т. е. письменнаго документа, посредствомъ котораго выдающій его (будетъ ли это физическое лице или общество) беретъ на себя опредѣленную опасность и требуетъ за то условнаго вознагражденія.

b) *Договоры на счастіе* суть преимущественно *пари* и игорные договоры, гдѣ опять таки слѣдуетъ различать игры дозволенныя и запрещенныя, такъ какъ при первыхъ цѣлью является упражненіе силы или отдыхъ, при послѣднихъ же только страсть пріобрѣтенія; но и при дозволенныхъ играхъ даже не допускается искъ по поводу игорнаго долга. Собственными играми въ счастіе слѣдуетъ считать преимущественно лоттереи, которыя бываютъ иногда привиллегированными. На пари и игры вообще смотрятъ одинаково.

Какъ объ особенномъ видѣ договоровъ на счастіе можно упомянуть о куплѣ на счастіе при купеческихъ спекуляціяхъ ([106]), когда заключается договоръ на поставку къ опредѣленному времени, по опредѣленной цѣнѣ предметовъ, курсъ которыхъ быстро измѣняется, какъ напр. зерновой хлѣбъ, сахаръ, и т. д.

На такую сдѣлку нельзя смотрѣть, какъ на запрещенную, но она часто превращается въ простую игру, ведя къ злоупотребленіямъ. Истинною же игрою въ счастіе является сдѣлка на убыль и прибыль (Differenzgeschäft), гдѣ нѣтъ и рѣчи о доставленіи какого либо предмета, а просто въ опредѣленный день вычисляется разница между настоящею и прежнею цѣною и уплачивается. Это ничто иное, какъ пари.

6. *Вспомогательные договоры* для обезпеченія уже существующаго долга суть закладной договоръ, гипотекарный и поручительство. Главныя отношенія, которыхъ касаются эти договоры, изложены нами уже выше.

---

(106) См. объ этомъ Walter, deutsches Privat-Recht § 260—265.

b) Формальные договоры ([107]).

Формальные договоры, въ отличіе отъ матеріальныхъ, суть такіе договоры, въ которыхъ, если не само по себѣ (что вообще невозможно) , то по-крайней мѣрѣ въ намѣреніи договаривающихся сторонъ, будетъ ли то ради ихъ самихъ, или ради дальнѣйшихъ оборотныхъ цѣлей, — облигаціонное отношеніе отдѣлено отъ матеріальнаго основанія права (causa § 13 и 17), существуя абстрактно, какъ формальное основаніе права, изъ котораго непосредственно выводятся права и обязанности. Эти, по намѣренію договаривающихся сторонъ, слѣдовательно *идеально-формальные* договоры, мыслимые и при простомъ, выраженномъ соглашеніи, по волѣ контрагентовъ или закономъ могутъ быть соединены и съ *внѣшнею* или *письменною* формою ([108]) , откуда вытекаютъ формальные письменные договоры ([109]) новѣйшаго права.

Формальные договоры можно раздѣлить на два вида, смотря потому будутъ ли они имѣть дѣйствіе только для первоначально договаривавшихся сторонъ, или же они будутъ служить, помимо первоначальнаго намѣренія, и для другихъ оборотныхъ цѣлей.

Какіе договоры слѣдуетъ отнести къ первому виду, къ (индивидуально-) формальному договору,—является вопросомъ спорнымъ. По Рим. праву можно причислить къ нимъ поручительство и expromissio; недавно (Bähr) пытались отнести сюда договоръ признанія (долга), вычетъ, предъявленіе счета и вообще novatio, но не основательно, такъ какъ въ этихъ случаяхъ отношеніе къ основанію права остается въ своей неприкосновенности. Вообще въ индивидуальныхъ отношеніяхъ менѣе всего представляется повода къ отдѣленію договора отъ его causa, и послѣднее не должно быть поощряемо ни законодательствомъ, ни практикою.

Совершенно иное должны мы сказать о второмъ видѣ, письменныхъ, формальныхъ, оборотныхъ договорахъ. Сюда можно отнести всѣ, содержащія дол-

---

(107) Путь къ этому ученію, въ которомъ далеко еще не установлены ни основныя его положенія и слѣдствія, ни взгляды на него, проложилъ первый *Liebe:* Die Stipulation und das einfache Versprechen , 1840 ; за тѣмъ *Gneiss :* die formellen Verträge u. s. w. 1845; значительно способствовалъ къ установленію понятій въ новѣйшее время *Bähr* своимъ удачнымъ соч.: Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund , 1853 (см. объ немъ Arndts въ krit. Ueberschau Bd. IV. S. 1. ff.), гдѣ онъ основательно указываетъ на многіе правовыя отношенія, которыя ложно до сихъ поръ считались формальными договорами. Недавно появившееся соч. I. Unger'a : Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere , 1857, содержитъ много дѣльныхъ замѣчаній относительно этого предмета, но, находясь подъ вліяніемъ Римскаго права, черезъ чуръ вращается въ области формально юридическихъ вопросовъ , не вникая въ дѣйствительно оборотныя отношенія.

(108) *Unger*, согласно съ Bähr'омъ , идеально-формальные договоры называетъ отрицательно-формальными (вслѣдствіе абстракціи отъ causa) , другіе же положительно-формальными , потому что они связаны съ формою положительнымъ закономъ ; я считаю такое поименованіе неумѣстнымъ , ибо понятія « положительный » и « отрицательный » принимаются въ обыкновенномъ ихъ смыслѣ , тогда какъ противоположность , которую они по видимому выражаютъ, не существуетъ на самомъ дѣлѣ.

(109) Отъ этихъ формальныхъ письменныхъ договоровъ слѣдуетъ отличить матеріальные форменные договоры, при которыхъ письменное изложеніе есть лишь условіе дѣйствительности иска по нимъ.

говое требованіе гербовыя бумаги ([110]), дѣлающія возможнымъ не столько cessio, сколько delegatio (см. стр. 455) и при которыхъ актъ является не столько средствомъ доказательства сколько *формальнымъ* основаніемъ права (см. стр. 405). Между этими договорами *вексель* есть самый важный; на него многіе писатели смотрѣли какъ на видъ *купеческихъ бумажныхъ денегъ*, между тѣмъ какъ съ его правовой стороны онъ будетъ договоромъ, хотя по *цѣли* онъ есть важное денежное оборотное средство и имѣетъ функцію одинаковую съ бумажными деньгами. Различеніемъ политико-экономической оборотной цѣли и правовой формы слѣдовательно можно примирить два главнѣйшія воззрѣнія на природу векселя.

Вексель есть документъ, изготовленный въ законной формѣ, которымъ дающій его, подъ отвѣтственностію опредѣленною векселемъ, обязуется владѣльцу этого документа, облеченнаго правами, даваемыми векселемъ, выплатить въ срочное время опредѣленную сумму денегъ или лично (*собственный*, trockener, вексель), или способствовать къ уплатѣ его третьимъ лицемъ (*чужой* вексель) ([111]).

Въ векселѣ отрѣшеннымъ отъ causa является только обѣщаніе уплаты (какъ простое обѣщаніе суммы денегъ, по Thöl'ю) и по нѣмецкому вексельному праву не требуется даже упоминовенія полученной подъ вексель суммы денегъ; но и здѣсь отдѣленіе отъ causa не совершенно, такъ при многихъ отношеніяхъ, напр. между дающимъ и принимающимъ вексель, можетъ возникнуть вопросъ о causa.

Вексель, въ которомъ яснѣе всего высказывается единство денежнаго оборота, можетъ разсматриваться какъ *цѣпь договоровъ* (Vertragskette) ([112]), въ которой каждое звѣно, образуясь посредствомъ надписи на оборотѣ векселя, заключающей въ свою очередь обѣщаніе уплаты, прикрывается отвѣтственностію всѣхъ предшествующихъ звѣньевъ.

§ 45. B. *Односторонніе* или *бездоговорные дѣловые облигаціи*, возникающія изъ одностороннихъ правовыхъ дѣйствій, суть облигаціи, вытекающія главнымъ образомъ изъ опекунскаго управленія, изъ вступленія въ наслѣдство, изъ веденія дѣлъ безъ порученія, гдѣ основаніе обязательства ведущаго дѣло заключается ни въ его собственной (дѣйствительной или предполагаемой) волѣ, ни въ его обогащеніи (котораго никогда не бываетъ), а въ благомъ намѣреніи его, проистекающемъ основательно изъ человѣческихъ жизненныхъ отношеній попеченія и заступничества за другихъ (см. стр. 360). Многія изъ этихъ дѣловыхъ обязательствъ разсматриваются не въ облигаціонномъ правѣ, а, сообразно съ ихъ содержаніемъ, въ опекѣ, и наслѣдственномъ правѣ.

([110]) *Unger* ib. S. 83 правильно отнесъ эти бумаги къ разбираемому нами виду формальныхъ договоровъ; я считаю необходимымъ ограничить ихъ долговыми требованіями, такъ какъ теперь существуютъ акціи на владѣтеля, которыя совершенно не способны къ юридической конструкціи, являясь противорѣчіемъ, требующимъ устраненія—они запрещены англійскимъ joint stock compagnies act отъ Іюля 1856. Истинною потребностію нашего времени является юридическая обработка этого предмета, опирающаяся на основательномъ созерцаніи народно-хозяйственныхъ отношеній (см. *мою* Rechtsphilosophie S. 564).

([111]) Это опредѣленіе, которое я считаю самымъ точнымъ, приводитъ *Blaschke*, das Oesterr. Wechselrecht, 1856.

([112]) Связь, существующая въ общественномъ оборотѣ, сходна съ ассоціаціей идей. Подобно тому, какъ кромѣ простыхъ выводовъ, существуетъ цѣпь заключеній (Sorit), точно также, кромѣ простыхъ договоровъ, существуетъ еще цѣпь договоровъ.

§ 46. II. *Облигаціи, возникающія вслѣдствіе гражданскихъ правонарушеній*, какъ при dolus, такъ и при culpa, въ новѣйшихъ законодательствахъ, въ которыхъ римскія частныя наказанія замѣнены публичными, касаются лишь вознагражденія того, кому нанесено оскорбленіе. Но послѣднее возможно и въ уголовномъ процессѣ лишь посредствомъ adhaesio. Многіе участники въ одномъ правонарушеніи подлежатъ отвѣтственности in solidum. Причины возникновенія такихъ облигацій заключаютъ или въ оскорбленіяхъ чести, или въ имущественныхъ правонарушеніяхъ, или тѣлесныхъ поврежденіяхъ, или нарушеніи владѣльческихъ правъ, при чемъ каноническое право общимъ средствомъ при завладѣніи указало на exceptio spolii (см. стр. 413. Прим.).

§ 47. III. Случайныя облигаціи проистекаютъ изъ семейныхъ отношеній, общаго наслѣдства, сосѣдскихъ отношеній, вещныхъ правъ пользованія, владѣльческихъ отношеній и неправильнаго обогащенія одного на счетъ другаго. Возникающія отсюда облигаціи разсматриваются обыкновенно въ тѣхъ отдѣлахъ науки, куда они относятся по своему содержанію.

ПОДРАЗДѢЛЕНІЕ III [113].

§ 48. *Всеобщее право обществъ.*

I. *Мѣсто, занимаемое съ системѣ права.* Право обществъ не есть только часть имущественно облигаціоннаго права, гдѣ выполненіе есть вмѣстѣ и уничтоженіе облигаціи; оно и не составная лишь часть или видъ договорнаго права. Правда право обществъ, по примѣру Римскаго права, имѣвшаго и здѣсь въ виду лишь опредѣленную индивидуальную личность и ея волю, относили къ договорамъ; но послѣднее столь же противно сущности дѣла, какъ и взглядъ, по которому всѣ общественныя отношенія, возникшія *посредствомъ* договора, суть простыя договорныя отношенія, при чемъ слѣдовательно *причина* возникновенія уравнивается съ *сущностью* отношенія. Въ такомъ случаѣ и бракъ слѣдовало бы помѣстить между договорами, подобно тому, какъ Римляне, лишивъ опеку естественнаго ея положенія въ семейномъ правѣ, отнесли ее къ дѣловымъ облигаціямъ. Но понятіе объ обществѣ не помѣщается въ облигаціонномъ правѣ (въ тѣснѣйшемъ смыслѣ см. § 31), регулирующемъ преходящія имущественныя отношенія; потому что, въ то время какъ природа каждаго облигаціоннаго отношенія преходяща, при чемъ у каждой изъ сторонъ облигаціи своя цѣль, общество: *есть союзъ многихъ лицъ для достиженія общими силами одной общей цѣли.* Общество, согласно съ этимъ вѣрнымъ общимъ понятіемъ, можетъ возникнуть двоякимъ образомъ: 1. посредствомъ договора, который чаще всего бываетъ причиной возникновенія, но также 2. безъ договора между отдѣльными членами, посредствомъ другихъ обстоятельствъ и жизненныхъ отношеній, какъ напр. раньше, да еще и теперь ремесленникъ принужденъ бываетъ, вслѣдствіе различныхъ обстоятельствъ, вступить въ цехъ, какъ дѣти, далѣе, суть члены семейнаго общества, какъ родившіеся отъ государственныхъ подданныхъ суть члены опредѣленнаго государства, не смотря на то, что въ послѣднемъ случаѣ, по ложному ученію о договорномъ государствѣ, приняли согласіе, выраженное молчаніемъ. Сущность общества опредѣляется прежде всего не формами возникновенія, а его понятіемъ и цѣлью.

II. Правовая сущность или характеръ общества высказывается въ слѣдующихъ важныхъ пунктахъ:

---

(113) Это подраздѣленіе не вытекаетъ изъ системы, потому что на сколько право обществъ относится къ общему частному праву, его слѣдовало бы развить въ отдѣлѣ права *юридическихъ лицъ*, право же отдѣльныхъ корпорацій относится къ отдѣльному частному праву. Этотъ же отдѣлъ сдѣланъ для того, чтобъ, противно общему обыкновенному возрѣнію, видимо отдѣлить общественное право отъ облигаціоннаго и договорнаго права.

1. Болѣе или менѣе *постоянною* и *общею* цѣлью общество и его право выводится изъ индивидуальныхъ и частно-правовыхъ отношеній, переносится въ область публичной жизни и права и дѣлается членомъ послѣдняго, такъ, что цѣль общества является *вмѣстѣ съ тѣмъ* составною частью системы публичныхъ цѣлей и потребностей и членомъ публичнаго общественнаго порядка, который съ каждымъ отдѣльнымъ обществомъ претерпѣваетъ внутреннее пополненіе и органическое преобразованіе.

2. Отсюда слѣдуетъ, что публичный порядокъ и публичное благо (интересы) имѣютъ высокое и обширное значеніе при возникновеніи, устройствѣ, управленіи и уничтоженіи обществъ и имѣютъ бо́льшее вліяніе на нихъ, нежели какъ то бываетъ при преходящихъ оборотныхъ отношеніяхъ. Всякое общество имѣетъ по этому важную публично-правовую сторону, которая, какъ то бываетъ при нравственныхъ и юридическихъ лицахъ (§ 23) имѣетъ различное значеніе, въ облеченіи правами и обязанностями, смотря по различію общественныхъ отношеній. Общество, относительно его дѣятельности или управленія не можетъ быть сравниваемо съ отдѣльнымъ частнымъ лицемъ, относительно его частнаго самоназначенія. Что за послѣднимъ признается изъ уваженія къ принципу свободы и вслѣдствіе трудности контроля и различія между нравственнымъ и безнравственнымъ, не допускается часто въ обществѣ, администрація котораго вообще подлежитъ общественному контролю и должна охраняться государственнымъ присутственнымъ мѣстомъ.

3. Каждое общество имѣетъ свою конституцію (статуты) и администрацію. Древнее правило «Pactionem quam sibi velint ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant» справедливо охраняетъ автономію и публичный интересъ. Но не слѣдуетъ забывать, что при настоящихъ видахъ конституцій общество часто совсѣмъ не основывается на дѣйствительномъ договорѣ всѣхъ членовъ, а образуется *так. наз.* учредителями, къ которымъ присоединяются другіе (при выпускѣ акцій). Для государства однако существенно важно то, чтобъ общество утратило свой характеръ, выражающійся, если не равнымъ, то соотвѣтственнымъ облеченіемъ всѣхъ членовъ, посредствомъ открытыхъ и скрытыхъ олигархическихъ конституціи и администраціи, гдѣ отвѣтственность, общественный надзоръ и постановленіе рѣшеній являются пустыми словами, при чемъ, имѣющія многоразличное примѣненіе, акціи даютъ владѣльцу ихъ важное преимущество. До тѣхъ поръ пока въ этомъ отношеніи не сдѣлано будетъ существеннаго ограниченія, всѣ другія опредѣленія и мѣры будутъ недостаточны и большее вліяніе правительства, хотя и противорѣчащее основнымъ принципамъ, но вытекающее изъ его права утвержденія постановленій и рѣшеній общества, остается единственнымъ предохранительнымъ средствомъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ на правительствѣ лежитъ обязанность охранять въ конституціи и администраціи общества res и lex publica.

4. Но между обществомъ и лицами, установленными имъ и содѣйствующими достиженію его цѣли, возникаетъ болѣе тѣсное и постоянное отношеніе, о которомъ нельзя судить по простому Римскому договору найма слугъ, а слѣдуетъ напротивъ разсматривать, согласно съ нѣмецко-правовымъ воззрѣніемъ и гуманностью. Этотъ вспомогательный персоналъ обязанъ съ особенною тщательностію заботиться о сохраненіи общественныхъ интересовъ, а съ увеличеніемъ общества возрастаетъ и объемъ его нравственно-правовыхъ обязанностей. Каждое значительное имущественно-правовое общество должно быть принуждаемо по

праву къ основанію пенсіонныхъ кассъ, а по возможности и къ учрежденію кассъ для вдовъ, сиротъ, больныхъ и т. д. (см. стр. 331. Примѣчаніе).

5. Не теорія римской societas, при возникновеніи которой, равно какъ и уничтоженіи имѣли вѣсъ лишь произволъ договаривающихся и субъективная индивидуальность ихъ, при чемъ не брались въ расчетъ отношенія объективныя, а нѣмецко-правовое понятіе корпораціи или *товарищества* должно найдти примѣненіе, хотя бы сначала и не въ полномъ его объемѣ. По этому-то преимущественно удобопримѣнима нравственно-правовая организація, бывшая въ цѣхахъ, и въ главнѣйшихъ чертахъ приличная нашему времени форма свободной ассоціаціи.

6. Всѣ общества съ постоянною или продолжительною цѣлью должны бы являться также членами одного *сословнаго* товарищества, которые бы внутри были организованы по мѣстнымъ дѣленіямъ (по общинамъ, округамъ, уѣздамъ) и по главнымъ отраслямъ труда или занятій въ опредѣленныхъ судебныхъ мѣстахъ: камерахъ, совѣтахъ, судахъ, съ обязанностію хранить честь, права и обязанности сословія, руководить его дѣлами и наблюдать за нравственно-правовымъ устройствомъ всѣхъ отдѣльныхъ товариществъ, или корпорацій. Высшей же инстанціей съ правомъ контроля и суда должно быть государственное учрежденіе.

III. Дѣленіе обществъ вообще хотя и совпадаетъ съ дѣленіемъ нравственныхъ или юридическихъ лицъ, такъ какъ всякое общество представляетъ совокупность лицъ, опредѣляемую цѣлью, однако не всякое юридическое лице (напр. какое нибудь учрежденіе съ благотворительною цѣлью) есть общество. Полно и точно общества дѣлятся: 1) по степенямъ и сферамъ личности въ обществахъ, обнимающихъ собою человѣческую личность по всѣмъ существеннымъ цѣлямъ: общества-*личности*. Сюда относятся бракъ, семейство, община, народъ, народы и человѣчество. Въ частномъ правѣ обыкновенно разсматриваются только бракъ и семейство, но и община имѣетъ свою частно-правовую сторону, равно какъ и народное общество въ государствѣ, какъ фискъ, и даже общество народовъ (частное между-народное право, см. стр. 187 и книги IV. II.). Вслѣдствіе преобладанія публично-правовой стороны въ послѣднихъ трехъ обществахъ частное право соединяется съ публичнымъ. 2) Второе основаніе дѣленія есть различіе, существующее между *главными жизненными цѣлями*: общества съ опредѣленными цѣлями, изъ которыхъ каждое преслѣдуетъ *одну* только цѣль, хотя и въ необходимой органической связи со всѣми остальными существенными цѣлями, и имѣетъ частно-правовую и публично-правовую стороны. Сюда относятся общества: a) съ *религіозными цѣлями* и въ особенности постоянныя и обширныя церковныя общины или *церкви*; b) съ *правовою* цѣлью: правовое общество или *государство*, заключающее кромѣ того въ себѣ другія преходящія общества, направленныя къ достиженію чисто-правовыхъ цѣлей, на тотъ или другой интересъ частнаго или публичнаго правоваго состоянія; c) съ *гуманною* и *нравственною* цѣлью; d) съ цѣлью *искусства*, *науки* и *преподаванія*; e) съ *экономическими цѣлями* (земледѣлія, промышленности, торговли, потребленія). Послѣднія общества, кромѣ церкви и государства, должны бы быть подчинены главнѣйшимъ *сословіямъ*, *организованнымъ* корпораціонно *по главнѣйшимъ цѣлямъ жизни*.—Отдѣльныя общества, какъ и вообще правовыя отношенія, можно раздѣлить на *этически-правовыя* и *имущественно-правовыя*. Разсмотримъ здѣсь послѣднія вообще.

IV. Объ *экономическихъ* или *имущественныхъ обществахъ въ особенности*. Экономическія общества находятъ примѣненія не только въ области торговли, куда они обыкновенно относятся торговымъ правомъ, но также и въ области первообразнаго производства (по тремъ царствамъ природы), техническихъ промысловъ и даже въ сферѣ потребленія (напр. въ сдѣлавшихся въ новѣйшее время столь важныхъ обществахъ потребленія). Всѣ имущественныя общества (все равно будетъ ли имущество экономическою цѣлью, или средствомъ къ достиженію высшей цѣли) существенно подраздѣляются, смотря по *отвѣтственности* ихъ членовъ на три вида. Послѣдніе суть: 1. *Коллективныя* или открытыя общества, гдѣ каждый участникъ отвѣчаетъ всѣмъ своимъ имуществомъ (хотя бы только часть послѣдняго была вложена въ общество); существуютъ впрочемъ *фирмы*, посредствомъ которыхъ общество представляется какъ одно цѣлое, облегчается управленіе и гарантируются по возможности третьи лица, заключающія съ обществомъ договоры. 2. Вторымъ видомъ будетъ *коммандитное общество*, въ которомъ отвѣчаютъ всѣмъ своимъ имуществомъ управляющіе обществомъ, другіе же участники только вложенною ими частью. 3. Третій видъ представляютъ *акціонерныя общества*, въ которыхъ каждый членъ участвуетъ лишь по мѣрѣ обязанностей, опредѣляемыхъ взятыми имъ долями (акціями).

Акціонерное общество, которое, вслѣдствіе чрезвычайнаго распространенія машинъ и всѣхъ оборотныхъ отношеній, сдѣлалось необходимою общественною формою и вмѣстѣ съ тѣмъ могущественнѣйшимъ двигателемъ для достиженія значительныхъ народно-хозяйственныхъ результатовъ, скрываетъ въ своей своеобразной формѣ возможность большихъ частно-правовыхъ неудобствъ. Съ отсутствіемъ имущественной отвѣтственности, по крайней мѣрѣ директоровъ, утратилась важная нравственная и правовая гарантія осмотрительнаго управленія дѣлами общества; злоупотребленія возрасли еще болѣе вслѣдствіе введенія совершенно противорѣчащихъ понятію общества *акцій* на владѣльца (гдѣ аналогія *долговыхъ документовъ* нашла совершенно извращенное примѣненіе) ([114]).

V. *Право* обществъ есть совокупность нормъ, обусловливающихъ общества въ ихъ возникновеніи, существованіи, дѣятельности, уничтоженіи и отношеніи всѣхъ ихъ частей. Это право будетъ также *внутреннимъ*, регулирующимъ внутреннія отношенія общества, права и обязанности членовъ, установленіе администраціи и отношеній ея къ всему обществу и т. д.; и *внѣшнимъ*, регулирующимъ *внѣшнія* отношенія общества, частію къ государственной власти, частію къ публикѣ. Право обществъ имѣетъ не только *частно*-правовую, но и *публично*-правовую сторону. Первая обнимаетъ все, что можетъ регулиро-

---

([114]) Чрезъ это именно съ одной стороны дается слишкомъ большое мѣсто биржевой *игрѣ*, съ другой же превращаются въ иллюзію контроль и отчетность предъ генеральнымъ собраніемъ, гдѣ вдругъ цѣлыя сотни на 2 дня могутъ вступить въ общество для того, чтобъ быть въ рукахъ другихъ машинами, подающими голоса. Уничтоженіе *акцій* (не долговыхъ свидѣтельствъ) отъ владѣльца является средствомъ, предписываемымъ правомъ, нравственностью и истиннымъ народно-хозяйственнымъ интересомъ. Средствомъ этимъ нисколько не стѣснится серьезный, и въ другихъ отношеніяхъ связанный съ формами оборотъ (такъ какъ покупатель, серьезно задумавшій принять участіе въ обществѣ посредствомъ акцій, легко согласится на подчиненіе извѣстнымъ формальностямъ, напр. внесенію акцій въ общественную книгу); этимъ уничтожится лишь страсть къ пріобрѣтенію посредствомъ игры. См. также *мою* Rechtsphilosophie S. 564, въ первомъ изданіи (1839) которой я указалъ уже на эти недостатки (ср. стр. 722. Прим. 3).

ваться внутри и внѣ общества посредствомъ его *автономіи*; вторая касается права государства и общихъ публичныхъ интересовъ, подлежащихъ его охраненію, вслѣдствіе которыхъ долгомъ государства является охраненіе не только правильныхъ взаимныхъ отношеній между собою и обществами, равно какъ между послѣдними и публикой, но и общаго интереса опредѣляемаго цѣлью общества. Государство по этому должно установлять въ общемъ *законп*, касательно обществъ основныя условія для регулированія этихъ отношеній, а вмѣстѣ съ тѣмъ на пути администраціи при образованіи каждаго общества обратить вниманіе и на то, какія условія въ общемъ интересѣ слѣдуетъ опредѣлить при особенныхъ отношеніяхъ (напр. при желѣзныхъ дорогахъ — линіи ихъ, тарифъ, мѣры обезпеченія, условія, опредѣляемыя стратегическими соображеніями). Особенно при значительныхъ имущественныхъ обществахъ именно акціонерныхъ, государство должно твердо держаться выводовъ изъ того основнаго положенія, что оно допускаетъ такія общества лишь съ дѣйствительно экономическими цѣлями, слѣдовательно для различнаго рода *труда* (первообразнаго производства, промысловъ, торговли) чѣмъ воспрещаются въ обществѣ всѣ занятія, которыя скрытно или открыто заключаютъ въ себѣ простую *игру*, такъ какъ общества нельзя никакъ сравнивать съ отдѣльными лицами и за послѣдними, вслѣдствіе трудности контроля, можетъ быть многое признано, что не позволительно въ обществахъ ([115]).

Переходимъ къ *отдѣльному частному праву*, или праву отдѣльныхъ жизненныхъ сферъ, которое въ полномъ развитіи и изложеніи можно подраздѣлить 1. на *основное право личности*, брака и семейства (общины, общества народа, народовъ) и 2. на право дѣятельныхъ союзовъ или *сословій*; потому что всѣ, изложенныя въ частномъ правѣ, правовыя отношенія, находятъ въ каждомъ членѣ этихъ двухъ сферъ жизни своеобразное, опредѣленное примѣненіе. Здѣсь мы должны ограничиться брачнымъ и семейнымъ правомъ.

---

(115) Безъ всякаго сомнѣнія одно изъ самыхъ ненавистныхъ явленій въ новѣйшихъ биржевыхъ злоупотребленіяхъ, есть то, когда общества, какъ то легко выясняется изъ частаго измѣненія эффектовъ вслѣдствіе продажи и купли, большую часть прибыли извлекаютъ изъ спекуляцій на hausse и baisse. См. объ франц. credit mobilier. умѣренную и вмѣстѣ съ тѣмъ превосходную статью въ Revue des deux mondes 1856, p. 630; изъ нея видно, что въ 1854 г. $\frac{1}{5}$ дивиденда вытекли изъ подобныхъ биржевыхъ операцій.

ОТДѢЛЕНІЕ II.

ОСОБЕННОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО ИЛИ ПРАВО ОТДѢЛЬНЫХЪ СФЕРЪ ЖИЗНИ И СОСЛОВІЙ.

ГЛАВА I.

Частное право сферъ личности ([116]).

§ 49. *Брачное и семейное право.*

Семейное право обнимаетъ собою четыре существенныя отношенія, брачное, отношеніе родителей къ дѣтямъ и обратно, отношеніе опекунства, служащее дополненіемъ къ родительскому попеченію о дѣтяхъ, и хозяйственныя отношенія, или имущественныя отношенія.

I. Бракъ и брачное право ([117]).

Бракъ есть свободно заключенный союзъ между двумя лицами различнаго пола, съ цѣлію самаго тѣснаго исключительнаго жизненнаго общенія и вытекающихъ отсюда особенныхъ жизненныхъ отношеній ([118]). Отъ всѣхъ другихъ общественныхъ союзовъ онъ отличается тѣмъ, что существуетъ не ради одной какой либо и особенной или многихъ отдѣльныхъ цѣлей, а обнимаетъ собою всѣ цѣли, заключающіяся въ полнотѣ человѣческой личности. Самъ по себѣ уже проявленіе божественной воли въ природѣ, принадлежа съ одной стороны къ естественному порядку, бракъ съ раннихъ поръ у всѣхъ болѣе развитыхъ народовъ имѣлъ связь съ религіей, и нравственное его достоинство у этихъ народовъ уже выразилось въ моногаміи, но правильный взглядъ на все нравственное и религіозное значеніе брака принадлежитъ христіанству.

---

(116) Краузе въ своей философіи права на право отдѣльнаго человѣка смотритъ какъ на высшій членъ отдѣльныхъ сферъ жизни и систематически долженъ бы былъ начать съ него и особенное частное право, такъ какъ отдѣльный человѣкъ является во всѣхъ отношеніяхъ развитыхъ въ об. част. правѣ. Но все, необходимое для энциклопедическаго обозрѣнія, изложено нами въ общ. личномъ правѣ.

(117) Въ видѣ дополненія къ этому краткому изложенію, я укажу на *мое* соч. Rechtsphilosophie, S 571—606 и *Röder's* Grundzüge des Naturrechts, S. 351—394.

(118) Достойно смотря на бракъ, римское право l. 1, D. 23, 2. говоритъ: Nuptiæ sunt conjuctio maris et foeminæ et consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio. § 1, I. 1, 9. Matrimonium est viri et mulieris conjunctio individuam vitæ consuetudinem continens.

Но такъ какъ въ этической сущности брака соединены всѣ стороны, отношенія и цѣли человѣческой жизни, то его слѣдуетъ разсматривать и во внѣшнемъ его проявленіи по всѣмъ существеннымъ сторонамъ, предоставивъ каждой сторонѣ ея право, согласно съ условіями, поставляемыми ею. Отъ этаго многоразличія отношеній происходитъ не мало затрудненій въ практической разработкѣ института брака; но затрудненія эти слѣдуетъ разрѣшать посредствомъ внутренняго примиренія различныхъ требованій, а никакъ не отбрасывать ихъ отчасти или совсѣмъ, руководясь односторонней точкой зрѣнія. Главнѣйшими руководящими точками зрѣнія должны быть слѣдующія:

A) Дѣломъ первой важности является полное усвоеніе этической сущности брака, являющейся мѣриломъ при обсужденіи всякаго права; ибо брачное право, установляющее условія *вступленія, бытія, и уничтоженія* брачнаго отношенія, основаніемъ своимъ должно имѣть всѣ привходящія сюда естественныя, нравственныя и религіозныя отношенія. Законодатель, каковъ бы онъ ни былъ, долженъ поэтому при положительныхъ установленіяхъ руководиться тѣмъ убѣжденіемъ, что рѣшающимъ агентомъ должны быть здѣсь не произволъ, соглашеніе или требованіе большинства, а природа отношеній и, что̀ весьма важно, по возможности скоро измѣненіемъ уничтожить ложное воззрѣніе, проявившееся въ видимыхъ послѣдствіяхъ. Природа отношеній и здѣсь является болѣе могущественной, нежели человѣческое опредѣленіе. Конечно и послѣднее можетъ быть довольно долго поддерживаемо вопреки первой, но это будетъ способствовать лишь къ внутреннему разрушенію отношеній.

B) *Правовая* сторона брачнаго отношенія должна опредѣляться не только различными видами привходящихъ въ него *отношеній*, но также и *положеніемъ личности*, занимаемымъ ею какъ по отношенію къ самой себѣ, такъ и къ общественному порядку.

1) *Видами* существенныхъ отношеній опредѣляются слѣдующія условія: a) физическое, какъ возрастъ, здоровье и физическая (половая) способность; b) физическо-нравственное, какъ кровное родство; c) нравственное, какъ добровольное согласіе, вѣрность; d) религіозное, какъ освященіе отношенія прежде всего внутреннимъ религіознымъ сознаніемъ и вѣрою, а потомъ религіозными формами.

2) Согласно съ мѣстомъ, занимаемымъ личностію, прежде всего слѣдуетъ обращать вниманіе на *частно-правовою* и *публично-правовую* сторону брачнаго отношенія.

a) *Частно-правовая* сторона, касающаяся объема самоопредѣленія и основывающейся на немъ брачной жизни, коренится въ нравственной личности, являющейся основою всего отношенія и подлежащей охраненію во всѣхъ законныхъ установленіяхъ. Бракъ существуетъ въ видахъ всесторонняго пополненія жизни личности; личное начало является соединяющею, поддерживающею или ослабляющею связью отношенія; но глубочайшимъ корнемъ личности будетъ разумно-нравственная свобода, которая во всѣхъ отношеніяхъ должна охраняться правовымъ самоопредѣленіемъ. Частно-правовая сторона заявляетъ себя при вступленіи въ бракъ свободнымъ самоопредѣленіемъ, во время самаго брака въ самостоятельномъ, не нарушающемъ этической сущности брака, регулированіи условій личныхъ и имущественно-правовыхъ отношеній, равно какъ и въ самостоятельномъ сужденіи о томъ, нарушены или нѣтъ существенныя условія (напр. супружеская вѣрность), слѣдуетъ ли вообще начинать искъ или нѣтъ,

въ самостоятельности воспитанія дѣтей, и въ особенности въ областяхъ, относящихся прежде всего къ нравственному убѣжденію,—короче въ самостоятельной, внутренней жизни, вступать въ которую, нарушая право личности, не должна и не смѣетъ никакая власть.

b) *Публично-правовая* сторона представляется главнымъ образомъ государствомъ, а также и церковью, которая равнымъ образомъ есть публично-правовая община (см. книгу IV). *Государство* прежде всего должно поддерживать и охранять отъ отягчающихъ, или подавляющихъ формъ обще-человѣческое, этическое существо брака, такъ какъ оно сложилось у развитыхъ народовъ (Грековъ, Римлянъ, Германцевъ) прежде, нежели возникла христіанская церковь, и остающееся до сихъ поръ основаніемъ во всѣхъ христіанскихъ вѣроисповѣданіяхъ. Государство должно сформулировать естественныя условія какъ относительно возраста, соображаясь съ климатическими свойствами страны, относительно условій естественно-нравственныхъ, какъ родства напр., провести внѣшнюю черту ограниченія, равно какъ и позаботиться объ публичности при заключеніи брака путемъ религіознымъ, или въ другой какой формѣ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, государство обязано регулировать взаимныя отношенія при бракахъ различныхъ вѣроисповѣданій, согласуясь съ условіями, дѣлающими возможнымъ равноправное, свободное и мирное совмѣстное существованіе ихъ. Различныя *церковныя общины* могутъ, впрочемъ, и съ точки зрѣнія своего вѣроисповѣданія установлять условія всѣхъ брачныхъ отношеній, которыя отчасти совпадаютъ съ условіями установленными государствомъ, отчасти же могутъ быть или болѣе ограничивающими, или болѣе обширными, въ извѣстныхъ не многихъ случаяхъ. Но ни одна церковная община самовольно не можетъ соединять съ этими условіями внѣшнихъ правовыхъ слѣдствій, выходящихъ изъ круга религіозной общины, или не *свободно* принимаемыхъ религіозною вѣрою и сознаніемъ; ибо только государство, какъ всеобщій правовой порядокъ, можетъ *внѣшними* средствами и послѣдствіями, отчасти принужденіемъ, поддерживать и сохранять условія, вытекающія изъ общей сущности брака.

Вслѣдствіе такого отношенія брака къ государству и церкви, при столь шаткомъ до сихъ поръ и въ наукѣ и въ жизни отношеніи между этими двумя жизненными порядками, въ новѣйшее время возникла между ними борьба, напоминающая прежде бывшую, изъ за регулированія брачнаго отношенія. Для рѣшенія этой борьбы представляются двѣ системы, изъ которыхъ каждая имѣетъ свои выгоды и неудобства и потому каждая, смотря по обстоятельствамъ и всѣмъ жизненнымъ отношеніямъ государства, можетъ быть *политически* болѣе цѣлесообразною, нежели другая. Первая система, за которой, если только она будетъ примѣнена съ истиннымъ вниманіемъ ко всѣмъ существеннымъ отношеніямъ, должно *по принципу* признать преимущество — есть *примиряющая* система, по которой государство отчасти какъ защитникъ частно-правовой личности и ея свободной нравственности, отчасти какъ охранитель историческимъ путемъ пріобрѣтеннаго образованія и общественныхъ правовъ, равно какъ и вслѣдствіе другихъ публичныхъ цѣлей, уравниваетъ и соглашаетъ вытекающія отсюда правовыя требованія съ требованіями церкви, посредствомъ договора (конкордатъ) и свободнаго самоопредѣленія, такимъ образомъ, что признаетъ существенныя, признанныя имъ справедливыми, церковныя требованія, требованіями закона. Впрочемъ, при регулированіи этаго, касающагося одного изъ самыхъ внутреннихъ жизненныхъ отношеній, важнаго и труднаго воп-

роса, слѣдуетъ обращать должное вниманіе и на развитое общественное мнѣніе, при чемъ государства съ представительными формами могутъ представить не маловажную формальную гарантію. *Вторая* система, основанная на принципѣ абстрактнаго раздѣленія церкви и государства, по крайней мѣрѣ въ этомъ вопросѣ, привела къ институту *гражданскаго брака*, нашедшаго полное примѣненіе въ Бельгіи и сѣв. Америкѣ, и нѣсколько ограниченное во Франціи (такъ какъ здѣсь гражданскимъ закономъ признана нерасторгаемость католическихъ браковъ, чего нѣтъ въ Бельгіи); эта система совершенно согласуется со всѣмъ политическимъ созерцаніемъ упомянутыхъ странъ и своею простотою представляетъ многія удобства. Въ новѣйшее время система эта, при снова возникающихъ старыхъ и новыхъ затрудненіяхъ, разсматривалась какъ простѣйшій способъ устраненія ихъ, который однако самъ по себѣ является не совсѣмъ удовлетворительнымъ. Вообще, при регулированіи всего отношенія, начиная съ возникновенія его и до расторженія, всегда будетъ весьма важнымъ найти путь средній, потому что какъ слишкомъ слабое, такъ и слишкомъ строгое обращеніе съ нимъ легко ведетъ или къ уничтоженію нравственнаго элемента въ самомъ отношеніи, или къ другимъ безнравственнымъ отношеніямъ.

До сихъ поръ слишкомъ много занимались условіями вступленія и расторженія брака, обращая слишкомъ мало вниманія на жизнь *въ* бракѣ и *во время* брака, для охраненія которой общія опредѣленія гражданскаго права являются по большей части слишкомъ обширными, суды же—слишкомъ безсильными. Для защиты противъ несправедливости и грубости, которымъ подвергается слабѣйшій полъ въ бракѣ, можно бы было позаботиться посредствомъ учрежденія *семейнаго совѣта* (но совершенно въ иной формѣ, нежели во Франціи), предметомъ котораго бы прежде всего были не значительныя жалобы.

II. Отношеніе родителей къ дѣтямъ, отношеніе въ высшей степени этическаго свойства, проявляетъ свою правовую сторону въ правахъ и обязанностяхъ по поводу заботливости, воспитанія, авторитета, почтенія и послушанія. Эта правовая сторона регулируется въ законахъ различнымъ образомъ и заявляется частію посредствомъ права принужденія и наказанія въ извѣстныхъ границахъ, частію же посредствомъ жалобъ, приносимыхъ судьѣ, на превышеніе и нарушеніе права. И эти отношенія ближайшую защиту свою могли бы найти въ семейномъ совѣтѣ.

III. *Опекунство*, существенно замѣняющее попеченіе отеческое, въ особенности при представительствѣ несовершеннолѣтняго въ правовыхъ отношеніяхъ и въ управленіи его имуществомъ, имѣетъ нѣмецко-правовое основаніе, которымъ существенно было измѣнено римское право при его усвоеніи. Римское различіе между tutela impuberum и cura minorum исчезло. Опекунство, которое можетъ опредѣляться закономъ, завѣщаніемъ, судомъ, равно какъ и договоромъ имѣетъ то же *частно-правовую* и *публично-правовую* стороны; послѣдняя развилась преимущественно германскимъ институтомъ верховнаго опекунства со стороны государства.

IV. *Относительно имущественнаго права супруговъ* существуютъ въ настоящее время системы выше обозначенныя (ст. 311).

§ 50. *Наслѣдственное право.*

Наслѣдственное право всего приличнѣе относить къ праву семейному, частію потому что семейное наслѣдственное право есть самое естественное, частію

потому, что въ наслѣдственномъ правѣ по завѣщанію отношенія и обязательства къ близкимъ весьма важны.

I. *Наслѣдственное право вообще.* Наслѣдственное право вообще регулируетъ условія, при которыхъ имущество умершаго во всей его цѣлости (по рим. пр.), или по отдѣльнымъ, содержащимся въ этомъ имуществѣ предметамъ (по древне-германскому праву стр. 312), или въ обоихъ отношеніяхъ переносится на другія лица. Наслѣдственное право *настоящаго времени*, какъ общее, такъ и принятое въ новѣйшихъ законодательствахъ, есть смѣсь римскихъ основныхъ положеній съ нѣмецко-правовыми, при чемъ послѣднія послужили дополненіемъ и измѣненіемъ первыхъ.

Философско-правовое основаніе ([119]) наслѣдственнаго права въ его обѣихъ главныхъ формахъ наслѣдованія по закону и по завѣщанію, опровергаемыхъ прежнимъ естественнымъ правомъ, слѣдуетъ видѣть: для первой формы въ *внутреннемъ семейномъ союзѣ*, въ совмѣстной жизни и часто совмѣстномъ пріобрѣтеніи, въ естественной склонности, равно какъ и въ нравственно-правовой *обязанности* попеченія, которое по смерти должно удерживать матеріальное основаніе въ имуществѣ; для второй формы—въ правѣ самоопредѣленія индивидуальной личности, относительно ея имущества, въ правѣ, которое она въ жизни своей часто заявляла дѣйствіями, выходящими изъ предѣла человѣческой жизни, и которое она, слѣдовательно, для опредѣленныхъ цѣлей, обдуманно, разумно можетъ заявить и на случай смерти; въ послѣднемъ случаѣ она подвергается нравственно-правовой, охраняемой закономъ, отвѣтственности относительно близкихъ, по системѣ дѣленія обязанностей. Право наслѣдованія по закону, въ томъ видѣ, въ какомъ оно существовало у Римлянъ и Германцевъ, имѣетъ болѣе глубокое естественное основаніе, нежели наслѣдованіе по завѣщанію, и ложенъ, крайне индивидуаленъ взглядъ, напоминающій позднѣйшее римское воззрѣніе, по которому наслѣдованіе по закону выводятъ (какъ-то дѣлаетъ и *Савиньи*, System I, §. 57) изъ молчаливаго согласія умершаго, и смотрятъ на него, какъ на предполагаемое завѣщаніе. *Договорное* наслѣдованіе, развившееся въ позднѣйшемъ нѣмецкомъ правѣ, столь любимое старымъ естественнымъ правомъ (вслѣдствіе наклонности его вообще къ договорной формѣ), покоится на самыхъ плохихъ основаніяхъ; римское право отвергало эту форму, Австр. и Франц. законодательства допустили ее лишь въ брачныхъ договорахъ, Прусск. З. Пр. удержало ее безъ послѣдняго ограниченія.

II. *Виды наслѣдственнаго права.* 1) Прежде всего слѣдуетъ различать *общее* гражданское наслѣдственное право отъ наслѣдственнаго права для особенныхъ отношеній и *сословій* (напр. дворянства, крестьянскаго сословія см. стр. 313). 2) Относительно оставшагося имущества, наслѣдованіе бываетъ *общимъ*, когда оно касается всего оставленнаго имущества, или дробей его (Quote), или *отдѣльнымъ*, когда оно обнимаетъ собою лишь отдѣльные предметы наслѣдства. Затѣмъ, при завѣщаніи собственно приличнѣе всего отличается наслѣдникъ отъ простаго уполномоченнаго (легатарія) (такъ Oesterr. G. B. §. 532). Смотря по *правовому основанію*, наслѣдственное право будетъ наслѣдственнымъ правомъ по закону, или по завѣщанію и договорнымъ наслѣдственнымъ правомъ.

([119]) См. мою Rechtsphilosophie, S. 600; *Röder*, Naturecht S. 289.

III. Важно *отношеніе*, въ которомъ находятся другъ къ другу право наслѣдованія по закону и по завѣщанію (куда присоединяется и договорное) въ положительномъ правѣ. Въ римскомъ правѣ завѣщаніе является предметомъ первой важности, такъ что наслѣдованіе по закону допускалось лишь въ крайнихъ случаяхъ, между тѣмъ какъ по германскому воззрѣнію основаніемъ является наслѣдственное право по закону и наслѣдники по закону разсматриваются какъ главные наслѣдники, права которыхъ даже и *при* завѣщаніи, если только оно касается не всего имущества, сохраняютъ полную силу. Съ этимъ находится въ тѣсной связи то, что римское основное правило: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, въ которомъ и выражалось несоединимость наслѣдованія по закону и по завѣщанію относительно одного и того же наслѣдства, уничтожено вліяніемъ нѣмецкаго обычая, какъ во многихъ мѣстныхъ правахъ, такъ и въ новѣйшихъ законодательствахъ, хотя въ Pr. L. R. и Oesterr. G. B. наслѣдственное право по завѣщанію занимаетъ первое мѣсто.

IV. При наслѣдованіи по закону прежде всего имѣетъ важность *порядокъ наслѣдованія*. Въ общемъ правѣ послѣдній регулируется 118-й новеллой, въ которой Юстиніанъ, устранивъ старое различіе между агнатами и когнатами, обратилъ вниманіе, въ выгодахъ кровнаго родства, только на *близость* послѣдняго. Впрочемъ, эта новелла болѣе или менѣе измѣнена нѣмецкимъ обычаемъ. Вообще римскій правовой порядокъ наслѣдованія въ пользу внука и правнука принятъ и въ пользу дѣтей братьевъ. Австрійское законодательство, на основаніи нѣмецко-правоваго воззрѣнія на порядокъ родства, установило послѣдовательную систему, ограниченную шестью ближайшими линіями (Parantelen), при чемъ конечно линія оставившаго наслѣдство образуетъ первую линію; система эта и на практикѣ доказала свое достоинство.

V. При *завѣщаніи* необходимыми условіями являются: 1) способность завѣщать, testamenti factio завѣщателя; 2) опредѣленная форма акта, выражающаго послѣднюю волю; формы римскаго права многоразлично измѣнены новѣйшими законодательствами; 3) по римскому праву, несомнѣнное назначеніе *одного* или *многихъ наслѣдниковъ*, что́ однако (см. выше III) новѣйшими правами не требуется, какъ необходимое условіе; 4) обращеніе вниманія на наслѣдниковъ по закону и на обязанности завѣщателя, какъ-то опредѣляется 115-й новеллой, вмѣстѣ съ основаніями лишенія наслѣдства, что́ и было при усвоеніи римскаго права скоро принято.

VI. Относительно пріобрѣтенія открывшагося наслѣдства существуютъ двѣ вышеозначенныя (стр. 312) системы.

Примѣчаніе. Частное право *общины* ([120]), слѣдующее собственно за частнымъ правомъ семьи, въ этомъ краткомъ обзорѣ не будетъ излагаться отдѣльно; обыкновенно его представляютъ однимъ цѣлымъ съ публичнымъ правомъ общины, вслѣдствіе тѣсной связи обѣихъ областей. Частное право народа является главнымъ образомъ въ государствѣ, какъ имущественномъ владѣльцѣ, т. е., въ видѣ *фиска*. Частное же международное право есть столь важная отрасль международнаго права, что въ новѣйшее время, когда этому праву снова придали большее значеніе, оно получило отдѣльную обработку (см. книгу IV. Отд. II).

---

(120) Частное право общины хорошо и подробно изложено у *Блунчли*, d. Pr R. §. 37 и *Рейшера*, въ Zeitschrift für deut. R. Bd. XIV.

ГЛАВА II.

Особенное частное право дѣятельныхъ сферъ или сословій, организованныхъ по главнѣйшимъ цѣлямъ жизни.

§. 51 Сословныя различія, проявившіяся въ различныя эпохи нѣмецкой исторіи, въ настоящее время, по уничтоженіи всякаго рода несвободы и вслѣдствіе почти совершеннаго гражданскаго уравненія всѣхъ классовъ народа, имѣютъ въ частномъ правѣ весьма ограниченное значеніе. Даже *ленный быть* (о происхожденіи котораго см. стр. 263) освободился отъ лично-нравственныхъ отношеній, оставшись отчасти имущественно-правовымъ институтомъ, лишеннымъ внутренняго содержанія. Въ публичномъ правѣ напротивъ дворянство имѣетъ значеніе, обусловливаемое происхожденіемъ и всѣмъ соціальнымъ положеніемъ этаго класса; медіатизированному высшему дворянству актами германскаго союза 1815 г. пунк. 14 даны важныя привилегіи, въ особенности же гарантировано право на равное достоинство съ владѣтельными домами. Мѣсто прежнихъ сословій, опредѣлявшихся по большей части *рожденіемъ*, заступаютъ пріобрѣтающія все болѣе и болѣе важное значеніе сословія, организованныя, по *свободному избранію*, по главнѣйшимъ цѣлямъ жизни, или классы народа, *преимущественно* имѣющіе въ виду эти цѣли. Между такими сословіями, значительнѣйшими въ частномъ правѣ образовались экономическія сословія, вслѣдствіе громаднаго расширенія ихъ имущественныхъ интересовъ, между тѣмъ какъ сословіе ученыхъ и художниковъ, не смотря на то, что и для ихъ отношеній существуетъ особенное частное право (право изданія, запрещеніе перепечатанія, право союза, соотвѣтствующее ихъ отношеніямъ), имѣетъ главнымъ образомъ публично-правовое значеніе въ публичныхъ учрежденіяхъ (университетахъ, академіяхъ и школахъ) и далеко еще отъ истинной организаціи, къ которой стремятся сословія экономическія.

Для этихъ сословій существуетъ особенное частное право, посредствомъ котораго, на основаніи общаго частнаго права, остающагося въ свою очередь вспомогательнымъ правомъ, установляются особенные правовые институты и опредѣленія для особенныхъ жизненныхъ отношеній. Между частными правами экономическихъ сословій самое большее развитіе получило торговое право, меньше развито — право промышленности, всего же менѣе право земледѣлія, между тѣмъ и послѣднія заслуживаютъ болѣе обширной практической и научной обработки.

А) Въ правѣ особенныхъ сословій, организованныхъ по главнымъ цѣлямъ жизни вообще прежде всего слѣдуетъ указать на *публично-правовую* сторону.

Интересомъ публичнаго порядка является то, чтобы въ обществѣ трудъ и занятія не расчленялись между отдѣльными индивидуумами и чтобъ общественный порядокъ не являлся атомистическимъ, какъ простая совокупность отдѣльныхъ лицъ по ихъ случайнымъ и преходящимъ соединеніямъ, а чтобъ напротивъ общественный организмъ, одушевленный цѣлью человѣчества, для всѣхъ главныхъ цѣлей, какъ главныхъ функцій, имѣлъ постоянные, прочные общественные органы. Абстрактное, поощряемое индивидуалистическимъ римскимъ правомъ

направленіе къ свободѣ хотя и разрушило въ значительнѣйшемъ романскомъ племени (во Франціи) прежніе германскіе, корпоративные органы, цехи, корпораціи; но какъ скоро этотъ великій народъ рано или поздно принужденъ будетъ и въ этомъ отношеніи снова соединиться со своими историческими, германскими основаніями, важнѣйшею задачею нѣмецкихъ государствъ будетъ прежде всего избѣжаніе совершенно не нужныхъ, индивидуалистическихъ посредствующихъ ступеней, и, при устраненіи устарѣвшихъ, всюду стѣсняющихъ свободное развитіе труда цеховъ, поддержаніе *принципа* общественной организаціи и примѣненіе его къ *свободнымъ* сословіямъ и корпораціямъ. Предѣлы этой организаціи, въ видахъ публичнаго интереса, должны однако опредѣляться государствомъ. Основными чертами организаціи будутъ слѣдующія: 1) Всѣ лица, отправляющія какую либо экономическую отрасль труда, по возможно бо́льшей однородности труда и главнѣйшимъ группамъ, должны быть соединены въ одну *корпорацію* (которая при земледѣліи территоріально совпадаетъ съ сельскою общиной), члены которой избирали бы изъ своей среды *совѣтъ* корпораціи для наблюденія за всѣми общими правовыми, нравственными и экономическими интересами, который бы слѣдовательно былъ обязанъ споспѣшествовать экономическимъ интересамъ, надзирать за поведеніемъ отдѣльныхъ членовъ, наблюдать за порядкомъ и цѣлостностію, охранять честь корпораціи, управлять кассами для вдовъ, сиротъ, больныхъ, и проч. Каждая корпорація должна имѣть свой судъ (conseil des prudhommes). 2) Всѣ корпораціонные суды извѣстнаго *округа* находятся въ зависимости отъ *земледѣльческаго*, *промышленнаго* и *торговаго совѣтовъ*, имѣющихъ своимъ предметомъ регулированіе общихъ интересовъ и дѣлъ представляемыхъ ими корпорацій, обязанность выбирать изъ своей среды сословныхъ членовъ въ окружные земледѣльческіе, промышленные и торговые суды, въ которыхъ бы присутствовалъ съ правомъ голоса хоть одинъ ученый права, назначенный государствомъ, и которые бы, какъ знакомые съ дѣломъ, совѣщательные органы, стояли рядомъ съ политическими административными и судебными мѣстами. 3) Далѣе, всѣ земледѣльческіе, промышленные и торговые совѣты цѣлой части страны (провинціи) находятся въ зависимости отъ земледѣльческой, промышленной и торговой *камеры*, въ которую члены, опредѣленнымъ образомъ, выбираются подчиненными ей корпораціонными совѣтами и судами; обязанность и назначеніе такихъ камеръ состоитъ въ управленіи и охраненіи всѣхъ интересовъ отраслей въ цѣлой части страны. Но вслѣдствіе тѣсной связи интересовъ, тѣ три суда и послѣднія три камеры одной части страны, въ нѣкоторыхъ случаяхъ слѣдуетъ соединять въ одно общее собраніе. Камерами же и подчиненными имъ органами избираются также сословные члены въ земледѣльческіе, промышленные и торговые *суды* цѣлой части страны, въ которые правительствомъ назначается ученый юристъ секретаремъ или предсѣдателемъ. — Но можно ли соединить промышленные и торговые суды, это вопросъ спорный. Эту организацію относительно торговаго и промышленнаго сословій выполняли такимъ образомъ, что, согласно съ направленіемъ регулирующимъ все сверху, начинали съ высшаго расчлененія, забывая совершенно о развитіи низшаго, собственно говоря, самаго важнѣйшаго члена (какъ во Франціи), или совершенно отбрасывая его (какъ въ государствахъ нѣмецкихъ). Земледѣлія эта важная организація еще ни сколько не коснулась, и только одна его отрасль — горное производство отчасти подверглось такой организаціи. Съ небольшими измѣненіями организація эта примѣнима и къ умственнымъ сфе-

рамъ искуства и науки. Подобно тому какъ въ нѣкоторыхъ сословіяхъ, организованныхъ по сферамъ жизни, (напр. адвокатовъ, докторовъ), дисциплинарные совѣты и суды оказываются весьма полезными, эти учрежденія важны также и для всѣхъ другихъ сословій, занимающихся на поприщѣ литературы, журналистики и искуства, при чемъ требуется соотвѣтственное расчлененіе на корпораціи, которыя бы заботились объ общихъ интересахъ, о сохраненіи чести сословія и о различныхъ кассахъ для вспомоществованія, и которыя бы образовали важныя, поддерживающія порядокъ, нравственное и правовое состояніе, учрежденія, которыя, будучи низшею инстанціею, могутъ быть часто болѣе полезны, нежели предупредительные законы и обыкновенные суды. Вся эта организація должна быть изложена болѣе подробно въ публичномъ правѣ.

B) Разсмотримъ теперь преимущественно *частно-правовыя* отношенія организованныхъ по цѣлямъ жизни экономическихъ сословій ([121]).

I. Въ сословіи производителей сырыхъ матеріаловъ, работниковъ, обнимающемъ собою главнымъ образомъ *сельское хозяйство* и *горную промышленность*, вслѣдствіе необходимости отмѣненія всѣхъ отношеній подчиненности и полнаго, но разумнаго, примѣненія принципа свободы, совершились важныя измѣненія въ отношеніяхъ и правѣ сельскаго хозяйства. Эти измѣненія оказались весьма и по большей части благотворными для *вещной* стороны хозяйства, но для не менѣе важныхъ *личныхъ* отношеній грозятъ сдѣлаться все болѣе и болѣе неблагопріятными. Прежній порядокъ относительно поземельной собственности, основывавшійся на принципѣ стѣсненія ([122]), имѣлъ хоть то неоспоримое достоинство, что поддержалъ и сохранилъ здоровое и многочисленное крестьянское сословіе. Опасности же въ настоящее время проистекаютъ изъ односторонняго воззрѣнія на свободу, какъ на индивидуальный произволъ, и фактически проявляются въ произвольномъ дѣленіи, или лучше, разрушеніи крестьянскихъ имуществъ, въ разрушительномъ веденіи хозяйства (что относится преимущественно къ лѣсамъ); въ личномъ же отношеніи опасности эти заявляютъ себя въ произвольномъ дѣланіи долговъ, вслѣдствіе чего возникаетъ еще худшая и болѣе жосткая по послѣдствіямъ зависимость отъ капиталиста, нежели то было при прежнихъ отношеніяхъ. Прямой же интересъ государства заключается въ томъ, чтобъ въ немъ постоянно пребывало многочисленное и не покрытое долгами крестьянское сословіе. Для охраненія этого интереса необходимо соединеніе, столь ярко выдающагося и въ естественной жизни, принципа стѣсненія съ принципомъ свободы,—соединеніе, могущее совершаться въ различныхъ видахъ и съ перевѣсомъ того или другаго принципа. Регулированіе и ограниченіе въ сельскомъ хозяйствѣ можетъ главнымъ образомъ проявляться: 1. въ опредѣляемой различными соображеніями дѣлимости поземельнаго участка; 2. въ имѣющемъ съ послѣдней связь порядкѣ наслѣдованія поземельной собственности и въ способѣ удовлетворенія другихъ лицъ, имѣющихъ право наслѣдованія; 3. въ ограниченіи гипотекарныхъ долговъ; ибо на сколько важно то, чтобъ земледѣлію доступны были займы съ цѣлію улучшеній, поддержки и т. д., на столько же противно публичному интересу, когда, вслѣдствіе чрезмѣрнаго задолжанія, сословіе собственниковъ переходитъ въ сословіе временныхъ арендаторовъ или поденьщи-

---

([121]) Всего подробнѣе объ этихъ отношеніяхъ говоритъ *Mittermaier*, d. Privatrecht Bd. 2. Buch VI и VII, также *Beseler*, d. P. R. Bd. 3.

([122]) См. объ этомъ выше стр. 326—329.

ковъ ([123]). Такое ограниченіе однако возможно лишь при организаціи важнаго и въ другихъ нравственно-правовыхъ отношеніяхъ, института *семейнаго совѣта* (стр. 479) и сельской общины въ видѣ *корпораціи*, при которой было бы возможно, въ извѣстныхъ случаяхъ съ разрѣшенія высшаго начальства, выговорить принужденіе къ передачѣ собственности другимъ, конечно, опредѣленнымъ членамъ семейства. Но 4) регулированіе, вслѣдствіе неизбѣжно все болѣе и болѣе увеличивающихся арендныхъ отношеній, нельзя предоставить исключительно соглашенію партій, а напротивъ его слѣдуетъ установить, собразуясь съ лучшими экономическими отношеніями, равно какъ, имѣя въ виду обезпеченіе личныхъ отношеній, посредствомъ связующихъ законовъ, что̀ преимущественно относится къ болѣе продолжительному арендному сроку — (см. выше стр. 465). 5) Семейный фидеикомиссъ, новый продуктъ творчества германскаго духа, выработавшаго его еще въ теченіе 16-го и 17-го столѣтій на основаніи сродственнаго по дѣйствіямъ понятія о древне-германскомъ *родовомъ имѣніи*, отчасти въ связи съ римскимъ фидеикомиссомъ, отчасти же съ леннымъ правомъ ([124]), существенно способствовалъ къ сохраненію болѣе прочнаго имущественнаго порядка. Но если желаютъ, чтобъ болѣе обширное, нежели прежнее примѣненіе было благотворно и не сдѣлалось опаснымъ, вслѣдствіе чрезмѣрнаго предпочтенія нѣкоторыхъ членовъ семейства и слишкомъ значительнаго скопленія имуществъ въ однихъ рукахъ,—то слѣдовало бы, покрайней мѣрѣ при крестьянскихъ владѣніяхъ, измѣнить фидеикомиссъ такимъ образомъ, чтобъ въ общей собственности проявлялись также и отдѣльныя права общей экономіи и пользованія всѣхъ, имѣющихся на лицо, членовъ ([125]). 6. Наконецъ, въ будущемъ, хотя и не очень близкомъ, возможна ассоціація сельскаго хозяйства. Но здѣсь прежде всего, въ видахъ того, чтобъ работники не вступали въ одни только отношенія рабства, необходимо, чтобъ нѣмецкое понятіе о корпораціи (Genossenschaft) нашло болѣе строгое примѣненіе, нежели въ промышленности и торговлѣ, гдѣ движеніе и измѣненія въ лицахъ гораздо значительнѣе.—Вообще же при всѣхъ учрежденіяхъ, реформахъ и институтахъ въ области сельскаго хозяйства руководящимъ принципомъ должно оставаться германское воззрѣніе на поземельную собственность, по которому на послѣднюю слѣдуетъ смотрѣть не только съ точки зрѣнія отдѣльнаго лица и индивидуальной свободы, но также въ связи съ семейственнымъ и государственнымъ порядкомъ и соединенными съ послѣдними обязанностями ([126]).

([123]) Весьма основательно замѣтилъ недавно (въ маѣ 1857 г.) органъ правительства въ прусской палатѣ депутатовъ, когда многіе изъ ея членовъ требовали отъ государства (кромѣ существующихъ уже сельскохозяйственныхъ кредитныхъ институтовъ, дающихъ займы до половины стоимости) новыхъ кредитныхъ учрежденій: «не въ интересѣ государства, чтобъ померанскія рыцарскія владѣнія гуляли unter den Linden въ Берлинѣ.»—Справедливо замѣтилъ уже *Bernhard*, «über die Restauration des deutschen Rechts, insbesondere in Beziehung auf das Grundeigenthum,» München 1829, что «римская гипотека и римскій арендный контрактъ способны лишь къ тому, чтобъ высосавъ землю и земледѣльца, бросить ту и другаго.»

([124]) См. *Gerber*, «zur Lehre vom deutschen Familien-Fideicomisse,» въ Jahrbb. für Dogmatik, Bd. I. S. 52.

([125]) См. *мое* соч. Rechtsphilosophie S. 516. Тамъ я указалъ на описаніе, сдѣланное *Dupin* aîné въ Constitutionnel, одного сельско-хозяйственнаго семейственнаго союза, состоящаго изъ 36 членовъ, въ томъ видѣ, въ какомъ они существовали до революціи во многихъ областяхъ Франціи и изъ которыхъ изученный Дюпеномъ у Ste Saulge, силою обычая удержался, не смотря ни на революцію, ни на дѣленіе поземельной собственности.

([126]) Такъ и *Gerber*, ib. S. 60 говоритъ: «поземельная собственность въ Германіи никогда не слыла за право неограниченной свободы; она издавна связана была съ примѣсью къ

Право *горнаго производства*, касающееся горной промышленности, какъ отдѣльной отрасли производства сырыхъ матеріаловъ, прежде всего знаетъ лишь акціонерное общество подъ названіемъ *цеха* (Zeche), участники котораго называются *геверке* (Gewerke); рядомъ съ такимъ имущественно-правовымъ обществомъ существуетъ еще союзъ работниковъ, называющійся «Knappschaft.» Горное производство нуждается въ новомъ, трудномъ по выполненію регулированіи, котораго оно и достигло въ нѣкоторыхъ государствахъ ([127]).

II. *Частное право* обработывающаго матеріалъ, или *промышленнаго, сословія* было сначала также подчинено цеховому устройству; но, при необходимости уничтоженія послѣдняго, оно не должно разрѣшиться въ абстрактный, всесглаживающій, принципъ индивидуальной свободы, а напротивъ, должно быть преобразовано на основаніи выше обозначенной нами публично-правовой организаціи и согласно съ отношеніями, сильно измѣнившимися подъ вліяніемъ машиннаго производства. Въ промышленномъ сословіи слѣдуетъ различать *сословіе ремесленниковъ* и *сословіе фабричныхъ*, основывающееся на раздѣленіи труда при машинномъ производствѣ; основныя же положенія какъ для того, такъ и для другаго вообще одни и тѣже. Частно-правовыя основныя положенія касаются: 1) условій вступленія въ корпорацію по различнымъ степенямъ и видамъ, установленнымъ между членами, напр. подмастерьемъ или мастеромъ или болѣе свободно, подчиняясь меньшимъ условіямъ, распорядителемъ фабрики; 2) общаго регулированія отношенія между дающими работу и принимающими ее, равно какъ и отношенія учениковъ; регулированіе это не должно быть предоставляемо только частному произволу договаривающихся сторонъ, а требуетъ установленія, согласнаго съ основными условіями посредствомъ частно-правовыхъ нормъ; точно также и заключаемые договоры должны представляться въ совѣтъ корпораціи. При этихъ отношеніяхъ въ регулированіи нуждается преимущественно время работы женщинъ и малолѣтнихъ, изъ которыхъ при пріемѣ послѣднихъ вообще слѣдуетъ опредѣлить извѣстное число лѣтъ. 3) Далѣе слѣдуетъ установить условія самостоятельнаго выполненія промысла (достиженіе права мастерства, нравственно-правовое положеніе и т. д.) или фабричнаго производства, равно какъ и условія, при которыхъ многіе мастера и работники могутъ въ одной изъ трехъ формъ общества (см. выше стр. 474) сообща заниматься однимъ ремесломъ. 4) Наконецъ подлежатъ установленію условія прекращенія какого либо права промышленности. 5) Слѣдуетъ также опредѣлить посредствомъ публично-правовой организаціи корпораціонное попеченіе о вдовахъ, сиротахъ, неспособныхъ къ труду и больныхъ.

III. *Частное право* способствующаго обороту, или *торговаго, сословія*, вслѣдствіе многосторонняго соприкосновенія съ имущественными интересами и при его дѣятельности, часто выходящей за предѣлы государства, получило громадное развитіе. Но именно по причинѣ такого многосторонняго характера

ней особаго рода политическихъ или нравственныхъ обязанностей; она носила не только характеръ исключительнаго права, но еще болѣе — должности. Это является одною изъ самыхъ вліятельныхъ основныхъ идей нѣмецкаго права, которую можно прослѣдить во всемъ его развитіи, и которая не можетъ быть опущена при конструкціи нашего настоящаго права.»

([127]) Въ Австріи горнымъ уставомъ 1854 г.

въ новѣйшее время, какъ для вексельнаго права, сдѣлавшагося теперь въ нѣмецкихъ государствахъ общегражданскимъ правомъ, а уже не правомъ только торговаго сословія, такъ и для торговаго права, въ нѣмецкихъ государствахъ сознана потребность въ единичномъ, цѣлостномъ законодательствѣ ([128]).

Частное торговое право должно дать нормы: 1) Для отношеній *торговаго персонала*, подлежащаго также публично-правовой организаціи въ корпораціи. Торговый персоналъ заключаетъ въ себѣ, какъ отдѣльныхъ купцовъ, такъ и торговыя общества, лицъ замѣняющихъ кого либо изъ торговаго сословія (какъ факторы, commis voyageur) и вспомогательный персоналъ, именно приказчиковъ (комиссіонеровъ, маклеровъ), спедиторовъ, возчиковъ, судохозяевъ, бухгалтеровъ. 2. Для *правовыхъ* отношеній купеческаго *дѣлопроизводства* и именно съ одной стороны купеческой бухгалтеріи, съ другой—купеческихъ денежныхъ дѣлъ, при чемъ важное значеніе имѣютъ: кредитъ, покрытіе долговъ, уплаты различнаго рода. 3. Для различныхъ *видовъ* торговли, а именно: a) *прямой купли*, которая, въ свою очередь, раздѣляется на розничную и оптовую, при чемъ послѣдняя допускаетъ снова различныя видоизмѣненія; b) для торговли по комиссіи; c) фрахта, бывающаго α) сухопутнымъ и β) морскимъ, для котораго преимущественно и развивается морское право. Частное морское право, обыкновенно обработывающееся вмѣстѣ съ публичнымъ морскимъ правомъ ([129]), установляетъ нормы, касающіяся корабельной собственности (постройка, національность), управленія (судохозяинъ, матросы, журналъ), перевоза, въ особенности морскихъ поврежденій большими и малыми бурями и наконецъ безопасности и обезпеченія. d) Наконецъ книжная торговля образуетъ особенный видъ торговли и распадается на распродажу книгъ и изданіе.

IV. Что касается частнаго права прочихъ общественныхъ сословій, организованныхъ по цѣлямъ жизни, содержаніе котораго излагается въ соотвѣтствующихъ частяхъ публичнаго права, то здѣсь мы укажемъ лишь на тотъ важный основной принципъ, что выполненіе званія учителя, врача, чиновника, должно быть приведено въ зависимость отъ извѣстныхъ условій способности къ тому или другому званію, и противоположный практическій взглядъ нѣкоторыхъ странъ на всѣ эти отрасли званія (какъ въ С. Амер. Соедин. Штатахъ), или на нѣкоторыя изъ нихъ (во Франціи и Бельгіи исключеніе дѣлается для преподавателей, въ Женевѣ также и для прокуроровъ) есть лишь слѣдствіе абстрактнаго принципа свободы.

Примѣчаніе. Относительно гражданскаго процесса можно лишь указать на общія основныя положенія и историческій обзоръ (см. выше стр. 313).

---

(128) Прежнее торговое право лучше всѣхъ разработали: M. *Pöhls*, Darstellung des gemeinen und des Hamburgischen Handelsrechts 1828—1834. 5. Bde. H.; *Thöl*, das Handelsrecht. 3. Ausg. 1854. *Brinckmann*, das Handelsrecht, 1854. Важно также Французское торговое право *Pardessus*, Cours de droit commercial, éd. V. 1844. 6. vol.

(129) Новѣйшее хорошее изложеніе морскаго права принадлежитъ C. v. *Kaltenborn*, die Grundsätze des praktischen Europäischen Seerechts, besonders im Privatverkehre, 1851. 2. Bde. См. также довольно подробное *Mittermaier*'s Privatrecht.

КНИГА ЧЕТВЕРТАЯ

ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО.

ОТДѢЛЪ ПЕРВЫЙ

Государственное и общественное право [1]).

О СОВРЕМЕННОМЪ СОСТОЯНІИ ЭТОЙ НАУКИ И ОБЪ ЕЯ НЕОБХОДИМОЙ РЕФОРМѢ; ИЗЛОЖЕНІЕ ГЛАВНЫХЪ ОСНОВАНІЙ ЭТОЙ РЕФОРМЫ.

§ 1. *Руководящія начала.*

Настоящій историческій циклъ человѣческаго развитія въ жизни и въ наукѣ государства видимо клонится къ упадку. Существовавшая до сихъ поръ либеральная и конституціонная теорія, съ которою были связаны самыя благородныя надежды и напряженія столь многихъ достойныхъ силъ, не оправдалась при важныхъ политическихъ переворотахъ новѣйшихъ временъ, и оказалась, если и не совсемъ несостоятельною, то по крайней мѣрѣ недостаточною. Одни думаютъ, что съ паденіемъ этой теоріи падетъ и вся государственная жизнь, что усилятся опасности борьбы и попеременной побѣды между пустыми противорѣчіями самовольства массы и самовольства правителей, которая истребитъ наконецъ всю общественную жизнь. Другіе, напротивъ, видятъ въ этомъ паденіи только не-

---

(1) Объ общемъ государственномъ правѣ см. въ особенности сочиненіе *Р. ф. Моля*, такъ прекрасно знакомящее съ исторіей и литературой государственныхъ наукъ, подъ заглавіемъ: Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften. Bd. 1. 1855, Bd. 2. 1856. Объ общемъ государственномъ правѣ см. преимущественно: *Dahlmann*, Die Politik. 1835. *Nöder*, Die Politik des Rechts. 1837. *К. S. Zachariä* — 40 Bücher vom Staate. 1839. *Bluntschli*, Allgemeines Staatsrecht. 1851 г.; *Stahl*, Rechtsphilosophie, Abt. II. Для изученія немѣцкаго государственнаго права и права германскаго союза см. сочиненія *Цахаріэ* и *Цöпфля*. Предполагалось изложить здѣсь публичное право энциклопедически и въ такомъ же порядкѣ, какъ и частное право, но, по необходимости удержать назначенные предѣлы въ объемѣ сочиненія, мы нашли возможнымъ ограничиться только тѣми общими разсужденіями, которыя преимущественно характеризуютъ новѣйшій взглядъ. Но позднѣе я изложу публичное право подробно, какъ продолженіе моего сочиненія: «organiche Staatslehre» 1850. Т. I. Это сочиненіе, которое по своему прежде начертанному плану должно было быть по возможности простымъ и общепонятнымъ изложеніемъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и новымъ основаніемъ науки о государствѣ, и которое въ этой формѣ пріобрѣло себѣ много друзей, получитъ въ своемъ продолженіи болѣе философское и этическое объясненіе основанія и развитія науки о государствѣ и обществѣ, и послужитъ для этого только общимъ введеніемъ.

минуемую судьбу теоріи, которая обращаетъ слишкомъ мало вниманія на законы развитія и образованія жизни, и на національныя различія и потребности, и считаютъ главнѣйшею задачею науки — снова показать жизни путь и высшую цѣль въ нынѣшнемъ переходномъ состояніи, преисполненномъ неурядицы и безпорядка, эгоистическихъ стремленій и безнадежности. Мы придерживаемся послѣдняго взгляда, и основываемся при этомъ прежде всего на изученіи исторіи и на убѣжденіи, что существовавшая до сихъ поръ теорія не основывается на естественномъ развитіи германскаго духа и жизни, но въ главныхъ своихъ положеніяхъ есть продуктъ другаго народа, другихъ жизненныхъ обстоятельствъ, и по этому не можетъ пустить крѣпкихъ корней въ нѣмецкихъ земляхъ, хотя она и обладаетъ важными и общими основаніями государственнаго порядка, которыя всегда слѣдуетъ удержать.

Въ исторіи общественнаго и государственнаго развитія ясно выставляются двѣ большія эпохи, которыя противорѣчатъ другъ другу во всѣхъ важныхъ направленіяхъ, и указываютъ тѣмъ высшее посредничество. Средневѣковый жизненный порядокъ былъ по преимуществу порядокъ общественный, въ которомъ соединялись государство и церковь, община, сословія и корпораціи, но связывались они болѣе внѣшнимъ образомъ, а не внутреннимъ сродствомъ и правильнымъ ограниченіемъ подъ одною могущественною, единичною властью; жизнь отдѣльныхъ членовъ брала перевѣсъ надъ жизнью общественною; духъ отдѣльности надъ духомъ общиннымъ; поликратія и синкразія— надъ единодержавной, центральной властью и управленіемъ. При томъ весь публичный порядокъ былъ угнетаемъ безпрерывными внутренними распрями между свѣтской властью и церковною, между общинами, сословіями и корпораціями. Исключительный духъ монополіи и цеховъ подавлялъ свободное движеніе и прогрессъ; и такъ часто восхваляемыя нравственныя отношенія во всѣхъ сословіяхъ были гораздо хуже, чѣмъ въ продолженіи всей слѣдующей эпохи.

Этотъ средневѣковый порядокъ уничтожился мало по малу посредствомъ возникшаго, и все яснѣе выказывавшагося, духа индивидуальной *личности* и *свободы*. Возрожденіе наукъ и искусствъ въ 15 и 16 столѣтіяхъ пробудило прежде всего въ философіи духъ свободы и изслѣдованія, который впослѣдствіи, въ извѣстныхъ границахъ, былъ перенесенъ реформаціею и въ религію; — при помощи изученія древней литературы и знакомства съ древнею государственною жизнью, это возрожденіе породило въ умахъ идею о государствѣ, къ чему присоединилось еще усвоеніе римскаго права, которое, съ одной стороны, придало значеніе формальному взгляду на жизнь, на право и государство, и при помощи юристовъ и цивилистовъ вытѣснило германскія правовыя и государственныя учрежденія и распространило римскій взглядъ на всемогущество государства.

Такимъ образомъ въ новую эпоху заняла первое мѣсто государственная и правовая жизнь, которая поглотила средневѣковый соціальный порядокъ, совершенно подчинила себѣ церковную жизнь въ протестантскихъ, и отчасти католическихъ странахъ, и наконецъ уничтожила самостоятельную власть отдѣльныхъ сословій и корпорацій. Вскорѣ государство явилось главою и высшею публичною, всѣмъ управляющею, властью всего человѣческаго общества. Впрочемъ государственная жизнь различно развилась у различныхъ европейскихъ цивилизованныхъ народовъ. Англія, по причинѣ своего островнаго положенія, при болѣе самостоятельномъ развитіи сохра-

нила древнія германскія основанія въ конституціи, развившейся изъ ея особенныхъ нравственныхъ и экономическихъ жизненныхъ обстоятельствъ, особенно при помощи здраваго основнаго положенія Sellgovernement'a, которое пріобрѣло и удержало свое значеніе не только въ парламентскомъ управленіи, но даже (что очень важно), въ существенно ограниченной степени, во всѣхъ частяхъ государства и общественной жизни, въ жизни церковной, въ графствахъ, въ общинѣ и корпораціяхъ. На континентѣ же Франція сдѣлалась вождемъ и главнымъ примѣромъ въ политической жизни для правителей не менѣе, чѣмъ для народовъ. Нельзя впрочемъ судить въ отдѣльности объ этой великой странѣ и объ этомъ великомъ народѣ по его внутреннимъ фазисамъ и переворотамъ государственнаго устройства, а напротивъ должно разсматривать этотъ народъ какъ орудіе высшаго провидѣнія, и судить объ немъ потому вліянію, которое имѣли его внутреннія государственныя перевороты на внѣшній и внутренній видъ другихъ Европейскихъ государствъ. Отъ Франціи позаимствовала континентальная Европа, вмѣстѣ со многимъ неоспоримо хорошимъ, много худаго, много превратныхъ направленій въ наукѣ и жизни государства. Изъ Франціи въ особенности распространилось то абстрактное и формальное ученіе о государствѣ, которое разсматриваетъ послѣднее какъ продуктъ соглашенія отдѣльныхъ лицъ, видитъ въ немъ не постепенное разчлененіе личностей, семействъ, корпорацій, общинъ, провинцій, но по атомистической теоріи только отдѣльныя личности, которыя вступаютъ въ противорѣчія и борьбу съ назначенною ими верховною властью, когда она требуетъ болѣе обширной власти, а они — большей свободы, гдѣ вслѣдствіе чего начинается попеременная побѣда и потери, торги, сдѣлки. Вслѣдствіе этого наступило безпрерывное построеніе формальнаго конституціоннаго механизма по принципу равновѣсія силъ, и выработалась политика, въ которой формализмъ, похожій на гражданское право, произвелъ какую-то политическую юриспруденцію, по которой самый пустой говорунъ, вооруженный однако политическими формами и острыми словами, казался прекраснымъ политикомъ. Извѣстно, какъ ничѣмъ не кончилось это пустое стремленіе къ свободѣ внутри и внѣ Франціи и какъ вмѣстѣ съ тѣмъ государственная власть обращала слишкомъ много вниманія на внѣшнее средство сохраненія прежняго порядка и слишкомъ ограничивала свободу. Такимъ образомъ наступила трехвѣковая эпоха преимущественно государственнаго устройства по абстрактнымъ, формальнымъ и механическимъ принципамъ однообразія, равенства и свободы. Нельзя за симъ не признать хорошихъ послѣдствій. Государство было понято какъ самостоятельная жизненная сила, какъ самостоятельный порядокъ; образовалось общее гражданство, пробудился политическій общинный духъ; свобода, послѣ долгихъ заблужденій, добилась наконецъ постояннаго мѣста; наклонность къ развитію формъ, которыя, какъ въ государственныхъ, такъ и въ частно-правовыхъ отношеніяхъ, составляютъ важныя средства гарантіи и правильнаго ограниченія правъ и обязанностей, сдѣлалась общею, а гуманный духъ улучшилъ многое въ жизни, въ учрежденіяхъ и законахъ, хотя иногда только поверхностно. Но недостатки тѣмъ не менѣе выказывались. Какъ прежде часто происходили не совсѣмъ ясныя по своимъ тенденціямъ реакціи противъ разлагающаго абстрактно-либеральнаго духа, такъ и теперь, въ видахъ сохраненія пріобрѣтеннаго блага, прежде всего слѣдовало бы ввести прежнее направленіе въ новую эпоху посредствомъ пополненія, ограниченія, и болѣе прочнаго основанія. Главныя условія такого высшаго преобразованія науки о государствѣ слѣдующія: 1) признаніе *историческаго* основанія

въ государственной жизни; 2) пониманіе этическаго характера и цѣли государства самого по себѣ и въ отношеніи ко всей жизни; 3) слѣдуетъ отказаться отъ всемогущества государства и признать тѣ сферы жизни и общества, которыя относятся къ правовому и государственному порядку лишь со стороны регулированія ихъ правомъ, слѣдовательно необходимо признать науку объ обществѣ; 4) слѣдуетъ провести принципъ *организма*, или разчлененія, во всей жизни государства, въ противуположность прежнему механизму, и черезъ то установить правильное отношеніе между *порядкомъ* и *свободою;* 5) наконецъ нужно правильное опредѣленіе и разъясненіе понятія о представительствѣ во всѣхъ сферахъ и ступеняхъ государственной и общественной жизни. Эти главныя основанія преобразованія науки о государствѣ мы изложимъ вкратцѣ.

§ 2. *Историческія основанія государственной жизни.*

Великіе религіозные перевороты 16-го столѣтія прежде всего поколебали историческое основаніе въ жизни государства и общества; сначала они повели за собою отверженіе религіозныхъ историческихъ преданій, потомъ перенесли реформацію и въ область политическую, гдѣ абстрактная теорія и практика либерализма и радикализма смотрѣли на историческія основанія, какъ на преграду для своихъ принциповъ, долженствовавшихъ будто бы осчастливить и освободить весь міръ. Впрочемъ можно смотрѣть различно на значеніе историческихъ основаній. Если разумѣть подъ ними удержаніе дошедшаго по преданію и существующаго, то онѣ были бы пустымъ словомъ, посредствомъ котораго до сихъ поръ нельзя было удержать жизнь ни въ какой области, нельзя было отклонить отъ государства необходимыя реформы. Ибо жизнь есть развитіе при постоянно новыхъ присоединеніяхъ и усовершенствованіяхъ, и въ общественной жизни высшая духовная и нравственная свобода выказывается также и въ томъ, что при помощи новыхъ принциповъ начинаются новые періоды образованія и измѣняются существующія отношенія; тутъ-то именно высказывается благородное нравственно-свободное развитіе духа, въ противуположность естественной растительности, совершающейся по необходимымъ законамъ, что̀ по ложной аналогіи, хотѣли примѣнить къ свободной общественной жизни. Но все таки историческія основанія и отношенія имѣютъ большое значеніе въ государственной и общественной жизни, и должны быть поняты и уяснены при помощи основательнаго изученія исторіи. Не должно искать въ исторіи того, чего она не можетъ дать намъ. Простое изученіе ее не можетъ дать намъ понятія объ основныхъ положеніяхъ жизни, права и государства; не можетъ дать намъ доказательствъ ихъ истинности; эти основныя положенія нужно почерпать изъ другихъ источниковъ, а исторія можетъ служить только объясненіемъ, показать ихъ примѣненія въ жизни, и ближайшія ихъ послѣдствія. Но вообще исторія будетъ отвѣчать въ духѣ спрашивающаго, такъ что взглядъ историка, всѣ его религіозныя, нравственныя и политическія убѣжденія имѣютъ большое вліяніе, и всегда будутъ высказываться въ изложеніи. По этому только не многіе изучали исторію (партіи же совсѣмъ ею не занимались), и новѣйшее время даетъ ясныя доказательства того, что прежнія знанія, какъ бы вѣрны и многочисленны они не были, все таки не могли служить руководящею нитью для дѣйствія; послѣднее же всегда обусловливается основными положеніями и мнѣніями, которыми думали исправить прежнее.

Этимъ не отвергается, что историческое развитіе подлежитъ общимъ жизненнымъ законамъ и принципамъ. Если кто ихъ знаетъ, тотъ видѣтъ въ исторіи воспитаніе человѣческаго рода, подъ управленіемъ высшаго провидѣнія, воспитаніе, стремящееся къ одной, постоянной цѣли, но по путямъ, опредѣляющимся человѣческою свободою; и исторія во всемъ своемъ цѣломъ представляется ему истинной теодицеей, не какъ оправданіе, въ которомъ Богъ не нуждается, но какъ божественное сужденіе и судъ, которымъ судится вся жизнь по высшимъ законамъ блага и божественности; исполненіе этихъ законовъ, стремленіе къ высшей цѣли, награждается богатыми плодами блага, и легкимъ, быстрымъ развитіемъ; всякое же пренебреженіе ихъ нѣкоторыми личностями, сословіями и цѣлыми народами, наказывается тяжкими испытаніями, препятствіями на жизненномъ пути, и даже иногда совершеннымъ уничтоженіемъ. Если даже человѣку и историку недоступенъ этотъ высшій и всеобъемлющій взглядъ въ совершенной вѣрности, то все таки можно получить относительно вѣрный масштабъ, руководствуясь убѣжденіемъ, что какъ Богъ единъ, такъ и все хорошее, какъ божественное, въ жизни, составляетъ одно цѣлое; истинная религія, нравственность, право, наука и искусство находятся во внутренней гармоніи; и потому тамъ, гдѣ въ этихъ сферахъ и ихъ направленіяхъ возникаютъ разщепленія и противуположности, гдѣ вслѣдствіе этого сѣется ненависть и несогласіе между людьми, и преимущественно не достигается нравственная жизненная сила,—это непоколебимое свидѣтельство блага,—тамъ не познанъ духъ Божій, не избранъ истинный путь къ преуспѣянію во благѣ и ко благу.

Хотя исторія сама не можетъ вести къ познанію принциповъ, тѣмъ не менѣе изученіе ея имѣетъ большое значеніе въ общественной и государственной жизни. Прежде всего за исторіей нужно признать такое же значеніе, какъ и за естественными науками. Подобно тому, какъ здѣсь духъ наслаждается *индивидуальнымъ*, которое произвела природа, такъ и въ исторіи онъ наслаждается свободнымъ индивидуальнымъ дѣйствіемъ человѣка, потому что вообще индивидуальность есть основная черта всей жизни, проистекающей изъ замѣчательнаго смѣшенія всеобщаго и индивидуальнаго, и требующей одинаковаго развитія пониманія, какъ индивидуальнаго, такъ и всеобщаго. Только посредствомъ этого, изученія исторіи пробуждаетъ *историческій смыслъ*, производитъ воспріимчивость къ индивидуальному образованію жизни, и убѣжденіе, что фактическія состоянія и жизненные отношенія, по причинѣ присущихъ имъ силъ и постоянству обычая, образуютъ могущество, которое не преклоняется предъ произволомъ человѣка, и передъ приказаніями отвлеченныхъ принциповъ, но съ которыми напротивъ слѣдуетъ обходиться съ практическимъ смысломъ, и при реформахъ направлять на другой путь, съ сохраненіемъ данныхъ точекъ опоры. По этому историческое образованіе должно дать средство для истинно-историческаго направленія въ политикѣ, и отклонить отъ всѣхъ пустыхъ дѣйствій, которыя не соотвѣтствуютъ обстоятельствамъ и потребностямъ. Политика есть наука и искусство о *возможномъ* при данныхъ обстоятельствахъ, какъ относительно хорошемъ и лучшемъ. То, что Сократъ сказалъ о философіи, идетъ также и къ политикѣ: это акушерское искусство, которое ничего не производитъ изъ себя, но которое вызываетъ къ бытію плодъ, происшедшій изъ самостоятельнаго зародыша жизни. Основательное изученіе исторіи пробуждаетъ любовь къ отечеству, столь важную для государственной жизни. Эта любовь, также какъ и любовь родительская, не основывается на общихъ основныхъ положеніяхъ, но зависитъ отъ индиви-

дуальныхъ узъ родства, отъ взаимнаго влеченія особенностей характеровъ, и не уничтожается сознаніемъ, что лучшее существуетъ у другихъ, но подкрѣпляется еще основательнымъ знакомствомъ со всѣмъ историческимъ развитіемъ. Наконецъ изученіе исторіи предохраняетъ съ одной стороны отъ невѣрнаго взгляда объяснять договоромъ организацію и возникновеніе государства, происшедшаго изъ семействъ; а съ другой стороны—отъ отвлеченнаго основнаго требованія радикаловъ разграничивать государства по національностямъ ([3]). Не опуская изъ виду значеніе національностей въ государствѣ и благородное чувство національнаго единства, нельзя не признать высшее предопредѣленіе провидѣнія въ томъ всеобщемъ фактѣ, что въ общеисторическомъ развитіи до сихъ поръ не было ни одного большаго государства, строго разграниченнаго по національностямъ. Провидѣніе не хочетъ, чтобы націи сурово отталкивались, но чтобы отчасти произошло смѣшеніе, которое случалось уже такъ часто, отчасти, чтобы при помощи государственнаго соединенія, произошло болѣе тѣсное сближеніе и передача развитія. Ибо, если и нельзя не видѣть въ новой исторіи все болѣе и болѣе заявляющаго себя сближенія національностей, и никто не можетъ осмѣлиться предсказать силу его дѣйствій, все таки кажется, что высшая цѣль въ исторіи назначила національностямъ быть преимущественно двигателями культуры. По этому погибли народы, отставшіе отъ культуры, а государства, въ которыхъ соединены различныя національности, навѣрное найдутъ твердое основаніе въ исполненіи своей высшей исторической задачи, въ усовершенствованіи менѣе образованныхъ націй, въ распространеніи образованія между всѣми соединенными и родственными національностями, и этимъ докажутъ, что есть еще нѣчто высшее, чѣмъ національность—именно гуманность.

§ 3. *Объ этическомъ характерѣ науки о государствѣ; въ особенности объ этической цѣли государства.*

1. *Вообще.* Подобно тому, какъ въ новѣйшее время наука о государствѣ принимала все болѣе и болѣе формальный характеръ и сократилась въ ученіе о формахъ государственной жизни въ конституціи и администраціи, такъ и вообще она пошла по ложнымъ путямъ естественнаго права, и, подобно ему, въ послѣднія столѣтія все болѣе и болѣе удалялась отъ религіи и морали (см. выше стр. 42). Отличительный характеръ принципа права видѣли въ возможности принужденія, и образовалась теорія принужденія, съ его различными видами и примѣненіемъ; поэтому государство, какъ правовое государство, понималось преимущественно учрежденіемъ, имѣющимъ власть принужденія, и контролирующимъ не нравственность дѣяній, а только ихъ законность. Но такъ какъ право и государство должны быть понимаемы какъ особый жизненный порядокъ, установленный божественнымъ міровымъ порядкомъ, и право,—хотя относительно самостоятельный принципъ,—находится въ тѣсной связи съ нравственностью, то по этому государство можетъ найти твердую опору только въ нравственности своихъ подданныхъ, и должно считать принужденіе хотя часто необходимымъ, но вовсе недостаточнымъ средствомъ для сохраненія своей цѣлости. Нравственное заявляетъ въ государствѣ свое значеніе не только въ отдѣльномъ лицѣ,

(3) См. объ этомъ *мое* соч. Organische Staatslehre. S. 210—219.

но и въ объективныхъ общественныхъ нравахъ. Такъ какъ нравственное въ человѣкѣ есть вообще внутренній зародышъ жизни, и Кантъ считалъ «добрую волю» главнымъ условіемъ всѣхъ другихъ благъ, такъ и нравственность даетъ человѣку силу управлять всѣми низшими побужденіями, всѣми страстями, разрушающими порядокъ и гармонію жизни; она даетъ ему способность господствовать надъ самимъ собою и чрезъ это—внутреннюю связь и необходимое самоограниченіе свободы въ жизни правовой и государственной. Весьма справедливо замѣтилъ Гёте (4): «все то пагубно, что́, освобождая нашъ духъ, не даетъ намъ способности господствовать надъ самимъ собою.» Этимъ приговоромъ поэтъ разбиваетъ всѣ отвлеченныя теоріи свободы въ правѣ и государствѣ, которыя удаляются отъ нравственнаго принципа жизни. Нравственность отдѣльныхъ личностей подкрѣпляетъ, возвышаетъ и совершенствуетъ всю общественную жизнь. Въ столь важной экономической имущественной жизни она есть источникъ труда, даже добро́ты работы, умѣренности, бережливости, и честности въ обмѣнѣ благъ; нравственное сознаніе своихъ обязанностей есть высшая подкрѣпляющая, сдерживающая, отчасти ограничивающая, отчасти расширяющая сила всей частной и публичной правовой дѣятельности; наконецъ, она образуетъ ту тѣсную связь во всемъ государственномъ управленіи, посредствомъ которой отдѣльныя личности свободно соединяются съ цѣлымъ государствомъ. Но сама нравственность образуется мало по малу изъ внѣшнихъ, общественныхъ нравовъ. Эти нравы заслуживаютъ особаго вниманія въ государственной жизни, въ устройствѣ и управленіи. Уже Платонъ сказалъ: «конституціи возникаютъ не изъ дубовъ или скалъ, но изъ нравовъ государствъ, которые своимъ вѣсомъ перетягиваютъ все другое.» И дѣйствительно, всякое государственное устройство не можетъ быть построено по произволу, какъ домъ изъ дерева или камня, но должно совершаться сообразно со всѣмъ нравственнымъ состояніемъ жизни и образованія народа, и сообразно съ этимъ должно постепенно измѣняться. Новая исторія преимущественно доказала, что конституціи, не соотвѣтствовавшія этимъ условіямъ, всегда оказывались несостоятельными. Уваженіе народныхъ нравовъ и обычаевъ, даже тѣхъ, которые проистекаютъ изъ невѣрныхъ взглядовъ и могутъ быть измѣнены лишь постепенно и внутренними средствами, не допускаетъ никакого насильственнаго подталкиванія впередъ, равно какъ и всякое насильственное ретроградное движеніе, и видитъ въ нравахъ продуктъ внутренняго и свободнаго развитія народной жизни. Но преимущественно развитію нравственной жизни въ государствѣ способствуетъ познаніе этической цѣли государства.

2. *Этическая цѣль государства* (5). Этою цѣлью, по ея зависимости отъ этической цѣли человѣчества, и по ея постоянному отношенію къ сей послѣдней,

---

(4) См. Wilhelm Meister's Wanderjahre, B. II, Anhang.

(5) Цѣль государства точно обозначена въ моей Rechtsphilosophie. Я, конечно, могъ испытать, что трудно усвоиваются точныя философскія понятія сами по себѣ и ихъ слѣдствія Если ученые юристы не могутъ даже опредѣлить и усвоить въ полномъ значеніи главное основное понятіе условности (такъ какъ я изложилъ его теперь въ ученіи о содержаніи правовыхъ отношеній, §. 14), то нельзя удивляться, что цѣли государства, основанной на этомъ, приписываютъ болѣе чѣмъ слѣдуетъ; въ особенности воспринятіе какъ *положительныхъ*, такъ и отрицательныхъ условій въ понятіе права и цѣли государства, возбудило опасенія относительно чрезмѣрнаго разширенія задачи и дѣятельности государства. Понятіе условности заключаетъ въ себѣ то, что государство вообще должно дѣлать возможнымъ достиженіе всѣхъ человѣческихъ общественныхъ цѣлей развитія, и для этого должно заботиться

какъ это уже нами показано, будетъ право въ его совершенномъ и полномъ значеніи. Государство есть особенный, разумный порядокъ, установленный всеобщимъ, божественнымъ, жизненнымъ порядкомъ; оно есть учрежденіе для осуществленія основной цѣли права, которая охватываетъ собою всю человѣческую жизнь состороны ея условности. Государство есть правовое государство, и потому должно установлять и регулировать всю совокупность (положительныхъ и отрицательныхъ) условій всеобщаго развитія для всѣхъ цѣлей человѣческаго развитія; условія эти проистекаютъ изъ взаимной зависимости всѣхъ жизненныхъ сферъ и отношеній. Эта цѣль показываетъ государству его задачу и дѣятельность; вслѣдствіе осуществленія этихъ условій, въ его общихъ учрежденіяхъ, въ законахъ и распоряженіяхъ, оно должно сдѣлать возможнымъ достиженіе цѣли человѣчества и всѣхъ заключающихся въ послѣдней главныхъ цѣлей лицъ физическихъ и нравственныхъ. Чтобы исполнить эту задачу, государство должно понимать право въ тѣсной связи со всѣми общественно-человѣческими цѣлями образованія; оно должно установить право не отвлеченнымъ путемъ, а посредствомъ фактическаго знакомства съ жизненными отношеніями, цѣлями и потребностями. Такимъ образомъ, государство имѣетъ *одну* цѣль, какъ этаго требуетъ наука и практическая жизнь; но та цѣль должна быть понимаема въ *двоякомъ* направленіи, и, согласно съ этимъ, вся государственная жизнь должна опредѣляться въ устройствѣ и управленіи: 1) *сама по себѣ*, и 2) въ ея *органическомъ отношеніи* къ совокупности всѣхъ цѣлей человѣческаго *благосостоянія* и *образованія*. Такъ въ *государственномъ устройствѣ* должно сначала формально опредѣлить правовое разсчлененіе властей или функцій, формы ихъ выполненія, и отношеніе государственной власти къ подданнымъ, по взаимнымъ правамъ и обязанностямъ; потомъ, во второмъ отдѣлѣ, должно основательно опредѣлить отно-

---

не только отрицательно, чрезъ удаленіе препятствій, но и положительно, посредствомъ поощренія, свободнаго пользованія всѣми доступными учрежденіями, и посредствомъ распорядительныхъ законовъ и мѣръ. Относительно важной народно-хозяйственной области въ этомъ каждый можетъ убѣдиться, прочитавъ превосходный трудъ *Pay* (Volkswirthschaftspolitik). Съ помощью теоріи о цѣли государства Краузе можно узнать и усвоить тѣ доли истины, которыя находятся во всѣхъ другихъ теоріяхъ. Такимъ образомъ государство, согласно съ Кантомъ, будетъ правовымъ государствомъ, но не съ однимъ только, какъ у Канта, отрицательнымъ, а также и съ положительнымъ принципомъ права. Такъ государство существуетъ ради цѣли человѣчества; но оно осуществляетъ ее не само непосредственно, а при помощи права; такъ общественное благосостояніе является задачею государства, но не въ томъ смыслѣ чтобъ цѣль его была право *и* благосостояніе, но напротивъ благо осуществляется правомъ, т. е. право осуществляется само по себѣ и для блага. По нашей теоріи государство на столько же культурное государство, на сколько и правовое; но одинъ принципъ связываетъ оба направленія. Нельзя смѣшивать съ настоящими теоріями о цѣли государства тѣ политическо-практическіе взгляды, которые часто выдаютъ за теоріи. Сюда относится и та цѣль, которую недавно поставилъ *Held* въ своемъ сочиненіи *System des Verfassungsrechts u s. w. 1856. стр. 284* (эта цѣль подобна той, которую мы уже обозначили, (см. выше стр. 64), шаткимъ количественнымъ понятіемъ). Онъ говоритъ: «Истинная сущность государства (исполненіе которой есть цѣль) заключается въ возможно высшемъ на землѣ усиленіи (?) обще-человѣческихъ интересовъ, и возможно совершенномъ удовлетвореніи ихъ, на сколько это можетъ сдѣлать государство, какъ самовластное общественное бытіе, съ преимущественно внѣшними средствами» Ибо если въ этомъ «на сколько» долженъ быть усмотрѣнъ необходимый ограничивающій признакъ, для того чтобы не разширить несоотвѣтственнымъ образомъ задачу государства, то это лишь побочный вопросъ, который имѣетъ, правда, политическое значеніе, но зависитъ только отъ данныхъ состояній образованія, отъ отношенія государственной власти къ отдѣльнымъ личностямъ, и потому долженъ быть рѣшаемъ различно. Но этимъ не выражается качественная цѣль государства, а только количество его дѣятельности.

шеніе государства къ религіи и церкви, къ воспитанію и школамъ, къ общественной нравственности и къ народно-хозяйственнымъ областямъ. Такимъ же образомъ разсчленяется все государственное управленіе, которое, въ обширномъ смыслѣ (стр. 70), какъ нѣчто противуположное устройству, и будетъ правовымъ правленіемъ, законодательствомъ, и выполненіемъ. Выполненіе права или *юстиція* раздѣляется (по тремъ направленіямъ вышеозначеннымъ см. стр. 71 и 86): на возстановительную *гражданскую* и *уголовную* юстицію, на *утвердительную*, касающуюся существующихъ правовыхъ дѣлъ, и на юстицію *предохранительную* для правонарушеній возможныхъ въ будущемъ. Съ другой стороны правовая администрація раздѣляется по всѣмъ существеннымъ цѣлямъ благосостоянія: какъ въ положительномъ поощряющемъ, такъ и въ отрицательномъ отстраняющемъ и отклоняющемъ направленіи; изъ этого происходятъ всѣ различныя отрасли управленія. Такимъ образомъ вся государственная жизнь со всѣми отраслями охватывается этой теоріей о правѣ, какъ о цѣли государства, такъ, какъ этаго не дѣлала доселѣ никакая другая теорія. Хотя въ одной основной цѣли лежатъ два направленія, но они не составляютъ двухъ различныхъ цѣлей; право есть единственная общая цѣль; — но прежде всего должно позаботиться объ утвержденіи права и правоваго порядка, ибо, чѣмъ прочнѣе это утвержденіе выказывается въ правовыхъ формахъ, и чѣмъ правильнѣе развитіе законодательства и управленія, тѣмъ болѣе распространяется во всѣхъ членахъ государства сознаніе и чувство безопасности и защиты. Позаботившись объ этой главной и непосредственной цѣли, государство должно сдѣлать возможными всѣ цѣли благосостоянія, утверждая необходимыя для этаго условія. Государство заботится непосредственно о правѣ, посредственно, при помощи права и законнымъ путемъ,—о всѣхъ цѣляхъ образованія. Въ изложеніи отношеній государства къ человѣческому обществу мы опредѣлимъ это еще яснѣе.

§ 4. *Объ отношеніяхъ государства къ человѣческому обществу.*

Этотъ вопросъ, котораго мы уже касались, (см. выше стр. 67, примѣч.), все болѣе и болѣе обработываемый въ послѣднее время, до тѣхъ поръ будетъ рѣшаться различно, пока не будетъ установлено предварительное понятіе о сущности и цѣли государства и человѣческаго общества. Для установленія правильной точки зрѣнія, мы разовьемъ прежде всего нашу теорію, которая требуетъ существеннаго различія, а вмѣстѣ съ тѣмъ и тѣсной связи, между государствомъ и обществомъ, при помощи историческаго и практическаго пониманія жизни, съ которою эта теорія находится въ полной связи.

Исторически нужно смотрѣть, какъ на значительное вліяніе христіанства, на различіе, установившееся между государствомъ и человѣческимъ обществомъ. Наука должна довести это различіе до полнѣйшаго развитія. Часто говорили, что классическая древность поглощала человѣчество въ государствѣ, человѣка въ гражданинѣ; и по этому древнее, и въ особенности римское государство было непосредственнымъ властелиномъ всѣхъ общественныхъ направленій и сферъ жизни, было единственною общею цѣлью всѣхъ гражданъ, которые и находили удовлетвореніе въ государствѣ. Но христіанство, поставивъ человѣка въ непосредственное отношеніе къ Богу, и возвысивъ его, въ высшемъ направленіи, надъ всѣмъ конечнымъ и земнымъ,

поставило человѣчество выше государства, человѣка выше гражданина. Послѣдовавшею вскорѣ послѣ этого религіозно-общественною или церковною организаціей оно доказало: что могутъ существовать жизненные принципы, жизненныя силы, и общественные союзы и учрежденія, которые не проистекаютъ изъ государства, не составляютъ государственныхъ учрежденій, и, хотя находятся въ области государства и во внѣшнихъ отношеніяхъ съ нимъ, подлежащихъ регулированію права, все таки не находятся подъ его непосредственной властью и своими отношеніями и сферами дѣятельности выходятъ изъ его предѣловъ. То, что христіанство пріобрѣло прежде всего для церкви, распространилось и на всѣ другія божественно – человѣческія блага жизни: на нравственность, науку, искусства и воспитаніе, и ихъ общественныя учрежденія, которыя, хотя и находятся въ правовой связи съ государствомъ, все таки сохраняютъ самостоятельное положеніе, равно какъ, по различнымъ причинамъ, и сферы народно-хозяйственныя, которыя нельзя понимать какъ государственныя, ибо кругъ ихъ дѣятельности простирается далеко за предѣлы государства. По этому-то средніе вѣка, имѣвшіе внѣшнюю христіанскую организацію, представляли собою болѣе общественный, нежели государственный порядокъ. Со времени возрожденія наукъ, и подъ вліяніемъ другихъ причинъ, древняя идея о государствѣ, съ принципомъ государственнаго всемогущества и господства, дѣлала все большіе успѣхи, и наконецъ отпраздновала величайшій свой тріумфъ въ философской системѣ Гегеля, которая своимъ ученіемъ о государствѣ, какъ «о божественномъ духѣ, принимающемъ дѣйствительную форму и организацію міра» (Rechtsphilosophie, S. 334) далеко превосходитъ воззрѣніе Аристотеля на государство, какъ «на существо, находящее удовлетвореніе въ самомъ себѣ.» Хотя эта апотеоза государства, конечно въ болѣе мягкой формѣ, еще распространена, тѣмъ не менѣе она тѣсна для жизни и ея различныхъ направленій, которыя все болѣе и болѣе признаются всѣми государствами.

Наше различіе между государствомъ и обществомъ имѣетъ преимущественно *практическую* цѣль, именно: получить благотворнаго противодѣятеля слишкомъ развившейся государственной и политической жизни и дѣятельности новѣйшаго времени. Наступило постоянное и вредное сосредоточеніе жизненныхъ силъ и соковъ въ государствѣ. Общество почти поглотилось въ государствѣ, въ которомъ вся жизнь все болѣе и болѣе оттѣсняется къ центру государственной власти. Самый лучшій примѣръ такого сосредоточенія представляетъ намъ Франція, гдѣ, какъ въ древнемъ Римѣ, городъ есть почти государство, и гдѣ главнѣйшая причина всѣхъ періодическихъ политическихъ потрясеній есть приливъ всѣхъ соковъ къ головѣ. Потому для здороваго состоянія государственной жизни необходимо снова отвлечь силы и соки отъ переполненной головы къ членамъ, чѣмъ достигнется столь же необходимое отвлеченіе побужденій и желаній отъ государственной жизни и направленіе ихъ на другія общественныя сферы. Государство, которое превратилось почти въ государство чиновниковъ, потому что оно стремится забрать всё въ свои руки, снова должно сдѣлаться защитникомъ, установителемъ, и поощрителемъ свободнаго общественнаго движенія. Поэтому преимущественно въ государственной централизаціи и всемогуществѣ Франціи должно искать причину того, что система представительства не развилась тамъ такъ полно, какъ въ Англіи, и никогда не имѣла тамъ своего истиннаго значенія. Въ Англіи не все поглощается организмомъ государственнаго управленія, многое исключено изъ него; точно также кругъ дѣятельности парламента простъ

и ограниченъ; собственно общественная жизнь въ общинахъ, корпораціяхъ и ассоціаціяхъ, могла сохранить здѣсь свою автономію. Напротивъ во Франціи, гдѣ съ 1815—1848 годъ не было недостатка въ камерахъ, ни въ талантѣ, ни въ образованіи, система представительства сломилась о всевластіе государства высказавшемся во всеуправленіи. Французская исторія, особенно со временъ Людовика XIV, и французская теорія о государствѣ воспитали ложное направленіе, вслѣдствіе котораго всѣ желанія, надежды и опасенія за благосостояніе и безопасность страны, были возложены на государство, его администрацію и устройство, а это повело за собою къ постояннымъ административнымъ и конституціоннымъ опытамъ ([6]), несостоятельность которыхъ отняла наконецъ всякую вѣру, любовь и надежду на политическую жизнь, ввергла все въ потокъ частныхъ интересовъ и произвела такое состояніе, которое не можетъ быть удалено ни перемѣною конституціоннаго механизма, ни перемѣною положенія или умноженія полноправныхъ личностей, а только посредствомъ ограниченія сферы государственной дѣятельности, и вообще посредствомъ оживленія разрушенныхъ германскихъ общественныхъ основаній и возобновленія болѣе самостоятельной общинной жизни въ корпоративныхъ и провинціальныхъ расчлененіяхъ. Такъ какъ Франція служила примѣромъ для всѣхъ континентальныхъ государствъ, поэтому и наше практическое требованіе ограничивается лишь большимъ освобожденіемъ общественной жизни и дѣятельности, при сохраненіи всѣхъ правъ контроля и споспѣшествованія. Вмѣстѣ съ тѣмъ мы требуемъ, чтобы оставили въ покоѣ государство, и не ожидали усовершенствованія частнаго и общественнаго благосостоянія отъ государственныхъ реформъ, но отъ собственной дѣятельности въ свободныхъ общественныхъ сферахъ, гдѣ къ каждому слѣдуетъ обратиться съ возгласомъ hic Rhodus, hic salta, и гдѣ всякій можетъ дать фактическія доказательства своего лучшаго знанія и своей силы.

Разсмотримъ вкратцѣ этотъ вопросъ научнымъ образомъ. По нашему мнѣнію, общество есть единый и цѣльный человѣческій жизненный порядокъ, который развѣтвляется на столько особенныхъ основныхъ порядковъ, сколько есть главныхъ жизненныхъ цѣлей и видовъ общественной дѣятельности, направленныхъ для достиженія этихъ цѣлей (см. выше стр. 67). Эти порядки органически связаны взаимнымъ соотношеніемъ своихъ цѣлей и дѣятельностей; они перекрещиваются, отчасти сходятся, отчасти расходятся, имѣютъ различное практическое значеніе и неодинаково сильную внѣшнюю организацію. Между этими порядками, правовой порядокъ или государство, по своему принципу, внѣшнимъ образомъ есть самый могущественный. Государство есть порядокъ и учрежденіе, являющееся законною единодержавною силою всего общества, и вооруженное, для достиженія цѣли права, внѣшнею силою и властью. И такъ какъ оно имѣетъ своею задачею отдѣлить народную территорію отъ другихъ территорій, то, по видимому, оно и внѣшнимъ образомъ заключаетъ въ себѣ всѣ другіе общественные порядки и сферы. Въ дѣйствительности же послѣдніе находятся отчасти внутри, отчасти внѣ государства. Они находятся *внутри* его на столько, на сколько ихъ внѣшнія отношенія между собою и къ государству подлежатъ регулированію права и на сколько, слѣдовательно, цѣль и дѣятельность государства, въ видѣ защиты и споспѣшествованія, распространяется и на нихъ;

---

(6) На это ложное направленіе хорошо указалъ Bastiat въ своихъ Melanges d'économie politique (Art. I. Etat); см. извлеченіе изъ этого соч. въ моей Rechtsphilosophie, S. 132.

они находятся *вне* его, на сколько ихъ жизнь образуется общественно по принципамъ и цѣлямъ, которые существенно различны отъ цѣли права, и на сколько ихъ дѣятельность и своеобразныя отношенія простираются за предѣлы государства. Поэтому религіозно-общественная жизнь, общественныя области искуства, науки и воспитанія, также какъ и всѣ сферы народно-хозяйственныя, находятся отчасти внутри, отчасти внѣ государства. Поэтому на отношеніе государства къ обществу слѣдуетъ смотрѣть не какъ на внѣшнее механическое, а какъ на органическое. Подобно тому какъ государство обнимаетъ общество не внѣшнимъ образомъ, такъ и общество нельзя поставить рядомъ съ государствомъ; нельзя также принимать общество за туловище, голову котораго составляетъ государство, нельзя также установить то различіе, что государство есть единичная *принудительная* сила общества, а общество представлять себѣ въ идеальномъ отвлеченіи, какъ выраженіе *свободныхъ* общественныхъ сферъ жизни. Если кто хочетъ, для различія въ обозначеніи, называть всѣ *самостоятельныя* сферы жизни общественными, а науки, относящіяся сюда,—науками общественными, то для этой цѣли можно допустить такое обозначеніе. Но не должно забывать, что само государство есть особый общественный порядокъ, и что все человѣческое общество и общественная наука заключаютъ въ себѣ всѣ порядки, слѣдовательно и государство и науку о государствѣ.

Всѣ отдѣльные жизненные и общественные порядки внѣ государства имѣютъ, какъ особое частное, такъ и особое публичное право, которое касается внѣшнихъ и внутреннихъ взаимныхъ отношеній между членами и расчлененіями ихъ относительно достиженія общей цѣли. Такимъ образомъ существуетъ особое публичное право для религіозно-общественной жизни, публичное церковное право; также и для наукъ, искусства, воспитанія, и относящихся сюда учрежденій, для общественныхъ нравовъ и нравственности, и для сферы народнаго хозяйства.

Теперь возникаетъ главный вопросъ: какъ удержать распаденіе общественной жизни, какъ сохранить единство права и власть государства, принявши нѣсколько публичныхъ сферъ права и жизни? Отвѣтъ таковъ: правильнымъ пониманіемъ государства, какъ единичнаго и общаго, все органически соединяющаго, правоваго порядка. Публичное право, какъ это и должно быть, также раздѣляется, какъ и частное. Подобно тому какъ германисты, вмѣстѣ съ *общимъ* частнымъ правомъ, уже давно признали *особыя* частныя права отдѣльныхъ сословій, точно также существуетъ и *общее публичное* право надъ *особыми* публичными правами отдѣльныхъ общественныхъ сферъ развитія, (сословій, организованныхъ по различнымъ цѣлямъ жизни). Государство должно придать значеніе этому общему публичному праву (7), чѣмъ и сохранится единство и всеобщность публичнаго права. Теперь возникаетъ вопросъ: какъ это единство и всеобщность публичнаго права, представляемыя государствомъ, должны проявлять свою дѣятельность, не поглащая особенныя

(7) Это общее публичное право, которое принадлежитъ государству, можно бы назвать государственнымъ правомъ, если бы подъ этимъ именемъ не понимали обыкновенно особое публичное право, которое существуетъ *для* государства, для его собственной организаціи, и его управленія. Но собственно это ограниченіе будетъ несоотвѣтственнымъ, такъ какъ двойственный смыслъ понятія проистекаетъ здѣсь изъ двусторонности права. Но чтобы предупредить смѣшеніе, кажется, будетъ лучше отличать общее публичное право отъ государственнаго права въ тѣсномъ смыслѣ.

публичныя права другихъ сферъ жизни? Этотъ вопросъ также рѣшается отношеніемъ общаго частнаго права къ особеннымъ частнымъ правамъ. Прежде всего государство должно установить (но при содѣйствіи отдѣльныхъ сферъ) общія основныя положенія всего публичнаго права, какъ нормы и границы для всѣхъ особенныхъ публичныхъ правъ. За тѣмъ, при помощи этихъ основныхъ положеній, оно должно опредѣлить съ одной стороны взаимныя отношенія всѣхъ отдѣльныхъ публичныхъ сферъ жизни *между собою*, съ другой стороны, между *самимъ собою* и каждой изъ этихъ сферъ жизни, слѣдуя условіямъ ихъ совмѣстнаго существованія другъ для друга. Эти нормы и условія вообще вытекаютъ изъ этической сущности отношеній всѣхъ жизненныхъ сферъ, которую потому и должно прежде всего изслѣдовать для правильнаго регулированія правомъ. Практически, съ политической точки зрѣнія, каждое государство установляетъ эти условія по даннымъ отношеніямъ, нравамъ, общественному воззрѣнію на жизнь, и, по различію всего общественно-нравственнаго развитія народа, различно опредѣляетъ границу между тѣмъ, что̀ должно остатся за общимъ государственнымъ порядкомъ, и тѣмъ, что̀ должно предоставить автономіи отдѣльныхъ сферъ жизни. Но какъ бы ни былъ великъ объемъ автономіи, которую государство предоставляетъ одной какой либо сферѣ жизни или всѣмъ имъ, для регулированія ихъ собственно публично-правовыхъ отношеній или ихъ устройства и управленія, все-таки оно всегда должно удержать *за собою высшее* управленіе всѣми правовыми отношеніями, высшее законодательство, и высшій судъ, ибо государство есть всеобщій правовой порядокъ ([8]). Отсюда ясно слѣдуетъ, что этимъ воззрѣніемъ не нарушается ни *единство права*, ни *могущество* государства ([9]). Поэтому же съ такимъ принципіальнымъ воззрѣніемъ и его практическими слѣдствіями совпадаетъ и тотъ взглядъ, который, хотя и не признаетъ существеннаго различія между обществомъ и государствомъ, все таки стремится къ той же цѣли, требуя истиннаго расчлененія и корпора-

---

(8) Поэтому очень вѣрно замѣчаетъ *Моль*, Geschichte der Staatswissenchaften T. I. S. 109: «для государственнаго права необходимо (признавая общество) помѣстить новый отдѣлъ между ученіемъ о государственной власти и ея организмѣ, и ученіемъ о гражданскихъ правахъ и обязанностяхъ отдѣльныхъ лицъ, въ которомъ бы было объяснено съ юридической точки зрѣнія отношеніе государства, т. е. единичной власти, къ различнымъ общественнымъ формамъ. Это должно быть сдѣлано въ двухъ различныхъ направленіяхъ. Прежде всего нужно основательно установить какимъ образомъ государство должно относиться къ цѣлямъ и различнымъ организаціямъ общества, поощряющимъ, ограничивающимъ или измѣняющимъ? Потомъ должны быть развиты права и обязанности государства охранять право, порядокъ и отношенія между отдѣльными общественными сферами.» Это воззрѣніе ясно изложено въ первомъ французскомъ изданіи *моей* философіи права, 1839 г. (t. II Droit public), какъ это призналъ Моль въ его рецензіи этаго сочиненія (въ Heidelberger. Jarbüchern 1840 г.); въ моемъ же сочиненіи organische Staatslehre 1850, Vorrede, S. XVI, я замѣтилъ: «что во второмъ отдѣлѣ должно объяснить правовое отношеніе государства къ соціальнымъ сферамъ культуры, церкви и религіи, къ наукѣ, искусству и воспитанію, къ промышленности, торговлѣ, и къ публичной нравственности такимъ образомъ, чтобы въ отношеніяхъ государства къ каждой изъ этихъ областей были строго опредѣлены и установлены взаимныя права и обязанности. Этимъ пополнится существенный *пробѣлъ*». Итакъ Моль согласенъ со мною касательно способа изложенія и мы должны бы быть болѣе согласны и въ выполненіи, такъ какъ Моль задачу государства видитъ въ положительномъ споспѣшествованіи, которое уже само по себѣ лежитъ въ основаніи установленнаго нами принципа права.

(9) Возраженія, которыя сдѣлалъ мнѣ въ этомъ отношеніи Блунчли, въ kritische Uberschau Bd. S. 247, основаны на ошибочномъ пониманіи. Онъ или не досмотрѣлъ, или не сдѣлалъ естественныхъ выводовъ изъ установленнаго мною воззрѣнія на государство, какъ на *единичный* и *всеобщій* (слѣдовательно и общій) *правовой порядокъ*.

тивной жизни въ государствѣ во всѣхъ главныхъ направленіяхъ и сферахъ жизни и оставляя за ними необходимую относительную самостоятельность. Но мы считаемъ это различіе между государствомъ и обществомъ за самое удобное для вѣрнѣйшаго практическаго изложенія всѣхъ отношеній. Для того чтобы объяснить отношеніе государства къ обществу, чтобы относительная самостоятельность отдѣльныхъ публичныхъ сферъ жизни не осталась пустымъ словомъ и вообще, чтобы опредѣлить участіе каждаго члена въ дѣятельности цѣлаго, необходимо: во 1) изложить *организмъ* публичнаго права, и во 2) показать истинный принципъ представительства и его примѣненіе въ публичной жизни.

§ 5. *Организмъ въ публичномъ правѣ.*

Мы уже не разъ имѣли случай замѣтить и указать понятіе организма, какъ вообще въ правѣ (стр. 34—36), такъ и въ государствѣ (стр. 68); мы показали какъ всѣ члены и части государства связаны между собою и съ цѣлымъ, какъ они другъ другу содѣйствуютъ при достиженіи общей цѣли, достигая вмѣстѣ съ тѣмъ и свои особенныя цѣли. Но и публичное право разчленяется такимъ же точно образомъ, какъ и частное (стр. 475), слѣдовательно: 1) по сферамъ личности (отдѣльныя личности, бракъ и семейство, община, союзъ народа и союзъ народовъ), 2) по сферамъ общественнаго развитія (культуры) или *сословіямъ*, но такимъ образомъ что члены этихъ обоихъ отдѣловъ все таки всесторонне охватываютъ другъ друга, ибо отдѣльныя личности, какъ и семейство и община, должны быть поняты также по всѣмъ сферамъ развитія. Противоположность истинно *свободнаго* и всесторонняго разчлененія одностороннему и вынужденному разчлененію среднихъ вѣковъ заключается въ томъ, что нынѣ каждое физическое, или нравственное, лицо, если оно по какой либо преобладающей дѣятельности, религіозной, научной, экономической и т. д., принадлежитъ прежде всего къ какому либо сословію, тѣмъ не менѣе оно не *совершенно* поглощается послѣднимъ, но всегда остается членомъ всеобщаго правоваго порядка, и своею свободною дѣятельностью по правамъ и обязанностямъ можетъ входить во всѣ другія сферы развитія. Разсмотримъ теперь тотъ и другой видъ областей публичнаго права, каждый въ отдѣльности.

1) Всѣ сферы личности имѣютъ какъ частное, такъ и публичное право ([10]).

a) *Отдѣльная личность* имѣетъ свою частно-правовую сферу, для достиженія своихъ отдѣльныхъ цѣлей посредствомъ самоопредѣленія (автономіи), и публично-правовую сферу для своего содѣйствія *общей* цѣли, какъ цѣли *государства*, откуда вытекаютъ ея гражданскіе права, которыя должны быть понимаемы и опредѣлены, какъ и обязанности, ровно какъ и цѣли отдѣльныхъ общественныхъ сферъ, откуда происходятъ ея публично-правовыя сферы: религіи, науки, искусства, воспитанія и экономическія.

b) *Семейство* есть не только частно-правовая, но и публично-правовая

---

(10) *Held*, въ своей System des Verfassungsrechts der monarchischen Staaten 1856, S. 14, говоритъ тоже, что я уже прежде высказалъ со всею опредѣленностью (см. выше стр. 75, примѣчаніе); именно: «государство, какъ и всякое отдѣльное лице, имѣетъ двойную личность, публичную и частную»—или вѣрнѣе: каждое физическое или нравственное лице имѣетъ публично-правовую сторону. Сказанное выше (см. стр. 75) можетъ быть примѣнено къ недостаточному различію, которое дѣлаетъ *Held*, между частнымъ и публичнымъ правомъ.

сфера личности, (см. выше стр. 270), и оно должно бы было имѣть большое значеніе въ государствѣ и всѣхъ публично-общественныхъ порядкахъ. Не только отдѣльныя личности, какъ того требуетъ абстрактное атомистическое ученіе о государствѣ, которое образуетъ послѣднее изъ отдѣльныхъ личностей, какъ изъ атомовъ, но и семейства, въ лицѣ своихъ главъ, должны быть принимаемы въ разсчетъ при всѣхъ видахъ *представительства;* а въ семейномъ совѣтѣ онѣ должны бы были имѣть учрежденіе, которое бы прямо касалось публичной жизни.

c) *Община* ([11]) (см. выше стр. 69) есть общая связь, которая остается мѣстною и охватываетъ всю жизнь своихъ членовъ по всѣмъ существеннымъ отношеніямъ и цѣлямъ, имѣя въ нихъ частно-правовую сторону (которая выражается не въ однихъ отношеніяхъ личной пользы), по скольку эти отношенія, съ ихъ отдѣльными цѣлями, подлежатъ регулированію автономіи, и публично-правовую сторону. Публичная сторона выказывается: съ одной стороны въ томъ, что община есть то же членъ государства, стоитъ подъ его надзоромъ, принимаетъ участіе въ важныхъ публичныхъ функціяхъ и должна бы имѣть извѣстныя публичныя права (напр. при представительствѣ); съ другой стороны въ томъ, что она представляетъ собою расчлененіе для всѣхъ другихъ общественныхъ сферъ и цѣлей жизни, а слѣдовательно, какъ община, выполняетъ права и обязанности: a) относительно религіи и церкви, заботясь о ней пособіями, занимая законное и обязательное положеніе къ церковнымъ строеніямъ, кладбищамъ и т. д., и, сообразуясь съ церковной конституціей, (напр. евангелической церкви), имѣетъ значеніе при замѣщеніи церковныхъ должностей (посредствомъ избранія и утвержденія проповѣдниковъ); b) относительно искусства и науки, въ особенности относительно образованія и воспитанія, посредствомъ попеченія о школахъ; c) относительно соблюденія публичной нравственности; d) въ особенности относительно цѣлей экономическихъ, какъ важное мѣстное экономическое сосредоточіе первообразнаго производства (какъ напр. сельская община), или технической промышленности и торговли (какъ городская община), регулируя также потребленіе посредствомъ общинныхъ учрежденій и мѣръ (общинныхъ кредитныхъ учрежденій, базарной полиціи, и т. д.); e) относительно общечеловѣческихъ цѣлей, заботясь объ общественномъ благосостояніи, о вдовахъ, бѣдныхъ и больныхъ, наблюдая за тѣмъ, чтобы попеченіе объ этихъ общечеловѣческихъ цѣляхъ исключительно не было предоставлено въ руки частной благотворительности, чтобы въ ней не преобладало направленіе обусловленное какимъ либо однимъ вѣроисповѣданіемъ, но чтобы, съ другой стороны, не было устранено содѣйствіе частныхъ лицъ, частныхъ обществъ и духовенства.

Сами общины раздѣляются на *сельскія* и *городскія*, которыя преимущественно представляютъ противоположность между жизнью физической и духовной; въ сельской общинѣ берутъ перевѣсъ тѣ произведенія, въ которыхъ преимущественно видны только силы природы, городская же община соединяетъ въ себѣ всю ту дѣятельность, гдѣ духъ занимаетъ первое мѣсто, такъ что въ ней соединены и техническая промышленная дѣятельность и торговля, ровно какъ и всѣ другія духовныя сферы дѣятельности, науки, искусства, воспитанія, которыя въ общинѣ легче всего находятъ взаимное вспомоществованіе и пополненіе. Городская

(11) Прекрасная статья объ общинѣ помѣщена въ deutsche Vierteljahrsschrift. 1836. Heft 3.

община снова раздѣляется на малые, средніе и большіе города, чѣмъ установляется постепенность всей духовной дѣятельности (посредствомъ низшихъ и среднихъ учебныхъ заведеній, гимназій, университетовъ и высшихъ техническихъ учрежденій, также посредствомъ мелочной и гуртовой промышленности и торговли, посредствомъ пасторской должности и высшихъ духовныхъ учрежденій). Политическое регулированіе правомъ должно соотвѣтствовать этимъ различнымъ естественнымъ и духовнымъ жизненнымъ отношеніямъ общинъ. Поэтому совершенно нелѣпо уравнивать всѣ общины, и организовать ихъ по однимъ и тѣмъ же политическимъ принципамъ права. Напротивъ, должно дѣлать существенное различіе между сельскими и городскими общинами и между послѣдними, покрайней мѣрѣ, слѣдуетъ различать малые и большіе города. Въ городскихъ общинахъ должно занимать первое мѣсто во всѣхъ главныхъ отношеніяхъ свобода промышленности, торговли, переселенія и брака; въ сельской общинѣ характеръ естественныхъ отношеній самъ собою представляетъ сдерживающія начала и требуетъ: прикрѣпленія общиннаго права къ землѣ и почвѣ, чѣмъ существенно ограничивается также переселеніе и свобода брака.

d) *Народъ*, или общій союзъ, обусловливаемый общимъ происхожденіемъ и языкомъ, который также есть сфера личности, обнимающая собою всѣ цѣли развитія, представляется публично-правовымъ существомъ, какъ во внутреннемъ отношеніи, во всѣхъ своихъ главныхъ разчлененіяхъ, подчиненныхъ прежде всего общему правовому порядку, или государству, такъ и во внѣшнемъ отношеніи, какъ личность международнаго права въ союзѣ народовъ.

2) Но, какъ уже замѣчено, всѣ сферы жизни, направленныя къ осуществленію одной главной цѣли, имѣютъ каждая свое *публичное* право, которое должно быть понимаемо органически, по обусловливающимъ взаимнымъ отношеніямъ этихъ сферъ между собою и къ государству. Относительно экономическаго порядка мы уже указали въ частномъ правѣ (см. выше стр. 483), какимъ образомъ и послѣдній подлежитъ также публично-правовому регулированію и требуетъ *организаціи* въ корпораціяхъ, совѣтахъ, камерахъ и судахъ земледѣлія, промышленности, и торговли. Публичное право науки, искусства, воспитанія и нравственности регулируются въ настоящее время только государствомъ и существующими для того учрежденіями, зависятъ отъ него и поддерживаются имъ, такъ какъ самостоятельность, которою они пользовались прежде (напр. университеты), въ настоящее время совершенно изчезла. Но хотя и въ этомъ отношеніи слѣдуетъ постоянно поддерживать публичное право государства, тѣмъ не менѣе и здѣсь возможно возникновеніе болѣе корпоративной организаціи. Напротивъ, христіанская церковь имѣетъ исторически пріобрѣтенныя и утвержденныя—самостоятельность и публичное право для общей религіозной цѣли, которыя въ свою очередь должны повести къ бо́льшей самостоятельности евангелической церкви, самостоятельности, проистекшей изъ реформаціи и подпавшей въ слишкомъ большую зависимость отъ государственной власти. Это публичное церковное право обнимаетъ собою всѣ регулирующія нормы, обусловливающія взаимныя отношенія всѣхъ членовъ и расчлененій религіознаго общества въ устройствѣ и управленіи. Наконецъ и государство, вслѣдствіе своего правоваго отношенія ко всѣмъ сферамъ жизни, есть *всеобщій* правовой порядокъ, а потому и должно имѣть свое общее публичное право (государственное право въ тѣсномъ смыслѣ), которое заключаетъ въ себѣ всѣ условія, необходимыя для существованія и развитія государства. Эти условія для взаимныхъ отношеній и общественной дѣятельности всѣхъ

членовъ и расчлененій государства должны быть установлены въ его конституціи. Но государство, по причинѣ своего всесторонняго правоваго отношенія ко всѣмъ сферамъ жизни, есть *всеобщій* правовой порядокъ права, а потому и должно имѣть свое *общее публичное* право, которое бы стояло выше всѣхъ отдѣльныхъ публичныхъ правъ. Но это должно совершаться такъ, чтобы и притязанія отдѣльныхъ публичныхъ сферъ права могли имѣть силу, чтобы было возможно общее уравненіе, и чтобы вмѣстѣ съ тѣмъ была видна живая и дѣятельная органическая связь всѣхъ расчлененій общественнаго порядка государства. Изъ этого вытекаетъ требованіе истиннаго, соотвѣтствующаго цѣли, публичнаго представительства, которое, по его важности, мы и разсмотримъ отдѣльно.

§ 6. *Представительство въ публичномъ правѣ.*

Въ публичномъ правѣ принципъ представительства имѣетъ такоеже существенное основаніе, какъ и въ частномъ правѣ. Это основаніе выражается въ заботливости о другихъ лицахъ и ихъ интересахъ, узаконяемой и обязательной вслѣдствіе совмѣстнаго существованія людей другъ для друга. Подобно тому, какъ въ частномъ правѣ, при помощи германскаго воззрѣнія на право и обычая, это понятіе получило болѣе обширное примѣненіе, нежели въ римскомъ правѣ, такъ и въ публичномъ правѣ, еще въ большемъ размѣрѣ, оно повело къ истинной системѣ представительства, неизвѣстной древнимъ. Начало этой системы не должно искать исключительно ни въ германскихъ учрежденіяхъ (какъ это указывалъ Монтескьё), ни въ христіанствѣ и его древнихъ общинахъ (какъ утверждаютъ то нѣкоторые новѣйшіе, знаменитые ученые, напр. K. S. Zachariä, Villemain, и др.), но въ томъ и другомъ вмѣстѣ. Христіанство, вслѣдствіе того огромнаго значенія, которое имѣло въ немъ понятіе представительства, уже значительно облегчило практическое примѣненіе этого принципа во всей человѣческой жизни; своими древнѣйшими собраніями, которые устраивались изъ депутатовъ отъ различныхъ христіанскихъ общинъ, оно положительнымъ образомъ дало примѣръ такимъ собраніямъ и въ политическомъ порядкѣ. Но и въ до-христіанской, древне-германской жизни мы встрѣчаемъ общія сходки депутатовъ отъ различныхъ германскихъ народовъ (см. выше стр. 249). Это начало было, слѣдовательно, и германское и христіанское; оно слагалось жизнью, пока наконецъ наука систематически не развила этотъ принципъ для государственной жизни Но и здѣсь новая наука, вслѣдствіе своего отвлеченнаго характера, сдѣлала важныя ошибки. Съ одной стороны, она придала слишкомъ большое значеніе принципу представительства и, признавая за нимъ слишкомъ огромное значеніе, черезъ чуръ стѣснила примѣніе основнаго принципа *самодѣятельности* и *автономіи* всѣхъ членовъ и расчлененій государства и общества, которые также выполнять свое собственное право. Съ другой стороны, объективнымъ понятіемъ о государствѣ и его цѣли и вытекающими отсюда правами и обязанностями, которыя стоятъ выше воли и рѣшеній, выражаемыхъ представительствомъ, она недостаточно ограничила послѣднее. Несомнѣнно, что отвлеченное научное и политическое направленіе стремилось къ установленію всемогущества представительства, которое, вслѣдствіе своего необузданнаго произвола сдѣлалось опаснымъ для существованія государственнаго порядка и его необходимыхъ основныхъ условій и главныхъ составныхъ частей. Не должно желать возвращенія къ древнему сословному представительству, при которомъ

публично-правовая цѣль понималась какъ частная, ибо эти древнія сословія представляли не цѣлый народъ, а только частные интересы, отчасти по собственному праву (какъ напр. нѣсколько семействъ), отчасти по порученію избирателей, инструкціями которыхъ они были связаны какъ лица, исполняющія частно-правовыя порученія. Какъ само государство возвысилось отъ средневѣковыхъ частныхъ расчлененій и интересовъ до *всеобщаго* порядка, такъ и система представительства сдѣлала сообразный тому успѣхъ въ томъ отношеніи, что въ настоящее время она основывается на единствѣ и общности государства и не связываетъ болѣе представителя инструкціями, но ставитъ ему въ обязанность руководствоваться цѣлымъ государствомъ, общественными благомъ и интересами. Тѣмъ не менѣе система представительства, до сихъ поръ имѣющая значеніе въ теоріи и практикѣ, должна быть измѣнена въ своихъ главныхъ пунктахъ, отчасти укрѣпленіемъ уваженія къ основнымъ условіямъ государственнаго порядка, которыя должны быть опредѣлены въ конституціи, и огражденіемъ самоуправленія всѣхъ членовъ и расчлененій государства, и вообще всѣхъ сферъ права въ публичномъ и частномъ правѣ, отъ самовластья и утрировки представительства; частью же посредствомъ новой организаціи самого представительства.

Но принципъ представительства не только имѣетъ историческое основаніе, и неотступно требуется новѣйшимъ развитіемъ, но и составляетъ самую существенную этическо-*органическую* связь во всей народной и государственной жизни. Какъ въ живомъ органическомъ тѣлѣ всѣ главныя части, функціи или органы, соединяются нервами, проходящими отъ одной части къ другой, и собирающимися въ особыхъ центрахъ, общихъ исходныхъ точкахъ жизни, такъ и въ этическо-свободномъ организмѣ государства всѣ члены и расчлененія его должны соединяться съ цѣлымъ при помощи членовъ посредствующихъ. Это послужитъ къ споспѣшествованію цѣли и дѣятельности всего государства.

Этическій характеръ *представительства* сразу устраняетъ всѣ ложныя представленія о немъ. Представительство не есть прямое участіе въ правленіи, потому что оно существуетъ исключительно для той цѣли,—чтобы быть сообразнымъ съ конституціей органомъ, служащимъ выраженіемъ нравовъ и обычаевъ, столь важныхъ въ государственной жизни,—чтобы при выполненіи государственной власти соединять, важныя въ умственномъ и нравственномъ отношеніи, силы, вытекающія изъ отдѣльныхъ расчлененій государства,—чтобы заявлять общественные потребности и интересы, и—заботиться объ уравненіи этихъ интересовъ съ благомъ цѣлаго, о сохраненіи и укрѣпленіи общаго духа и государственной власти, и наконецъ о сохраненіи надлежащаго положенія всѣхъ частей. Посредствомъ такого этическаго и органическаго пониманія представительства устраняется и тотъ ложный мотивъ *недовѣрія* къ государственной власти, равно какъ и *механическое* воззрѣніе на представительство, какъ только на *противодѣятеля*, — воззрѣніе, имѣющее лишь долю истины, такъ какъ представительство, согласно съ своею сущностью и цѣлью, должно дѣйствовать для достиженія общаго блага рядомъ съ государственною властью и, уравнивая взглядъ на условія, средства и пути государственной власти, даже подкрѣплять послѣднее. Но чтобы представительство могло соотвѣтствовать своей задачѣ, формально-важнымъ условіемъ является то, чтобы сложилось общественное мнѣніе объ исполненіи обязанностей и правъ представительства,

чтобы была нравственная отвѣтственность послѣдняго и чтобы, слѣдовательно, представительная дѣятельность была *публичною*.

Теперь слѣдуетъ разсмотрѣть *представительство* по степенямъ и видамъ его, и по способамъ его образованія и состава.

1. *Степени* представительства объусловливаются постепенностью въ расчлененіи публичной жизни. Нижайшей степенью является *семейный совѣтъ*, который или только еще долженъ быть вызванъ къ жизни, или долженъ получить лучшую организацію, чѣмъ какую имѣетъ (напр. во Франціи). Въ этомъ совѣтѣ представители даются уже естественно-нравственными отношеніями родства; совѣщанія этого совѣта, равно какъ и постановленія его, собственно не должны выходить за предѣлы сферы семейной. Вторая степень—это *общинное представительство*, отъ котораго не должно отказываться ни одно образованное государство, но для котораго необходима извѣстнаго рода публичность (если не засѣданій, то по крайней мѣрѣ совѣщаній и постановленій). Не принимая въ разсчетъ другія возможныя посредствующія степени, какъ напр. окружное представительство, уѣздное и проч., третьею главною степенью будетъ *представительство провинціальное*, которое является насущною потребностью каждаго большаго государства. При *представительствѣ народа* и *страны* на общемъ сеймѣ, предполагается высшая степень народнаго развитія; въ чисто-нѣмецкихъ государствахъ оно подготовлено прежними земскими сословіями, и теперь всюду признано фактически и юридически. Трудно рѣшить этотъ вопросъ, имѣющій столь важное значеніе, въ исторіи цивилизаціи, для государствъ, составленныхъ изъ различныхъ національностей (см. выше стр. 493), гдѣ, если вообще предположить достаточное развитіе общинной жизни, допустить сознаніе принадлежности къ одному государству, убѣжденіе въ необходимости союза, и серьезное желаніе совмѣстнаго существованія и содѣйствія къ выполненію одной общей цѣли,—условія, необходимыя для такого представительства,—послѣднее можетъ возникнуть лишь въ ограниченномъ видѣ и при томъ такъ, чтобы имъ ненарушались единство и прочность государства, обусловливающія выполненіе высшей исторической задачи.

2. Представительство должно имѣть мѣсто и во всѣхъ общественныхъ *сословіяхъ*, организованныхъ по главнымъ цѣлямъ жизни. Оно имѣетъ здѣсь также различныя степени. Для экономическихъ цѣлей, представительство, какъ выше было замѣчено (см. стр. 483), мы находимъ въ совѣтѣ корпорацій, въ камерахъ и судахъ для сословій земледѣльческаго, промышленнаго и торговаго. Какъ уже показано, цѣлесообразное представительство, доселѣ еще мало организованныхъ сословій науки и искусства, можетъ имѣть мѣсто въ совѣтѣ корпорацій, которымъ эти интересы присущи и которыя вмѣстѣ съ тѣмъ выполняютъ дисциплинарную функцію.

3. Органическая связь всѣхъ главныхъ расчлененій государственной и общественной жизни указываетъ еще на другой важный видъ представительства, многоразлично удовлетворяющій потребностямъ практической жизни. Этотъ родъ представительства исполняется засѣдателями (а иногда и предсѣдателями), представляющими собою тѣ порядки и расчлененія, которые должны имѣть интересъ и право въ управленіи и юстиціи другихъ порядковъ. Это право представительства можетъ исполняться или сословными засѣдателями, или временными, избираемыми для одного дѣла. Въ практической жизни они существуютъ въ смѣшанныхъ брачныхъ судахъ протестантскихъ странъ, въ юристахъ-засѣ-

дателяхъ и предсѣдателяхъ торговыхъ и промышленныхъ камеръ и судовъ; ей также они извѣстны, какъ засѣдатели, временно назначаемые, ради общественныхъ интересовъ, государственными присутственными мѣстами въ генеральныя собранія большихъ акціонерныхъ обществъ. Они необходимы вездѣ, гдѣ въ относительно самостоятельномъ общественномъ порядкѣ должно сохранить интересы другаго, особенно интересы государства, какъ общаго правоваго порядка, что̀ гораздо удобнѣе дѣлается непосредственно, при помощи такихъ засѣдателей, чѣмъ посредствомъ особенныхъ присутственныхъ мѣстъ и инстанцій.

4. При *образованіи* представительства, вслѣдствіе прямаго и непосредственнаго отношенія между избирателями и избираемыми, нужно предпочитать *прямой* способъ избранія, потому что представительство совершается посредствомъ выбора, а не опредѣляется естественно-историческими отношеніями, какъ въ семейномъ совѣтѣ, и не имѣетъ исторически-положительнаго государственно-правоваго основанія, какъ въ высшемъ дворянствѣ Германіи. Впрочемъ, *косвенный* способъ выбора примѣнимъ при незначительной степени народнаго образованія, гдѣ онъ можетъ служить подготовкой для позднѣйшаго прямаго выбора, или же при значительномъ распространеніи права голоса, гдѣ также ограниченіе необходимо, будетъ ли косвенный способъ выбора существовать исключительно, или рядомъ съ прямымъ, существующимъ въ извѣстныхъ классахъ или отношеніяхъ (напр. городахъ).

5. Относительно состава, представительство можетъ соединяться въ одномъ собраніи во всѣхъ отдѣльныхъ сферахъ личности, въ семейномъ, общинномъ и провинціальномъ совѣтахъ, а также и во всѣхъ общественно-сословныхъ сферахъ, такъ какъ и здѣсь представляется постоянно лишь *одно* общественное расчлененіе. Но во всеобщемъ правовомъ и государственномъ порядкѣ представительство по своимъ главнымъ началамъ должно быть двоякимъ, заявляя себя въ двойномъ (но не болѣе) собраніи, по такъ-называемой двухъ палатной системѣ. Кромѣ причинъ, которыя мы разсмотримъ еще ближе, въ пользу этого говорятъ, съ одной стороны, причины историческія, ибо уже въ древне-германской народной общинѣ существовала двураздѣльность совѣщанія: — совѣщаніе князей *Ting* (Gaufürsten, principes) и—сельскихъ общинъ (см. выше стр. 249, замѣтку 4), а позднѣе являются раздѣленія по сословіямъ, хотя и не соотвѣтственнымъ образомъ; съ другой стороны, въ пользу этаго раздѣленія говорятъ причины цѣлесообразности, которыя постоянно проистекаютъ изъ истинныхъ принциповъ, какъ напримѣръ гарантія противъ односторонняго пониманія, поспѣшности, страстей, и т. д. Но въ высшемъ смыслѣ эта двураздѣльность происходитъ изъ основныхъ положеній. Въ подтвержденіе этого выставлялись различные принципы и руководящія воззрѣнія, особенно принимали часто за основаніе различія аристократическаго и демократическаго элементовъ въ народѣ, и государствѣ, которые требовали каждый особаго представительства. Но не забывая важности этихъ элементовъ, по присущему имъ достоинству, въ высшемъ различіи оставимъ за ними должное значеніе.

Какъ результатъ развитой нами теоріи, *двураздѣльность* представительства на двѣ палаты, или камеры, является основанной на различіи *всеобщаго публично-правоваго* и государственнаго порядка и *отдѣльныхъ публично-правовыхъ сословныхъ* расчлененій, которыя, хотя и дѣйствуютъ самостоятельно

для ихъ цѣлей и въ ихъ отдѣльныхъ жизненныхъ сферахъ, тѣмъ не менѣе, по правовымъ принципамъ споспѣшествованія и охраненія, поддерживаются государствомъ. Слѣдовательно, въ одной палатѣ право получаетъ примѣненіе ([12]), по преимуществу непосредственно, въ своемъ единствѣ и всеобщности само по себѣ и само для себя, въ другой—преимущественно, по своему отношенію ко всѣмъ цѣлямъ общественной жизни; потому въ одной народъ представляется въ его единствѣ, какъ лицо нравственное, въ другой же—по его внутреннему *сословному* расчлененію. Но для того, чтобы уравнять взаимные интересы и, въ силу всеобщаго принципа права, каждый законъ долженъ быть подтвержденъ согласіемъ обѣихъ палатъ. Выборъ членовъ той и другой палаты тоже долженъ быть различенъ. Члены первой палаты выбираются по извѣстнымъ территоріальнымъ раздѣленіямъ государства, при чемъ не берется въ разсчетъ сословное расчлененіе и общества принимаются въ уваженіе лишь общія естественныя и нравственныя условія, при которыхъ личность имѣетъ право выбирать и пользоваться правомъ быть выбранной. Напротивъ, члены палаты, составленной по сословіямъ, избираются послѣдними. Въ этой палатѣ, по сущности отношеній, которыя опредѣляются еще способомъ выбора, найдутъ свое мѣсто личности, которыя выдаются въ какомъ нибудь сословіи, слѣдовательно *аристократическіе* элементы въ полномъ смыслѣ слова могутъ выразить здѣсь свое представительство. Согласно съ этимъ принципомъ и конкретными отношеніями государства, политика, рядомъ съ вновь организованными по главнымъ цѣлямъ жизни сословіями, должна предоставить надлежащее положеніе и высшей родовой аристократіи, обладающей политическими правами, все равно будетъ ли это совершаться посредствомъ лично-уполномоченныхъ, или избранныхъ представителей.

Такимъ образомъ представительство будетъ истинно *органическимъ*, въ которомъ принимается во вниманіе и *единство* народа и правовой порядокъ, равно какъ *различіе* сословій и ихъ интересовъ; оно будетъ опорою *правительства*, которое, какъ высшая власть въ государствѣ, органически связующая

---

(12) Я развилъ эту теорію уже въ моемъ соч. organische Staatslehre S. 161, ff. Въ kritischer Ueberschau. Bd. I. S. 251, Pözl на мой способъ раздѣленія сдѣлалъ то возраженіе, что ему кажется произвольнымъ различіе между прямою и непрямою государственною цѣлью, ибо и при споспѣшествованіи нравственности, наукѣ и искусству учавствуетъ главнымъ образомъ все общество. Но это возраженіе основано на томъ, что онъ не сообразилъ существеннаго различія, *какъ* государство должно заботиться о правѣ, и *какъ* о другихъ областяхъ культуры. Что касается раздѣленія представительства, то теперь *Моль*, по крайней мѣрѣ въ основаніяхъ, высказываетъ тотъ же взглядъ, который я развилъ въ моемъ соч. organische Staatslehre, говоря ib. Bd I S. 286: « ошибочно было бы смотрѣть на народъ, какъ на анатомическую однообразную массу, состоящую изъ рядомъ стоящихъ отдѣльныхъ лицъ, тогда какъ онъ состоитъ изъ значительнаго числа общественныхъ сферъ, которыя, какъ одно цѣлое, хотя и имѣютъ общія права и интересы, все таки, будучи различными, требуютъ сообразную степень воли и права; такимъ образомъ изъ ученія объ *обществѣ* явилась необходимость образовать народное представительство по обоимъ, хотя различнымъ, но соединимымъ принципамъ признанія всѣхъ фактическихъ *особенностей* и всеобъемлющей *общности*. Извѣстно, что по этой системѣ образовалось *представительство* въ двухъ камерахъ реформированной ганноверской конституціи 1848-го года, въ которой слишкомъ мало обращено было вниманія на весьма важныя, имѣющія историческое основаніе притязанія дворянства на участіе въ сословной камерѣ. Впрочемъ я думаю, что между нѣмецкими писателями я первый (въ философіи права) выставилъ въ основаніи принципъ представительства по интересамъ (еще прежде de Sismondi). Ибо Liebe, (котораго Моль ib. S. 286 цитируетъ между первыми) въ своемъ сочиненіи, « der Grundadel » 1844, S. 117 ff., заимствовалъ какъ принципъ права, такъ и принципъ представительства изъ моего соч. Rechtsphilosophie, которое при его содѣйствіи было переведено на нѣмецкій языкъ въ Брауншвейгѣ.

и руководящая всѣ другія власти, имѣетъ своимъ предметомъ, регулированіе и управленіе государственной жизни, согласно съ высшимъ и общимъ воззрѣніемъ на внутреннія и внѣшнія отношенія. Въ государственной и общественной жизни представительство есть истинная органическая связь между отдѣльными расчлененіями и между ними и цѣлымъ, поддерживая въ нихъ правильный жизненный процессъ; оно—живой посредникъ между частнымъ и публичнымъ правомъ, и должно часто, сообразуясь съ жизненными отношеніями и нравами народа, установлять границы между тѣмъ, что̀ должно быть предоставлено автономіи частныхъ лицъ, и тѣмъ, что̀ должно подчиняться опредѣленію и господству публичной власти.

Это представительство, прежде всего, встрѣчается при *законодательной* власти въ государствѣ. Но при всей важности его не должно упускать изъ виду его значенія въ главныхъ областяхъ управленія и во всѣхъ другихъ публичныхъ сферахъ жизни, гдѣ оно, будучи достаточно организованнымъ и снабженнымъ оживляющею публичностью, можетъ тоже поддерживать публичный духъ, и даже, при недостаткѣ высшаго представительства, распространять этотъ духъ по всѣмъ существеннымъ направленіямъ.

Публичное направленіе во всѣхъ жизненныхъ сферахъ, которое мы изложили научно и которое преимущественно воспитывается о́рганомъ публичнаго представительства, является и практически основнымъ условіемъ пробужденія и подкрѣпленія общаго чувства, любви къ цѣлому, образованія убѣжденій и истиннаго сочувствія къ благу и цѣли цѣлаго. Тамъ, гдѣ исчезаетъ публичная жизнь, гдѣ отдѣльныя лица атомистически предоставлены сами себѣ и группируются только по случайностямъ индивидуальныхъ интересовъ, тамъ, въ тяжелой атмосферѣ частной жизни, хотя и распространяются многіе частные интересы и страсти, но нравственное и правовое чувство цѣлаго, сознаніе достоинства и чести, укрѣпляемое общественностью, твердый и благородный характеръ, служеніе высшимъ общимъ цѣлямъ — все болѣе и болѣе исчезаютъ въ эгоистическихъ интересахъ, въ общемъ стремленіи вознаградить себя за потерянныя или отнятыя блага публичной жизни, посредствомъ пріобрѣтенія въ жизни частной, достигающаго послѣднихъ предѣловъ возможнаго. *Монархія*, имѣющая основаніе въ исторіи образованныхъ народовъ Европы, удерживаемая и освященная нравами и привязанностью народовъ, своимъ высокимъ положеніемъ особенно способная сохранить благо общества, представляющая единство, прочность и продолжительность государства, будучи публичнымъ учрежденіемъ, всего вѣрнѣе можетъ исполнить свою высшую задачу ко благу народовъ, подкрѣпляясь дѣятельнымъ участіемъ всѣхъ публичныхъ жизненныхъ сферъ, силою публичныхъ нравовъ и мнѣній, и живымъ взаимнодѣйствіемъ всѣхъ публичныхъ интересовъ и ихъ о́ргановъ.

ОТДѢЛЪ ВТОРЫЙ.

ПУБЛИЧНОЕ МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО ([13]).

§ 1. *понятіе этаго права и взгляды на его изложеніе.*

I. *Понятіе. Международное право* вообще есть совокупность нормъ регулирующихъ взаимныя отношенія народовъ, по условіямъ совмѣстнаго существованія другъ для друга и взаимныхъ сношеній. Но народы находятся въ этихъ сношеніяхъ отчасти какъ одно цѣлое, какъ нравственныя лица (болѣе или менѣе приведенные въ государственный порядокъ), или же какъ множество отдѣльныхъ лицъ, правовыя отношенія которыхъ, при все болѣе и болѣе оживляющихся сношеніяхъ, заходятъ часто за предѣлы государства, въ которое эти лица входятъ какъ граждане. Итакъ существуетъ двоякое международное право: 1) *публичное* международное право, установляющее для каждаго народа, въ его общихъ отношеніяхъ, нормы необходимыя для достиженія общей цѣли, и 2) *частное* международное право, (droit international privé) (см. выше стр. 87), опредѣляющее означенныя нормы для отдѣльныхъ лицъ различныхъ государствъ и особенныхъ цѣлей, преслѣдуемыхъ этими лицами въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ.

Это *частное* международное право ([14]), которое въ особенности разсматриваетъ важные и трудные вопросы, касающіеся предѣловъ приложимости частнаго права государства въ частныхъ правовыхъ отношеніяхъ возникшихъ за границей, или относящихся къ иностранцамъ или иностраннымъ государствамъ, опредѣлялось по различнымъ основнымъ положеніямъ. Въ древнѣйшій періодъ герман-

---

(13) Относительно международнаго права слѣдуетъ привести сочиненія: Heffter, Das Europäische Völkrrechtd er Gegenwart 3 Aufl. 1856 г.; для исторіи: Wheaton, Histoire des progrès du drorit des gens. Paris et Leipzig, 2 vol. édit. 3, 1853; относительно литературы и главныхъ вопросовъ: R. v. Mohl, ib. S. 337—430, и Laurent, Histoire du droit des gens, 7 Volumes, Gand, 1850—1854; это сочиненіе впрочемъ болѣе философская исторія человѣческихъ нравовъ вообще.

(14) Относительно литературы и главнѣйшихъ вопросовъ см. Mohl, ib. S. 441 — 454 Кромѣ того для литературы важны: W. Bornemann. Erörterungen im Gebiete des preuss Rechts 1853. и I. Unger, System des allgem. Oesterr. Privatrechts, S. 149—219.

ской исторіи германское чувство справедливости установило для побѣжденныхъ народовъ систему личныхъ правъ (см. выше стр. 285); въ средніе вѣка, съ развитіемъ территоріальной власти, началъ господствовать односторонній территоріальный принципъ; напротивъ, въ новѣйшее время приняли за основаніе болѣе гуманный принципъ *comitatis nationum*. Но и въ этой области важнѣйшія и общія основныя положенія можетъ установить тотъ истинный принципъ права, который требуетъ, какъ самостоятельности и автономіи государства, какъ моральной личности, такъ и содѣйствія и законнаго поощренія цѣлямъ другихъ государствъ, на сколько это содѣйствіе бываетъ необходимымъ условіемъ возстановленія права, (на что и указалъ Моль, ib. S. 432, въ особенности относительно *уголовнаго* права, какъ *стороны* международныхъ отношеній).

Публичное международное право (называемое также правомъ государствъ, droit international), основныя черты котораго мы здѣсь изложимъ, какъ всякая частная и публичная отрасль права, можетъ и должно быть разсматриваемо и излагаемо съ троякой точки зрѣнія (см. выше стр. 87), именно: съ *философской*, съ *опытной* (а именно исторической, статистической и положительно-правовой) и съ *политической*.

Философское международное право развиваетъ объективно-правовыя отношенія и нормы взаимно обусловливающагося совмѣстнаго существованія народовъ другъ для друга, не *изъ* разума, но объективно, *при помощи* разумнаго и основательнаго пониманія органически-этическихъ взаимныхъ отношеній народовъ, какъ членовъ человѣчества. Философія права и въ этой области явнымъ образомъ придала значеніе истинно христіанскимъ и гуманнымъ принципамъ и доказала ихъ практическую важность. *Гуго Гроцій*, въ своемъ сочиненіи de jure belli ac pacis, 1625 г. (которое находится въ связи съ его прежнимъ сочиненіемъ — de mari libero, 1609 г.), гдѣ онъ обращается къ изрѣченіямъ мыслителей и предписаніямъ христіанства и гдѣ споспѣшествующій нравственности принципъ общественности принимается за руководящее основное положеніе, создалъ кодексъ международнаго права, къ которому часто обращались и который принимали въ уваженіе многіе государственные люди. Еще болѣе распространились сочиненія *Вольфовой* школы, выставившей на первый планъ принципъ усовершенствованія и благосостоянія. Изъ сочиненій этой школы сочиненіе Vattel'я, (Швейцарца) — Droit des gens, 1758 г., хотя и уменьшаетъ значеніе основныхъ принциповъ,—тѣмъ не менѣе, по своей ясности и сжатости, до сихъ поръ служитъ руководствомъ дипломаціи у всѣхъ образованныхъ народовъ, (это сочиненіе еще не такъ давно было издано на французскомъ языкѣ par P. Royer—Collard, въ Парижѣ, 1835 г. и въ англійскомъ переводѣ—J. Chitty, Lond. 1834). Школа *Канта*, по причинѣ абстрактнаго изложенія ученія, пріобрѣла меньшее значеніе. Впрочемъ, сочиненія *Мартенса* и *Клюбера* на французскомъ языкѣ имѣютъ значеніе и за предѣлами Германіи. Напротивъ, изложеніе, обнимающее философскимъ духомъ фактическія отношенія, какое даетъ Heffter, усвоившій лучшій духъ Гегелевой философіи, объемлющій объективныя отношенія, въ своемъ прекрасномъ сочиненіи: Das europäische Völkerrecht der Gegenwart, 3. Auflage, 1856, можетъ разсчитывать на все большій и большій практическій успѣхъ. Тѣмъ не менѣе до сихъ поръ остается потребностью болѣе глубокое, научное изложеніе основныхъ принциповъ и пополненіе многихъ пробѣловъ.

Такъ какъ общая верховная власть, снабженная законодательною властію, обозначается философскимъ правомъ какъ идеалъ, къ которому должно стремиться для утвержденія, если не вѣчнаго, то покрайней мѣрѣ, продолжительнаго мира, то *положительное, международное право*, по своимъ источникамъ, основывается не на общихъ формальныхъ законахъ, а преимущественно на международномъ *обычаѣ*, складывающемся подъ вліяніемъ прогресса въ христіанскихъ и гуманныхъ нравахъ, слѣдовательно, на обычномъ правѣ, далѣе на авторитетѣ *науки*, которая выступаетъ въ этой отрасли болѣе непосредственно, по причинѣ недостатка формальныхъ законовъ, и, наконецъ, на *договорахъ*, обязательныхъ, конечно, только для договаривающихся сторонъ и дѣйствіе которыхъ, за недостаткомъ судебнаго принужденія, обусловливается вообще лишь нравственнымъ уваженіемъ договоровъ и международныхъ отношеній.

Политика международнаго права, (которую не должно смѣшивать съ внѣшнею политикой государства), есть наука и практическое примѣненіе согласованія данныхъ отношеній съ потребностями прогресса, на основаніи положительнаго международнаго права, основныя положенія котораго она должна считать обязательными въ сношеніяхъ, и согласно съ высшими философскими требованіями, которыя должны быть ей извѣстны. Она примыкаетъ къ философскому и положительному международному праву, но всегда должна быть отличаема какъ отъ общихъ основныхъ положеній, такъ и отъ существующаго въ данное время права. Такъ напр., философское международное право уже давно требовало основнаго правоваго уравненія сухопутной и морской войны, положительное же право почти совершенно противорѣчило этому; но политика въ наукѣ и практикѣ потребовала большаго сближенія, которое въ послѣднее время и было признано европейскими государствами мартовскимъ договоромъ 1856-го года.

§ 2. *Обзоръ историческаго развитія международнаго права.*

Международное право, какъ и всѣ важныя жизненныя отношенія, образовалось прежде всего и преимущественно подъ вліяніемъ идей религіозныхъ. Такъ, говоря только о классической древности, у Грековъ мы встрѣчаемъ признаніе нѣкоторыхъ основныхъ положеній международнаго права, относящихся къ религіи и культу (напр., уваженіе права убѣжища въ храмахъ при завоеваніяхъ, погребеніе убитыхъ), при чемъ совѣтъ амфиктіоновъ поддерживаетъ основныя положенія, общія для всѣхъ племенъ греческихъ. Въ Римѣ международное право не сдѣлало успѣховъ. Римское право феціаловъ только формально относилось къ извѣстнымъ военнымъ обрядамъ, въ дѣйствительности нисколько не смягчая ихъ. *Христіанство* произвело громадный переворотъ и въ международномъ правѣ (см. выше стр. 104). Международное право должно было существенно измѣниться подъ вліяніемъ вѣры въ единаго Бога, Отца всѣхъ людей, и вытекающей отсюда заповѣди, обращаться со всѣми людьми, какъ съ братьями. Главными исходными точками такого измѣненія были: съ одной стороны *національное* единство побѣдоносныхъ *германскихъ* племенъ, противоположное единству римскому, *политическому;* съ другой стороны, и въ болѣе духовномъ отношеніи, сильная организація христіанской церкви подъ однимъ духовнымъ главою, который часто выступалъ, примиряя, чиня судъ, и дѣйствуя благотворно на уничтоженіе суровыхъ обычаевъ. Возникло христіанское международное право, нашедшее себѣ примѣненіе

въ *европейско-германскомъ народномъ государствѣ*, въ которомъ свѣтскій глава, подобно римскому императору, присвоилъ себѣ всемірное, покрайней мѣрѣ ленное, владычество надъ всѣми христіанскими странами. Это христіанско-европейское международное право развивалось, вслѣдствіе общихъ предпріятій христіанскихъ народовъ въ крестовыхъ походахъ и вслѣдствіе прогрессивнаго распространенія торговли и усвоенія римскаго права, какъ права дѣйствующаго во всѣхъ христіанскихъ странахъ. *Реформація*, хотя и произвела разъединеніе церкви, но не только сохранила, а даже еще болѣе развила христіанскій духъ; къ ея времени относятся главнѣйшіе писатели по международному праву. Но въ Италіи возникла эгоистическая и хитрая политика, нашедшая примѣненіе преимущественно въ Испаніи и мало по малу проникнувшая во всѣ кабинеты. Высокомѣріе отдѣльныхъ государствъ вызвало систему *равновѣсія* въ видахъ самосохраненія. Эта важная система прошла многія фазы развитія. Она возникла собственно во времена соперничества Карла V съ Франциской I. Ее имѣлъ въ виду планъ Генриха IV. Ей, далѣе, германскій протестантизмъ обязанъ въ поддержкѣ себя католическою Франціею. Вестфальскій миръ утвердилъ состояніе произведенное событіями, и, высказавшись въ пользу равноправности католическаго и протестанскаго вѣроисповѣданій, установилъ родъ равновѣсія между Габсбурскимъ домомъ и домомъ Бурбоновъ. Высокомѣріе Людовика XIV, стремившагося къ европейскому первенству, сокрушено было при Вильгелмѣ III-мъ Англіею, которая, уже при Кромвеллѣ, положила основаніе своего морскаго и торговаго могущества, и разцвѣтшими Нидерландами, доказавшими свою твердость и въ несчастіи. Но въ относительномъ могуществѣ государствъ произошли новыя измѣненія. Англія, уничтоживъ въ битвѣ при Hogue французскія морскія силы, въ 1692 году, сдѣлалась царицею морей. Петръ Великій, возложившій въ 1721 г. на себя императорскую корону, ввелъ Россію въ образованіе и международныя сношенія съ Европою. Пруссія возвысилась на степень второстепенной державы на счетъ Австріи, разрознила союзъ германскихъ государствъ, но увеличила число важныхъ государствъ, имѣющихъ значеніе. Напротивъ, англійское единодержавіе на морѣ получило первый ударъ отдѣленіемъ Соединенныхъ Штатовъ, при чемъ Франція выполняетъ мщеніе. Во время же раздѣла Польши разражается *французская революція*. Ею начинается новая эпоха международнаго права. Борьба принциповъ, которую революція желала вызвать, скоро превратилась въ борьбу національную, а потомъ въ войну завоевательную, поддерживаемую величайшимъ личнымъ эгоизмомъ новаго властителя. Эта война должна была исполнить судьбы Европы, преобразовавъ и создавъ новыя отношенія. Но надменное своеволіе, которое такъ долго и съ успѣхомъ управляло народами, какъ простыми массами, заставляя ихъ покорно повиноваться одному импульсу, служить одной цѣли, хотя въ различныхъ направленіяхъ, рушившись наконецъ, вызвало во всѣхъ государствахъ убѣжденія въ необходимости твердыхъ основныхъ положеній въ международномъ правѣ. *Право*, и въ особенности право, имѣющее историческое основаніе (Legitimität), должно было замѣнить своеволіе, и равновѣсіе ([15]), защищающее права каждаго, должно было занять первое

([15]) *Таллейранъ* формулировалъ этотъ взглядъ на вѣнскомъ конгрессѣ, по поводу Саксонскаго вопроса слѣдующимъ образомъ: le traité (de Paris) du 3. Mai 1814 voulut que tout droit légitime fut respecté et que les territoires vacants c. a. d. sans souverains fussent distribués, conformément aux *principes de l'equilibre européen*, ou ce qui est la même chose, aux principes conservateurs des *droits* de chacun, et du *repos* de tous.

мѣсто и сдѣлаться гарантіей спокойствія Европы. Вмѣстѣ съ тѣмъ, высшее нравственное воззрѣніе на международныя правовыя отношенія сдѣлалось преобладающимъ. Поняли, что въ жизни народовъ есть высшіе общіе интересы, касающіеся всѣхъ государствъ и ихъ существованія, поддержаніе которыхъ составляетъ общую обязанность. Прежде принимался въ разсчетъ преимущественно только интересъ внѣшняго спокойствія, теперь же обратили вниманіе на внутреннее развитіе всѣхъ духовныхъ, нравственныхъ и, особенно, экономическихъ силъ, и правительства проникнулись желаніемъ, обусловливаемымъ важнѣйшими народными интересами, поддерживать европейскій порядокъ, на основаніи настоящаго состоянія владѣній, что̀ и доказала послѣдняя война, предпринятая въ видахъ поддержанія этаго принципа. Впрочемъ, Турція и до сихъ поръ остается неразрѣшеннымъ вопросомъ, ибо она сама должна показать, можетъ ли она исполнить необходимыя историческія и цивилизаціонныя условія своего дальнѣйшаго существованія, т. е. образовать тотъ край, который она занимаетъ теперь въ Европѣ. Болѣе прочная германская политика, въ сердцѣ Европы, основанная на болѣе сильной внутренней связи, существенно необходима для случайностей возможныхъ въ будущемъ. По ту сторону океана становится все сильнѣе предпріимчивый народъ, соединяющій радикализмъ, опасный въ международномъ правѣ, съ эгоизмомъ торговаго народа и стремящійся все болѣе и болѣе войти въ европейскую политику, которая сама должна обнять собою всѣ страны. Но правдивая и мудрая политика, которая въ теченіе тридцати лѣтъ рѣшала столь многіе важные вопросы, при все бо́льшей и бо́льшей солидарности народовъ и посредствомъ удовлетворенія ихъ существеннымъ интересамъ, будетъ въ силахъ устроить продолжительное спокойствіе въ болѣе тѣсной международной правовой федеративной системѣ.

§ 3. *Главнѣйшіе принципы международнаго права.*

Международное право, прежде всего, основывается не на положеніяхъ человѣческаго произвола, а объективно, на общихъ этическихъ отношеніяхъ народовъ, обусловливающихъ практическую волю, и на ихъ внутреннемъ развитіи. Исторія международнаго права ясно доказываетъ, что обстоятельства всегда сильнѣе воли и намѣреній человѣка, если послѣднія не находятся съ ними въ согласіи. Главныя основныя положенія можно сгруппировать въ четырехъ пунктахъ.

1) *Основаніе* международнаго права заключается въ общихъ, *этическихъ*, обусловливающихъ волю, отношеніяхъ народовъ, какъ одного цѣлаго, связаннаго Богомъ въ природѣ и человѣчествѣ, въ которомъ всѣ члены должны обусловливать другъ друга въ видахъ совмѣстнаго существованія, при чемъ каждый народъ, являющійся въ государственномъ порядкѣ, долженъ имѣть и удерживать, какъ нравственное лице, свою *самостоятельность*, въ *общеніи же* съ другими долженъ, частью получать подкрѣпленіе своего собственнаго бытія, частью же содѣйствовать достиженію цѣли другихъ; всѣ же вмѣстѣ они должны стремиться къ цѣли человѣчества. Какъ разнообразны самыя отношенія, такъ различны и отдѣльныя основанія международнаго права. Такъ существуютъ естественныя отношенія (географическія и физіологическія, или племенныя), которыя имѣютъ большую важность для этическаго, практическаго изложенія; существуютъ не менѣе важныя религіозныя, духовныя, нравственныя и хозяйственныя отношенія.

Послѣднія были всегда наружнымъ средствомъ, соединявшимъ народы, а потому, и въ новѣйшее время, они сдѣлались особенно сильною связью. Всѣ эти отношенія составляютъ внутреннія обусловливающія силы международныхъ отношеній (см. §. 4).

2) Главный *принципъ* международнаго права есть принципъ *права*, который, вмѣстѣ съ осуществленіемъ правоваго состоянія, даетъ условія развитія народной культуры. По своему принципу, это право есть совокупность нормъ, регулирующихъ проистекающія изъ этическихъ отношеній условія органической общности, т. е., условія самостоятельнаго сосуществованія, взаимнаго споспѣшествованія, и общаго выполненія цѣли человѣчества. Эти условія проистекаютъ, частью *по необходимости* изъ прирожденной народамъ сущности, частью же изъ ихъ *свободной* воли, однако всегда обусловливаемой отношеніями. Потому эти условія заявляютъ свое значеніе: отчасти въ обычаѣ, отчасти въ свободныхъ формальныхъ установленіяхъ.

3) *Внѣшнее проявленіе* общаго этическаго организма народовъ, на которое должно обращать вниманіе и право, есть органическо-динамическое *равновѣсіе*. Уже въ древности поняли ([16]) идею живаго равновѣсія, постоянно измѣняющагося съ развитіемъ; но преимущественно она получила приложеніе въ послѣднія три столѣтія; въ новѣйшее время эта идея подверглась многимъ нападкамъ. Впрочемъ, эти нападки касаются лишь обыкновеннаго механическаго воззрѣнія на равновѣсіе, которое, конечно, осудило бы и жизнь и государство на вѣчный покой; ибо если въ какомъ нибудь механизмѣ нарушается равновѣсіе, то рушится и вся машина. Но въ высшемъ этическомъ организмѣ жизни народовъ равновѣсіе такъ же мало противодѣйствуетъ прогрессу, какъ въ одушевленномъ органическомъ тѣлѣ не мѣшаетъ его движенію. При этомъ равновѣсіи должны быть приняты въ разсчетъ всѣ живыя и, въ особенности, *нравственныя* силы. Какъ въ органическомъ тѣлѣ отдѣльнаго лица воля поддерживаетъ тѣло въ прямомъ положеніи, такъ и въ организмѣ народовъ нравственная воля, обусловливаемая нравственностью и правомъ, въ отдѣльномъ государствѣ часто является силою самоуправленія и умѣренности, непридающею значенія простому могуществу и господству; будучи же нравственно-правовою общею волею, особенно въ первокласныхъ государствахъ, она, въ интересахъ права, поддерживаетъ отношенія, которыя, по наружнымъ разсчетамъ, могли быть легко нарушенными, если бы обращалось вниманіе только на одно господство. Поэтому говорили и объ «равновѣсіи права», которое и есть ни что иное, какъ равновѣсіе, управляемое этическимъ принципомъ права. Но хотя наружныя отношенія должны быть приведены по возможности въ согласіе съ принципомъ права, все таки ни одно государство не можетъ совершенно отказаться отъ внѣшняго органическаго равновѣсія, которое всегда останется руководящимъ правиломъ въ политикѣ. Если это равновѣсіе нарушается съ одной стороны, будь это даже вслѣдствіе правильнаго внутренняго развитія другаго государства, то остальныя государства отчасти должны стараться оживить собственныя внутреннія силы, отчасти же тѣснѣе соединиться (даже безъ формальнаго союза) съ другими, также угрожаемыми государствами. Вообще, при каждомъ измѣненіи равновѣсія, которое,

---

(16) См. въ особенности Wheaton, о Демосфенѣ и Полибіѣ, ib. S. 16,

какъ уже сказано, не можетъ оставаться однимъ и тѣмъ же при живомъ развитіи народовъ, постоянно образуется *противодѣйствіе*, которое, само по себѣ, не составляетъ особой системы, а представляетъ только средство для поддержанія равновѣсія.

4) Общественная *форма* правоваго состоянія народовъ будетъ все болѣе и болѣе развивающаяся *федеративная* система. Федерація сама по себѣ уже есть побудительная сила народнаго общенія, хотя она и не всегда рѣзко выступала наружу; со временъ христіанства можно обозначить многіе фазы федераціи, которыя были пройдены христіанскими народами (см. K. S. Zachariae, 40 Bücher u. s. w. Bd. 5, S. 173 — 234). Въ новѣйшее время пять первокласныхъ державъ составили *союзъ* ([17]); но средствами дальнѣйшаго развитія и упроченія могущества государствъ слѣдуетъ считать не столько союзы отдѣльныхъ государствъ, которые всегда являются какъ угроза другимъ, сколько частые конгрессы, на которыхъ, даже безъ предшествовавшей войны, разрѣшались важные вопросы международнаго права (Бельгія, Нефшатель), такъ что, при дальнѣйшемъ развитіи, кажется возможнымъ то, что важнѣйшіе вопросы, могущіе служить поводомъ къ войнѣ, будутъ подвергаться предварительному обсужденію европейскихъ конгрессовъ, или даже суду третейскому. Международное право, которое въ настоящее время есть не только европейское, но, по сущности,—и европейско-американское, все болѣе и болѣе подчиняетъ себѣ и азіатскіе народы (Китай, Японія), и, видимо, стремится преобразоваться во всемірное право и осуществить условія гуманнаго общенія народовъ, что̀ и подтверждается договорными установленіями, касательно запрещенія торговли невольниками.

§ 4. *Раздѣленіе международнаго права и обзоръ его.*

Международное право, какъ этаго до сихъ поръ не дѣлалось, прежде всего, подобно тому какъ частное и государственное право, должно раздѣлить на общее и особенное. *Общее* международное право развиваетъ—объективныя основныя положенія, общее международное личное, вещное и облигаціонное право и право войны и мира; *особенная часть международнаго права* развиваетъ—международное право по особымъ существеннымъ жизненнымъ отношеніямъ и цѣлямъ народовъ для ихъ взаимныхъ отношеній и общихъ стремленій.

I. Общее международное право.

A. *Главнѣйшія основныя положенія* вкратцѣ уже изложены (см. выше §. 3).

B. *Международное личное право* развиваетъ права, вытекающія изъ нрав-

---

([17]) См. объясненія уполномоченныхъ пяти Европейскихъ первокласныхъ державъ, на конгрессѣ въ Ахенѣ, въ 1818 году, у Hefftter'a, l. c. § 5. «Властители считали главнымъ основаніемъ свое непоколебимое рѣшеніе никогда не удаляться.... отъ точнаго соблюденія правъ народовъ, принциповъ...., которые только одни съ успѣхомъ могутъ охранять прочность ихъ общаго союза.»

ственной личности народовъ, приведенныхъ болѣе или менѣе въ государственный порядокъ.

1) Но личныя отношенія народовъ, какъ государствъ, различны. Государства бываютъ: a) простые, b) сложные; послѣдніе главнымъ образомъ суть соединенія нѣсколькихъ государствъ подъ однимъ общимъ правительствомъ, при чемъ являются еще большія различія; бываютъ также c) союзы государствъ, гдѣ правительственный центръ тяжести находится на сторонѣ отдѣльныхъ государствъ (германскій союзъ), или государственные союзы, гдѣ правительственный центръ находится преимущественно въ единствѣ власти, представляющей общность (сѣверная Америка, Швейцарія).

2) Права суть: a) право нравственной личности народа и государства вообще, откуда происходятъ отдѣльныя права на уваженіе ихъ существованія, ихъ достоинства и чести, ихъ объясненій, а также и ихъ самоохраненія; b) формальная равноправность всѣхъ самостоятельныхъ государствъ; c) право самостоятельности и свободнаго самоопредѣленія. Въ послѣднемъ отношеніи право это выражается во власти государства самостоятельно установлять основныя условія внутренней жизни въ конституціи и администраціи, согласно потребностямъ своего развитія, лишь бы это не нарушало правъ другихъ государствъ. Часто примѣняемое право вмѣшательства, практически, все болѣе и болѣе оказывалось не достигающимъ своей цѣли; d) право общенія народовъ вообще, и право международныхъ сношеній и соединеній, или ассоціацій. Но это общеніе должно быть постояннымъ; отсюда вытекаетъ потребность существованія постоянныхъ посланниковъ, съ характеромъ публичнаго полномочія, какъ представителей своихъ правительствъ, для наблюденія за правовыми отношеніями своего государства къ другому. Посланники распадаются теперь на 3 главные класса: 1) папскіе легаты á latere или de latere и нунціи, нѣчто въ родѣ посланниковъ свѣтскихъ государствъ; 2) дипломаты, повѣренные своихъ правительствъ, съ титулами интернунція, (какъ австрійскій посланникъ въ Константинополѣ), посланника, или уполномоченнаго министра; 3) просто уполномоченные (chargés d'affaires), повѣренные министерства иностранныхъ дѣлъ. Посредствующій классъ, между вторымъ и третьимъ, по Ахенскому протоколу 1818 года, должны составлять находящіеся при иностранныхъ дворахъ министры-резиденты. Для посланниковъ существуетъ особый церемоніалъ и особые права, въ особенности право *внѣземельности* (Exterritorialität). Отдѣльное ученіе о *дипломатіи* подробно развиваетъ основныя ея положенія и правила, а также и формы дипломатическихъ сношеній.

C. *Международное вещное право* относится особенно къ области государства, къ его принадлежностямъ, колоніямъ, и къ той части моря, которая, по положеніямъ международнаго права, можетъ принадлежать государству (напр. на разстояніи пушечнаго выстрѣла, или на извѣстное число морскихъ миль отъ берега). Это право регулируетъ неприкосновенность границъ и установляетъ условія пріобрѣтенія и потери государственнаго имущества.

D. *Международное облигаціонное право* вытекаетъ, какъ и частное право: 1) изъ международныхъ юридическихъ сдѣлокъ, особенно изъ двусторонніхъ, или договоровъ, 2) изъ противозаконныхъ дѣйствій, и 3) изъ случайныхъ обстоятельствъ. Международные договоры должны быть также раздѣлены какъ и въ частномъ правѣ, на договоры имущественные и этическіе —Обще

ственныя отношенія народовъ, если онѣ основываются на договорахъ, бываютъ: или дружественные союзы (alliances), для соединенія нѣкоторыхъ государствъ, вообще, или для извѣстныхъ случаевъ, или же конфедераціи, т. е. продолжительныя связи, для общихъ цѣлей съ общими учрежденіями.

Е. *Право войны и мира* регулируетъ условія, при которыхъ возстановляются права, которыя какимъ нибудь государствомъ считаются нарушенными, и подраздѣляется на три вида:

1) Попытки окончить споръ *миролюбиво* суть: правовыя предложенія, принятые bona officia третьей державы, посредничество (médiation) въ высшемъ юридическомъ значеніи и компромиссъ.

2) Мѣры насильственныя, какъ средства самозащищенія, суть: репрессаліи, или мѣры, употребляемыя государствомъ, относительно лицъ или вещей противной стороны, для того чтобы, временно задерживая ихъ, заставить противную сторону исполнить свою обязанность. Эти мѣры, въ болѣе обширныхъ размѣрахъ ведутъ къ embargo, т. е. къ задержанію находящихся въ гаваняхъ государства кораблей противной стороны и даже къ блокадѣ. Репрессаліи слѣдуетъ отличать отъ retorsion, или обратнаго примѣненія того же самаго принципа при какой либо мѣрѣ другаго государства, считаемой не справедливой (какъ то часто бываетъ при постановленіяхъ о пошлинахъ).

3) *Война*, послѣдняя необходимая мѣра, подчинена извѣстнымъ условіямъ, правовымъ нормамъ и формамъ, установленнымъ христіанствомъ и гуманной культурой, сообразно требованіямъ цивилизаціи и гуманности, на сколько послѣдняя, при такихъ отношеніяхъ, осуществима (военный обычай и способъ веденія войны). Несоблюденіе этихъ условій оправдывается только, такъ назыв., требованіемъ войны (Kriegsräson). Военное право регулируетъ какъ взаимныя отношенія воюющихъ сторонъ, такъ и отношенія сторонъ *нейтральныхъ*, которыя могутъ находиться, или въ полномъ (истинномъ), или неполномъ, нейтралитетѣ. Общимъ принципомъ признается то, что война ведется не между націями, а между воюющими арміями. Изъ этого слѣдуетъ то, что должны уважаться личности и ихъ собственность, находящіяся на непріятельской землѣ. Но *морская война* до сихъ поръ нѣсколько не подчиняется этому правилу. Успѣхи международнаго права требуютъ, однако, уравненія морской войны съ сухопутною, и слѣдовательно уничтоженія права отнимать имущество частныхъ лицъ непріязненнаго государства, будь это при помощи судовъ частныхъ лицъ, или при помощи кораблей, вооруженныхъ самимъ государствомъ. Послѣдній парижскій договоръ 30-го марта, 1856 года, установилъ для морской войны важныя, основныя положенія ([18]), какъ обязательныя нормы для договаривающихся

---

(18) Эти основныя положенія гласятъ: 1) Каперство уничтожено отнынѣ и на всегда. 2) Нейтральный флагъ защищаетъ непріятельскій товаръ, за исключеніемъ военной контрабанды. 3) Нейтральный товаръ не можетъ быть задержанъ подъ непріятельскимъ флагомъ, за исключеніемъ военной контрабанды. 4) Блокады, для того чтобы быть обязательными, въ правовомъ отношеніи, должны быть дѣйствительными, т. е. должны поддерживаться военной силою, которая бы была въ состояніи заградить непріятелю приближеніе къ берегу.» Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты объявили (депеша Марсу), что они примутъ первый пунктъ только съ тѣмъ условіемъ, «чтобы государства единогласно приняли принципъ неприкосновенности частнаго имущества на морѣ, какъ и на сушѣ». Это объясненіе, сдѣланное великимъ морскимъ государствомъ и хорошо принятое государствами, (формально признанное Россіею), заключаетъ въ себѣ принципъ, окончательное признаніе котораго уже не такъ далеко.

государствъ и государствъ, которыя присоединятся къ нему впослѣдствіи. Эти основныя положенія уже давно были защищаемы теоріей и признаваемы въ прежнихъ отдѣльныхъ договорахъ, которыхъ Англія, впрочемъ, чуждалась.

II. *Особенное международное право*, которое нуждается еще въ болѣе основательной обработкѣ посредствомъ науки, заключаетъ въ себѣ:

A. *Международное право религіи.* Народы находятся отчасти въ религіозныхъ сношеніяхъ (миссіонеры), отчасти же имъ доступенъ тотъ высшій интересъ, чтобы въ государствахъ признавалась и не оскорблялась религія, если она только находится въ согласіи съ признанными религіозными и нравственными основными положеніями, и, въ особенности, чтобы признавалось всякое христіанское вѣроисповѣданіе. Этотъ высшій интересъ можетъ быть удовлетворенъ посредствомъ договоровъ, и этимъ столь же мало уничтожается право самостоятельности и самоопредѣленія, какъ и въ томъ случаѣ, когда государственная власть какими либо договорами ограничивается въ исполненіи какого нибудь права, и тѣмъ менѣе въ такихъ отношеніяхъ, которыя сами по себѣ далеко заходятъ за предѣлы власти и сферы государства. То, что было сдѣлано для Турціи Вестфальскимъ миромъ, и въ новѣйшее время въ болѣе мягкой формѣ парижскимъ миромъ 30-го марта, art. 9, можетъ сдѣлаться потребностью и въ другихъ случаяхъ. Но прежде всего наука должна бы была болѣе серьезно обработать эти важные вопросы, и обозначить формы ихъ рѣшенія путемъ права.

B. Одна изъ важнѣйшихъ сторонъ международнаго *права науки и искусства* въ новѣйшее время, относительно перепечатанія, исправлена договорами.

C. Международное *право торговли* до сихъ поръ развито болѣе всѣхъ другихъ отраслей этаго права. Къ этой категоріи принадлежатъ: всѣ ученія, касающіяся торговыхъ сношеній народовъ между собою; основныя положенія права, которыя, вмѣстѣ съ политико-экономическими теоріями, образуютъ основаніе торговой политики; и различныя учрежденія для торговыхъ отношеній, въ особенности, учрежденіе *консульствъ*.

D. Международное *право промышленности* требуетъ общаго регулированія въ своихъ главнѣйшихъ пунктахъ, что уже и началось въ большей части государствъ, но приводилось въ исполненіе различнымъ образомъ. Такъ напр. это необходимо для установленія рабочаго времени на фабрикахъ, съ тѣмъ чтобы государство, выше другихъ стоящее въ гуманномъ отношеніи, не затрудняло бы себѣ конкуренцію при дороговизнѣ продуктовъ.

E. Наконецъ, и состояніе государства, даже извѣстная государственная форма и организація, могутъ сдѣлаться предметомъ регулированія международнымъ правомъ (напр. договоры съ цѣлію гарантіи, вѣчный нейтралитетъ).

Эти важныя жизненныя отношенія народовъ главнымъ образомъ должны быть установляемы посредствомъ договоровъ, но не должны быть относимы къ договорному праву; ибо онѣ могутъ опредѣляться и обычаемъ, при чемъ, и безъ предварительнаго договора, возможно такое нарушеніе ихъ, что противъ него могутъ быть употреблены извѣстныя мѣры.

Такимъ образомъ мы представили краткое изложеніе системы частнаго и публичнаго права, которая заключаетъ въ себѣ, хотя часто недостаточный, некоснувшійся всѣхъ главныхъ пунктовъ, научный опытъ опредѣленія всѣхъ правовыхъ отношеній не абстрактно, а по внутреннему существу и цѣли *жизненныхъ отношеній*, на основаніи принципа права, выведеннаго изъ этическаго существа человѣка и человѣческихъ жизненныхъ отношеній, съ цѣлію: распространить высшее понятіе права, поощряющее *нравственное* пониманіе жизни; придать юриспруденціи и наукѣ о государствѣ *единство*, котораго онѣ почти не имѣютъ; и содѣйствовать дальнѣйшему развитію этой науки.

ПРИЛОЖЕНІЕ.

Юридическая методологія ([1]).

Юридическая методологія есть руководство къ удобнѣйшему расположенію и способу изученія всей науки права, особенно для академическаго преподаванія.

Изученіе науки права, которое вообще постоянно слѣдовало духовнымъ направленіямъ и стремленіямъ времени, испытало въ новѣйшее время измѣненія совершавшіяся и въ другихъ наукахъ. Общею характеристическою чертою является въ настоящее время: отчужденіе отъ высшихъ принциповъ и отъ соединенія съ родственными науками, изолированное направленіе, разсматриваніе накопленнаго матеріала, и, вслѣдствіе всего этаго, болѣе или мѣнѣе выраженный, *матеріальный* характеръ, отражающій современное направленіе. Извѣстно, что отчасти и въ самой философіи, вслѣдствіе оставленія преимущественно аналитическаго изслѣдованія *я*, подкрѣпляющаго духъ и мысль, и вслѣдствіе подчиненія духа діалектическому процессу міроваго развитія абсолютнаго, изчезла всякая разумность, всякое ясное пониманіе, опредѣленіе, и аналитическое развитіе понятій; при чемъ въ различныхъ переходныхъ степеняхъ развился грубѣйшій сенсуализмъ и матеріализмъ, лишенный всякой логики, всякаго самосозерцанія и точнаго изслѣдованія, который думаетъ найти опору въ естественныхъ наукахъ, а потому и подчинить себѣ всѣ науки, введеніемъ вездѣ такъ называемаго «естественно-научнаго метода». И въ наукѣ права все болѣе изчезаетъ вѣра въ высшій принципъ права, въ оживляющую душу; духъ юношества все болѣе углубляется въ огромное количество матеріала и до того направляется къ непосредственному изученію, какъ ремеслу и средству пропитанія, что ему не достаетъ необходимой духовной свободы и времени достаточнымъ образомъ заняться общеобразовательными науками; вмѣстѣ съ тѣмъ все болѣе и болѣе проявляется равнодушіе ко всему высшему, духовное отупѣніе и нравственная грубость. Улучшить это состояніе, въ высшей степени вредное для духовнаго и нравственнаго развитія, противъ котораго заговорили многіе, хотя и является обязанностью государственныхъ учрежденій, руководящихъ воспитаніемъ юношества, однако дѣйствіямъ послѣднихъ препятствуютъ въ нѣмецкихъ университетахъ слишкомъ большая автономія и важные интересы, которые должно уважать, такъ что въ сущности слѣдуетъ ожидать спасенія отъ

---

(1) Методологію предполагалось изложить подробнѣе въ V книгѣ. По современной важности затронутыхъ вопросовъ я вскорѣ помѣщу въ журналѣ особое объ этомъ сочиненіе, принимая въ разсчетъ австрійскіе университеты.

болѣе разумныхъ преподавателей и въ особенности отъ самаго учащагося юношества. Поэтому мы обращаемся къ ихъ размышленію и обсужденію съ слѣдующими совѣтами, и ожидаемъ отъ нихъ устраненія главнѣйшихъ золъ, на сколько это позволяетъ свобода ихъ занятій.

1) Слѣдуетъ снова оживить изученіе философіи, какъ основанія всего общечеловѣческаго и всякаго спеціальнаго образованія. Установленіе, по которому учащіеся, прежде ихъ допущенія къ факультетскимъ занятіямъ, должны пройти философскій курсъ, удержанное въ нѣкоторыхъ университетахъ (напр. въ Баваріи, Бельгіи, и до 1848 года въ Австріи), и восхваляемое непринадлежащими къ этимъ университетамъ учеными (напр. Шлейермахеромъ), имѣетъ противъ себя то, что оно слишкомъ абстрактно отдѣляетъ философскій курсъ отъ факультетскаго изученія, которое онъ долженъ сопровождать и проникать; но вѣрно то, что въ первое время академическаго курса преимущественно должно заниматься общеобразовательными науками (2). Если бы въ философіи была болѣе разработана аналитическая часть, какъ это сдѣлалъ *Краузе* въ основательномъ, подобномъ Кантову, преобразованіи философіи и въ основаніи всѣхъ философскихъ наукъ, то этимъ было бы сдѣлано приличное начало. За недостаткомъ этаго, должно придать значеніе *психической антропологіи*, важной для всякаго изученія не формально, какъ логика, но существенно. Эта наука, разсматривая внутреннее существо человѣка, служитъ главнѣйшимъ основаніемъ этики, или вообще практической философіи, философіи права, и въ особенности всего уголовнаго права; въ своей области, при помощи точныхъ научныхъ наблюденій, она лучше всего можетъ уничтожить плоскій матеріализмъ (3). Потомъ, вторымъ главнымъ философскимъ изученіемъ должна быть *этика*, какъ систематическое цѣлое практической философіи, которая въ новѣйшее время получила болѣе глубокое и болѣе объемлющее изложеніе. Кромѣ этихъ двухъ наукъ, необходимыхъ вообще для каждаго учащагося, всякій поступитъ благоразумно, если будетъ еще болѣе образовываться отчасти логикой, даже только изъ руководствъ, отчасти, смотря по расположенію, метафизикой или эстетикой, или исторіей философіи.

2) Собственно юридическое изученіе необходимо должно начинаться лекціями о юридической энциклопедіи и методологіи, если не заступаетъ ихъ мѣсто философія права, что возможно лишь отчасти. Но эта энциклопедія не должна быть только формальною, какъ она излагалась прежде, но должна изложить по сущности основныя понятія и связь всѣхъ частей. Только тотъ можетъ

---

(2) Поэтому мы не подаемъ совѣта уничтожить это учрежденіе, которое можно улучшить во многихъ отношеніяхъ. Въ Бельгіи, гдѣ философскіе экзамены производились серьезно (изъ логики, психической антропологіи, морали и исторіи философіи) это учрежденіе принесло ту пользу, что спасло учащееся юношество отъ плоскости и суровости матеріалистическихъ теорій, принимающихъ такіе громадные размѣры въ германскихъ университетахъ.

(3) Точное изученіе психической антропологіи образовало бы значительное противодѣйствіе и для медиковъ, этихъ, къ сожалѣнію до сихъ поръ, поборниковъ матеріализма. Изъ новѣйшихъ сочиненій о психической антропологіи заслуживаютъ особаго вниманія: *Krause*, Vorlesungen über die psychische Anthropologie, изданные мною, послѣ его смерти, въ 1848; *Lindemann*, die Lehre vom Menschen, 1844; *Fichte*, Anthropologie, 1856 г. (авторъ которой принимаетъ всѣ основныя ученія Краузе). Мое, давно раскупленное, сочиненіе, Cours de philosophie, 2 vol. Paris, 1838 г., которое заключаетъ въ себѣ лекціи поэтому предмету читанныя въ Парижѣ, въ 1834 г., по порученію французскаго правительства, и которое было переведено на голландскій языкъ въ 1847 г. профессоромъ Nieuwenhuis въ Лейденѣ, скоро выдетъ новымъ французскимъ изданіемъ и на нѣмецкомъ языкѣ.

сомнѣваться въ пользѣ, даже необходимости такого курса, кто не понимаетъ психическихъ условій знакомства юношества съ многосторонней и весьма обширной по содержанію наукой, или кто вообще не признаетъ общаго принципа и связи всѣхъ частей, а спеціально занимается какою либо наукою, какъ ученымъ ремесломъ. По своему характеру этотъ курсъ относится къ началу занятій, какъ то ужъ и установлено столѣтнимъ обычаемъ (4).

3) Мы не будемъ здѣсь болѣе терять словъ о необходимости изученія философіи права. Хотя должно сожалѣть, что, вслѣдствіе кантовскаго абстрактно-формальнаго развитія принципа права, философія права изучалась такими людьми, которые не имѣли въ себѣ ни одной искры философскаго духа, все таки, даже послѣ того какъ новѣйшая наука уже давно прошла это состояніе, должно отнять всякое право судить о достоинствѣ философіи права у тѣхъ людей, которые ни чѣмъ не заявили, что они своими правовыми понятіями стоятъ выше прежняго естественнаго права, и что они поняли новѣйшее, лучшее, преобразованіе. Относительно мѣста, занимаемаго философіей права въ занятіяхъ, можно держаться различныхъ взглядовъ. Если энциклопедическій курсъ составляетъ начало и если ему предшествовало изученіе, покрайней мѣрѣ, институцій римскаго права, то въ философіи права можетъ быть полезнымъ сравненіе философскихъ понятій съ положительными. Но тогда въ началѣ, въ энциклопедическомъ курсѣ, должно подробнѣе развивать философскія основанія.

4) Особенно важно для юриста, часто забываемое, изученіе науки народнаго хозяйства и народнохозяйственной политики. Первая, какъ мы неоднократно уже замѣчали, (стр. 426 и 474), составляетъ экономическое основаніе вещнаго и облигаціоннаго права и должна быть изучаема единовременно и, если не вмѣстѣ съ институціями, то, покрайней мѣрѣ, вмѣстѣ съ первымъ подробнымъ курсомъ положительнаго права (пандекты). Напротивъ, народно хозяйственная политика, которую должно отдѣлять отъ науки о народномъ хозяйствѣ (какъ это сдѣлалъ *Pay* въ своемъ прекрасномъ сочиненіи), подлежитъ, какъ вообще всѣ политическія науки, изученію, когда уже прослушано общее государственное право.

5) Изученіе исторіи, кромѣ исторіи римскаго и нѣмецкаго права, также было отодвинуто на задній планъ, по причинѣ несоотвѣтственнаго объема приданнаго многимъ положительнымъ матеріямъ, вопреки истинной потребности и научности (требующей связнаго изложенія). Но изученіе исторіи заслуживаетъ бо́льшаго вниманія.

6) Наконецъ, слѣдуетъ обратить бо́льшее вниманіе на государственное право и науки политическія, тѣмъ болѣе, что здѣсь нужно существенно исправить и даже измѣнить прежнія основанія. Если не знакомить юношество съ болѣе вѣрными теоріями, то оно будетъ почерпать свои знанія изъ слишкомъ большаго выбора сочиненій древнѣйшей абстрактно-либеральной и радикальной школы, которыя болѣе всѣхъ понятны вслѣдствіе ихъ поверхности, и льстятъ многимъ направленіямъ, которымъ охотно предается юношество. Чтобы отклонить эти ложныя направленія, было бы умѣстно научное ихъ опроверженіе.

---

(4) Весьма интересны объясненія, которые предшествовали введенію этого курса въ юридическихъ факультетахъ Франціи, чѣмъ прославился тогдашній министръ de Salvandi, и которыя повели къ помѣщенію этого курса въ началѣ изученія.—См. Revue de législation, t. XIII, p. 421, u. ff.

При распредѣленіи изученія права, общимъ руководящимъ принципомъ должно считать то, что наука права должна преподаваться и изучаться (5) по тремъ ея существеннымъ сторонамъ: *философской*, *исторической* и *положительной*. Эти три стороны нельзя отдѣлять другъ отъ друга, а напротивъ они должны идти рядомъ.

КОНЕЦЪ.

---

(5) Поэтому вообще можно бы предложить слѣдующій порядокъ лекцій для трехлѣтняго курса. Первое полугодіе: юридическая энциклопедія, исторія и институціи римскаго права, психическая антропологія, народное хозяйство, второе полугодіе: исторія нѣмецкаго государства и права, пандекты, практическая философія; третье полугодіе: нѣмецкое частное право, церковное право, философія права, исторія; четвертое полугодіе: мѣстныя права страны, уголовное право, общее государственное право и право германскаго союза, международное право и общая статистика; пятое полугодіе: гражданскій и уголовный процессъ, судебная медицина, административная политика, и еще философскій или историческій курсъ; шестое полугодіе: торговое и вексельное право, народно-хозяйственная политика, наука о финансахъ, и практическіе курсы. При четырехлѣтнемъ курсѣ можно, измѣняя не много обозначенный порядокъ, еще прибавить нѣкоторыя обще-образовательныя науки.