

СХ
3-23

Прозвучало 1966

Залеский В.

Власть и право

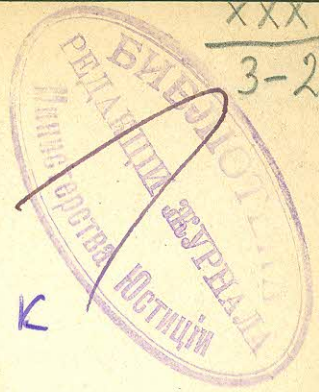
Залеский

Власть и право

дозв

XXXI/п
3-23

В. Ф. ЗАЛЪСКІЙ.



XXXI/п
3-23

ПРОВЕРЕНО

к

ВЛАСТЬ И ПРАВО.

Философія объективнаго права.

1999



~~18713~~ ~~15347~~ 449

1957 г.



КАЗАНЬ.
Типографія Б. Л. Домбровскаго, б. Вечеслава.
1897.



В. Ф. ЗАДВОСКИН.

ПРОСЬБЕНО

ВЛАСТЬ И ПРАВО.

Дозволено цензурою. Казань, 25 Ноября 1896 года.

Всероссийная
БИБЛИОТЕКА
Казань

10144

БИБЛИОТЕКА
Всероссийного
научно-исследовательского института
Советского законодательства

18872



Издательство В. А. Давыдовского в Казани
1897





ПРЕДИСЛОВІЕ.

Преподавая по порученію Его Сіятельства Господина Министра Народнаго Просвѣщенія, съ 15 Января 1895 года, Энциклопедію и Исторію Философіи Права въ Императорскомъ Казанскомъ Университетѣ, я не могъ не увлечься этими въ высшей степени интересными предметами и на лекціяхъ моихъ излагалъ нѣкоторые отдѣлы съ особенной полнотой. Плодомъ усиленныхъ занятій вопросами о сущности и происхожденіи права, о его соотношеніи съ нравственностью, о судьбахъ исторической школы—является книга, предлагаемая въ настоящую минуту вниманію читателя. Миѣ хочется въ общихъ чертахъ характеризовать Геринговское движеніе въ области философіи права и показать, какъ постепенно новая, утилитарно-эволюціонная, теорія права приходитъ на смѣну теоріи исторической школы, оказавшей великія заслуги наукѣ права, но тѣмъ не менѣе, какъ все земное, мало по малу отживающей и уступающей свое мѣсто новымъ, молодымъ, силамъ и теченіямъ—что впрочемъ нисколько не умаляетъ значенія исторической школы, такъ какъ основы ея возрѣній остаются неизблемы и составляютъ прочное и навѣки нерушимое приобрѣтеніе и достояніе науки.

Идея эволюціонизма, возникновеніе которой относится ко временамъ глубокой древности и можетъ быть прослѣжено уже въ философіи Анаксимандра Милетскаго ¹⁾, достигла въ XIX вѣкѣ полнаго развитія и самаго широкаго распространенія. Подъ вліяніемъ эволюціонной теоріи не только совершился переворотъ въ наукахъ физическихъ вообще и біологическихъ въ особен-

¹⁾ См. Osborn, From the Greeks to Darwin, p. 34

ности—теорія эта оказываетъ огромное, и самое благотворное, вліяніе и въ области другихъ наукъ, въ частности же въ наукахъ общественныхъ и въ томъ числѣ въ наукѣ о правѣ.

На смѣну дедуктивной методѣ, безраздѣльно господствовавшей въ наукахъ общественныхъ со временъ Декарта и за немногими исключеніями (напр. Монтескьё) до конца XVIII вѣка, въ XIX вѣкѣ выступила индуктивная метода. Примѣненію индукціи въ области науки права дала начало историческая школа въ самомъ концѣ XVIII и въ началѣ XIX столѣтія. Но примѣняя индуктивную методу изслѣдованія историческая школа во многихъ отношеніяхъ оставалась еще вѣрна старымъ метафизическимъ воззрѣніямъ, что въ особенности рѣзко проявилось въ унаслѣдованномъ ею отъ предъидущихъ поколѣній ученыхъ юристовъ формальномъ опредѣленіи понятія права. Исходя изъ отвлеченныхъ принциповъ свободы, полагая центръ тяжести изслѣдуемыхъ правовыхъ явленій въ моментѣ воли, историческая школа тѣмъ самымъ обрекла себя участи горькихъ ошибокъ и разочарованій. Иному принципу, не принципу свободной воли, а принципу пользы суждено сдѣлаться прочнымъ базисомъ для построенія незыблемаго зданія философіи права.

Литература затрогиваемыхъ въ настоящемъ сочиненіи вопросовъ—по истинѣ громадна. Но къ сожалѣнію она оказалась для меня въ значительной части недоступной.

Writing as I did then at a distance from any large library, I made no attempt to acquaint myself with the literature of the subject—повторяю я еще разъ ¹⁾ слова Джевонса. Библіотека Казанскаго Университета недостаточно богата и хотя я имѣлъ возможность пополнять её до извѣстной степени, выписывая нужныя книги на ассигнуемая ежегодно для того небольшія средства, тѣмъ не менѣе юридическая литература, въ особенности англій-

¹⁾ См. мое «Ученіе о цѣнности», вып. II, стр. 3.

ская, французская и итальянская (съ нѣмецкой литературой дѣло обстоитъ нѣсколько лучше), остается представленной далеко не полно.

Поэтому я прошу читателя видѣть въ моихъ литературныхъ указаніяхъ не исчерпывающую исторію литературы, а скорѣе примѣры изъ области различныхъ литературныхъ теченій.

1896 года, 14 Ноября.

В. Залѣскій.

Часть I
ВСТУПИТЕЛЬНАЯ.

Глава 1-я.

Утилитарная мораль и ея недостатки.

Утилитаризмъ—очень древній философскій принципъ. Первымъ утилитаристомъ можетъ быть названъ Сократъ, учившій, что все хорошо и прекрасно для того, для чего полезно и годно. Мы не будемъ конечно слѣдить за историческимъ развитіемъ ни утилитарной теоріи, ни эволюціонизма, это не входитъ въ кругъ нашихъ задачъ, но чтобы правильно уразумѣть великое вліяніе утилитаризма въ области науки права, сказавшееся съ появленіемъ въ свѣтъ сочиненій знаменитаго Рудольфа Іеринга, я долженъ указать, что утилитаризмъ самъ по себѣ, изолированный, не могъ оказать сколько нибудь существеннаго вліянія въ области социальныхъ наукъ. Лишь тогда, когда утилитарныя воззрѣнія соединились съ теоріей развитія, когда на помощь идеямъ утилитаризма пришли эволюціонныя идеи—тогда вліяніе этихъ двухъ направленій отразилось самыми благотворными послѣдствіями вездѣ, гдѣ имъ послѣдовали.

Чтобы уяснить себѣ глубокій смыслъ и значеніе утилитарно-эволюціоннаго ученія въ правѣ мы должны въ настоящей вступительной части прослѣдить въ самыхъ общихъ чертахъ и въ краткихъ словахъ судьбы утилитаризма и эволюціонизма въ XIX столѣтіи вообще, внѣ сферы приложенія ихъ къ области науки права, такъ какъ безъ этого вступленія самый характеръ вліянія ихъ на философію права останется не вполнѣ понятнымъ. Начала утилитарной морали (ути-

литаризмъ возникъ какъ нравственное ученіе и лишь позднѣе распространилось его вліяніе въ область науки права) впервые систематизированы и изложены въ видѣ цѣльной законченной доктрины Гереміею Бентамомъ въ его «Theory of Legislation» и потомъ повторяются въ «Deontology».

Природа, училъ Бентамъ, подчинила человѣка вліяніямъ удовольствія и страданія¹⁾ и вся наша дѣятельность опредѣляется стремленіемъ достигнуть удовольствія и избѣгать страданія. Это стремленіе достигать удовольствій и избѣгать страданій называется принципомъ пользы. Пользою, полезностью (utility) называется способность или тенденція данной вещи предупредить какое нибудь зло или доставить какое нибудь благо. Зло есть страданіе или причина страданія. Благо, добро, есть удовольствіе или причина удовольствія²⁾.

Вся наша дѣятельность должна направляться сказаннымъ принципомъ пользы. Логика пользы заставляетъ насъ взвѣшивать ожидаемыя удовольствія и страданія безъ всякаго вліянія какихъ бы то ни было иныхъ соображеній³⁾. Во всѣхъ областяхъ нашей дѣятельности, а слѣдовательно и въ области нравственности, мы руководимся этимъ принципомъ. Нравственное добро и зло—это то, что имѣетъ своимъ слѣдствіемъ физическое добро и зло, причемъ подъ словомъ физическое добро и зло Бентамъ понимаетъ какъ чисто физическія, такъ и психическія удовольствія и страданія⁴⁾.

Однако съ принципомъ пользы состязаются, говоритъ Бентамъ, два другіе принципа—аскетическій принципъ (ascetic principle) и принципъ симпатіи, иначе принципъ произвольнаго сужденія (arbitrary principle).

Путемъ весьма основательныхъ разсужденій Бентамъ доказывается, что аскетическій принципъ есть въ сущности ничто

¹⁾ Bentham, Theory of Legislation, p. 2.

²⁾ О. с. p. 2.

³⁾ О. с., p. 3.

⁴⁾ О. с., p. 3.

иное, какъ принципъ ложно понимаемой пользы—the ascetic principle reposes upon some false idea of utility¹⁾. Равнымъ образомъ о принципѣ симпатіи Бентамъ отзывается весьма пренебрежительно, говоря, что принципъ симпатіи или произвольнаго сужденія состоитъ въ одобреніи или осужденіи по непосредственному чувству безъ отдачи себѣ точнаго отчета. Дѣйствіе признается хорошимъ или дурнымъ лишь потому, что оно нравится или не нравится лицу, произносящему сужденіе²⁾. Въ общемъ, говоритъ Бентамъ, аскетическій принципъ вступаетъ въ борьбу съ принципомъ пользы, а принципъ произвольнаго сужденія игнорируетъ его³⁾.

Но я, говоритъ Бентамъ, я сторонникъ принципа пользы⁴⁾. Доказывая рядомъ разсужденій и примѣровъ, что всѣ понятія о добрѣ и злѣ могутъ быть всегда сведены къ принципу пользы⁵⁾, Бентамъ затѣмъ переходитъ къ изображенію способовъ примѣненія принципа пользы къ установленію правилъ для человѣческой дѣятельности вообще и въ области морали въ особенности.

Нравственность (morality) есть искусство направлять дѣятельность человѣка такимъ путемъ, чтобы достигалась наибольшая сумма добра—the greatest possible sum of good⁶⁾. Это родъ прикладной арифметики, гдѣ мы вычисляемъ ожидаемыя въ качествѣ послѣдствій предпринимаемаго нами дѣйствія всѣ удовольствія и страданія, которыя оно можетъ намъ доставить, сравниваемъ ихъ между собой и сообразно результату сравненія принимаемъ то или иное рѣшеніе. При этомъ Бентамъ сначала перечисляетъ различные виды удовольствій

1) О. с., р. 5.

2) О. с., р. 6.

3) О. с., р. 9.

4) О. с., р. 3.

5) О. с., р. 15 а. г.

6) О. с., р. 60.

и страданій¹⁾, а затѣмъ преподаеть правила измѣренія ихъ для сравненія²⁾.

Перечисляя удовольствія, Бентамъ называетъ слѣдующія:

1) Удовольствія, доставляемыя нашими внѣшними чувствами (Pleasures of Sense).

2) Удовольствія, доставляемыя обладаніемъ (Pleasures of Riches).

3) Удовольствія, доставляемыя преодоленіемъ трудностей (Pleasures of Address).

4) Удовольствія, доставляемыя дружбою (Pleasures of Friendship).

5) Удовольствія, доставляемыя хорошей репутаціей (Pleasures of a good Reputation).

6) Удовольствія, доставляемыя властью (Pleasures of Power).

7) Удовольствія, доставляемыя благочестіемъ (Pleasures of Piety).

8) Удовольствія, доставляемыя доброжелательностью къ друзьямъ или социальными привязанностями (Pleasures of Benevolence).

9) Удовольствія, доставляемыя несчастіями, которыя постигаютъ нашихъ враговъ (Pleasures of Malevolence).

10, 11 и 12) Удовольствія, доставляемыя знаніемъ, упражненіемъ памяти и воображенія (Pleasures of knowlege, of memory, of imagination).

13) Удовольствія, доставляемыя надеждою (Pleasures of hope).

14) Удовольствія, доставляемыя обществомъ себѣ подобныхъ (Pleasures of association).

15) Удовольствія, доставляемыя освобожденіемъ отъ зла (Pleasures of relief³⁾).

1) О. с., Principles of Legislation, chapter VI.

2) О. с., Principles of Legislation, chapter VIII.

3) О. с., р. р. 21 - 24.

Перечисляя страданія, Бентамъ называетъ ихъ соотвѣтственно, параллельно, названнымъ удовольствіямъ, исключая №№ 6, 9, 14 и 15, а именно:

1) Страданія, причиняемая лишеніями или неудовлетворенными желаніями (Pains of Privation).

2) Страданія, причиняемая неприятымъ раздраженіемъ или усталостью (Pains of Sense).

3) Страданія, причиняемая бесполезными попытками и напраснымъ трудомъ (Pains of Maladdress).

4) Страданія, причиняемая враждой (Pains of Enmity).

5) Страданія отъ дурной репутаціи, безчестія (Pains of bad Reputation).

6) Страданія культа, суевѣрные страхи (Pains of Piety).

7) Страданія за другихъ, изъ симпатіи, изъ социальныхъ чувствъ (Pains of Benevolence).

8) Страданія зависти, изъ чувства антипатіи, изъ анти-социальныхъ чувствъ (Pains of Malevolence).

9, 10 и 11) Страданія отъ страха, отъ недостатка памяти и воображенія (Pains of memory, of imagination and of fear). ¹⁾

Когда мы сравниваемъ хорошія и дурныя послѣдствія обсуждаемаго поступка, мы должны принимать во вниманіе не только наличность ожидаемыхъ удовольствій и страданій, но и ихъ мѣру. Степень удовольствія зависитъ отъ степени его—интенсивности, продолжительности, достовѣрности и близости его наступленія ²⁾. Затѣмъ надо принимать во вниманіе степень чистоты удовольствій и большее или меньшее количество сопровождающихъ удовольствій ³⁾; далѣе степень ихъ распространенности, если они касаются не одного индивидуума, а группы ⁴⁾. И наконецъ —Бентамъ перечисляетъ мно-

¹⁾ O. c., p. p. 24—26.

²⁾ Its intensity, its duration, its certainty, its proximity. O. c. p. 31.

³⁾ Its purity, its productiveness O. c. p. 31.

⁴⁾ Its extent. O. c., p. 31.

жество различныхъ обстоятельствъ, которыя вліяють на степень нашей воспримчивости, чувствительности къ испытываемымъ удовольствіямъ и страданіямъ — *circumstances which affect sensibility* ¹⁾, какъ напримѣръ темпераментъ, состояніе здоровья, религіозныя воззрѣнія, понятія о чести, чувства симпатіи и антипатіи и т. д.

Несмотря на блестящее изложеніе и заключающееся въ основѣ разсужденій Бентама зерно истины, несостоятельность Бентамова утилитаризма можетъ считаться общепризнанной. Этотъ эмпирической утилитаризмъ, или какъ его называютъ нѣмецкіе писатели — *Glücksutilitarismus*, не представляется достаточно обоснованною моральною системою. Не останавливаясь на возраженіяхъ, касающихся частныхъ, каковы напримѣръ указанія, что вычисленіе хорошихъ и дурныхъ послѣдствій обсуждаемаго поступка невозможно вслѣдствіе множественности этихъ послѣдствій и разнообразія мѣрокъ, прилагаемыхъ къ ихъ оцѣнкѣ (вышеуказанныя семь свойствъ удовольствій и страданій), что количественная оцѣнка удовольствій и страданій невозможна по этой причинѣ; каковы напримѣръ указанія на узкоэгоистическій характеръ Бентамовой системы, построенной на принципѣ крайняго индивидуализма безъ достаточнаго вниманія къ руководящимъ людьми соціальнымъ интересамъ; и т. д. — не останавливаясь на всѣхъ этихъ возраженіяхъ, касающихся главнымъ образомъ различныхъ частныхъ, такъ какъ эти возраженія слишкомъ общеизвѣстны ²⁾ и не всегда даже удачны и легко опровергаются ³⁾, мы ограничимся указаніемъ на одинъ, самый главный, недоста-

¹⁾ О. с., Principles of Legislation, chapter IX.

²⁾ См. напр. M. Guyau, La morale anglaise contemporaine, pp. 203 — 228; Mackenzie, An Introduction to social philosophy, p. 228; и мн. др.

³⁾ См. напр. Mill, Utilitarianism; Austin, Jurisprudence, p. 113 a f Belot, L'utilitarisme et ses nouveaux critiques, Revue de métaph. et de morale, 2-ème année, p. 404 et suiv.; Hodder, Utilitarianism, Int. J. of Ethics, 1892. Courcelle-Séneuil, Préparation à l'étude du droit, pp. 385 — 391.

токъ эмпирическаго утилитаризма Бентама--внутреннее непримиримое противорѣчіе, заключающееся въ самой его утилитарной системѣ—что позволить намъ не только составить вѣрное мнѣніе о ней, но и точно указать причину, почему эта система оказывается неудовлетворительной и отчего Бентамъ впалъ въ противорѣчіе. Бентамъ, какъ мы видѣли, указываетъ два принципа, антагонизирующіе съ принципомъ утилитаризма, именно—аскетическій принципъ и принципъ произвольнаго сужденія или симпатіи. Онъ весьма сурово относится къ этимъ принципамъ и считаетъ ихъ совершенно несостоятельными. Противъ такого отношенія Бентама къ аскетическому принципу едвали можно что возразить; но о принципѣ симпатіи мы смѣло можемъ сказать, что онъ представляетъ собою тотъ камень преткновенія, о который разбилась утилитарная мораль Бентама, такъ какъ въ сужденіяхъ именно о чувствахъ симпатіи и антипатіи онъ впалъ въ вышеупомянутое противорѣчіе.

Дѣйствительно—Бентамъ отрицаетъ всякую пригодность принципа симпатіи для обоснованія этической системы, говоря, что этотъ принципъ отличается крайней неопредѣленностью, колеблется подъ вліяніемъ чисто случайныхъ причинъ между добромъ и зломъ—*it floats at hazard between good and evil* ¹⁾. Онъ такъ увлекается своими идеями во всей чистотѣ эмпирическаго утилитаризма, что отрицаетъ даже существованіе совѣсти—*la conscience est une chose fictive dont on suppose que le siége est dans l'âme* ²⁾. И что же? Въ изложеніи своей теоріи онъ обращается къ тому-же самому принципу симпатіи и антипатіи, къ которому онъ такъ сурово относился, высокоумѣрно называя его принципомъ произвольнаго сужденія (*arbitrary Principle*).

Среди перечисляемыхъ имъ удовольствій и страданій Бентамъ, какъ мы видѣли, называетъ удовольствія, доставляе-

¹⁾ Bentham, *Th. of leg.*, p. 9.

²⁾ Bentham, *Oeuvres*, Tome III, p. 388 (*Déontologie*).

Другой знаменитый сторонникъ эмпирическаго утилитаризма, Джонъ Стюартъ Милль, обратилъ вниманіе на главные недостатки системы Бентама и попробовалъ ихъ устранить. Не вдаваясь въ подробности, мы остановимся на двухъ главныхъ пунктахъ ученія Бентама, которыхъ касается попытка Д. С. Милля внести поправку въ утилитарную теорію нравственности.

Хорошо видя несостоятельность Бентамовой прикладной ариометики въ дѣлѣ оцѣнки удовольствій и страданій по исключительно количественному масштабу, Д. С. Милль сдѣлалъ попытку допустить возможность оцѣнки удовольствій по ихъ качеству. Совершенно совмѣстимо съ принципомъ пользы, говорить онъ, допустить что нѣкоторые виды удовольствій болѣе достойны чѣмъ другіе ¹⁾. Хотя наблюдаются несомнѣнные случаи, когда люди предпочитаютъ низменныя и вредныя удовольствія благу несравненно болѣе цѣнному—здоровью, но я не вѣрю, говорить Д. С. Милль, я не вѣрю, чтобы люди могли сознательно предпочитать низшаго сорта удовольствія высшимъ ²⁾.

Необходимость принять извѣстный аргументъ на вѣру есть уже само по себѣ прекрасное доказательство непригодности доказываемаго этимъ путемъ положенія. Но кромѣ того, если мы вдумаемся въ способы, которые у насъ имѣются для оцѣнки удовольствій по ихъ качеству, то по справедливому разсужденію Гюйо—мы придемъ къ заключенію, что для оцѣнки удовольствій по ихъ качеству мы не имѣемъ иныхъ путей кромѣ оцѣнки 1) по количественнымъ различіямъ, 2) по моральному достоинству этихъ удовольствій. И само собою разумѣется что ни того ни другаго способа оцѣн-

1) J. S. Mill, Utilitarianism: „It is quite compatible with the principle of utility to recognise the fact, that some kinds of pleasure are more desirable and more valuable than others“, p. 11.

2) Mill, o. c., p. 14: „I do not believe that those voluntarily choose the lower description of pleasures in preference to the higher“.

ки удовольствій по качеству Д. С. Милль не могъ имѣть въ виду ¹⁾.

Вторая поправка, внесенная Д. С. Миллемъ въ теорію Бентама, касается еще гораздо болѣе важнаго вопроса. Д. С. Милль дѣлаетъ попытку объяснить происхожденіе чувствъ симпатіи, играющихъ несомнѣнно весьма важную роль въ жизни людей, въ особенности въ области нравственныхъ побужденій, стремленій и требованій. Люди живутъ постоянно въ обществѣ, связанные взаимными интересами сотрудничества ²⁾; отсюда является сознаніе, хотя бы и временное, переходящее, взаимной солидарности; потомъ человѣкъ привыкаетъ вообще считать свои интересы солидарными съ интересами другихъ людей, откуда постепенно и развивается привычка считать благо другихъ какъ бы необходимымъ условіемъ нашего собственнаго существованія ³⁾ Такъ создается въ умахъ людей неразрывная ассоціація между ихъ собственнымъ и общимъ благомъ ⁴⁾. Эта ассоціація еще болѣе развивается и укрѣпляется благодаря воспитанію, которое направляется къ культивированію социальныхъ чувствъ ⁵⁾, благодаря чему добродѣтель вообще становится не только средствомъ достигнуть счастья, но является сама по себѣ желательной, дѣлается элементомъ того счастья, къ которому мы стремимся ⁶⁾. Даже вещи сами по себѣ индифферентныя, но ассоціированныя въ нашемъ представленіи съ удовлетвореніемъ какихъ нибудь нашихъ потребностей и желаній, становятся наконецъ сами по себѣ источникомъ удовольствія для насъ ⁷⁾ и жизнь.

1) M. Guyau, La morale anglaise contemporaine, p. 230—244.

2) J. S. Mill, Utilitarianism, p. 47.

3) O. c., p. 48.

4) to establish in the mind of every individual an indissoluble association between his own happiness and the good of the whole. O. c., p. 25; тоже повторяется на стр. 46, 60 и др.

5) O. c., p. 25, 46.

6) O. c., p. 55.

7) O. c., p. 56.

говорить Д. С. Милль, была бы очень печальна (Life would be a poor thing), если бы это было не такъ.

Однако, вмѣстѣ съ Гюйо, ¹⁾ мы можемъ сказать, что основывать систему морали на простой ассоціаціи идей—по меньшей мѣрѣ рискованно. Ассоціація идей есть связь чисто внѣшняя, случайная, и постановка Д. С. Миллемъ всей системы морали въ зависимость отъ ассоціаціи идей нисколько не лучше уясняетъ дѣло, чѣмъ Бентамовъ принципъ симпатіи.

Если бы Д. С. Милль остановился только на этомъ объясненіи возникновенія и смысла общественныхъ добродѣтелей изъ закона ассоціаціи идей, то мы были бы вправѣ сказать, что онъ нисколько не подвинулъ впередъ утилитарную философію по сравненію съ Бентамомъ. Но у Д. С. Милля мѣстами проглядываетъ иная точка зрѣнія, правда слабо развитая и недостаточно рельефно выставленная, но тѣмъ не менѣе составляющая несомнѣнно важный шагъ впередъ въ разбираемомъ нами отношеніи. Онъ не разъ высказываетъ ту мысль, что законы нашей соціальной организаціи таковы, что интересы отдѣльныхъ индивидуумовъ находятся въ гармоніи съ интересами цѣлаго общества, что только при этомъ условіи можетъ существовать общество ²⁾. Это уже большой шагъ впередъ. Здѣсь Д. С. Милль не только ставитъ вопросъ о происхожденіи и значеніи соціальныхъ чувствъ, но и до нѣкоторой степени разрѣшаетъ этотъ вопросъ. Онъ правильно обращаетъ вниманіе на солидарность интересовъ въ обществѣ, откуда съ непреложной необходимостью должны

¹⁾ М. Guyau, О. с., pp. 282—293.

²⁾ О. с., p. 25: „... laws and social arrangements should place the happiness, or (as speaking practically it may be called) the interest, of every individual, as nearly as possible in harmony with the interest of the whole“. О. с., p. 47: „Society between equals can only exist on the understanding that the interests of all are to be regarded equally“.

вытекать чувства симпатіи отдѣльныхъ членовъ общества другъ къ другу.

Но такая точка зрѣнія проглядываетъ у Милля мелькомъ, какъ бы между прочимъ, главный же центръ тяжести всѣхъ его разьясненій и доказательствъ лежитъ въ признаніи и въ настойчивомъ утвержденіи, что сознаніе каждымъ человѣкомъ солидарности своихъ интересовъ съ интересами общества зиждется на ассоціаціи идей, основанной на ежедневно наблюдаемыхъ фактахъ солидарности нашихъ интересовъ съ интересами другихъ во время кооперативной дѣятельности, причемъ это сознаніе солидарности укрѣпляется въ людяхъ воспитаніемъ.—Заслуга развитія правильнаго воззрѣнія на принципъ пользы принадлежитъ Герберту Спенсеру, поставившему утилитаризмъ на прочное основаніе эволюціонной философіи.

Глава 2-я.

Утилитарно-эволюціонная мораль и ея значеніе.

Гербертъ Спенсеръ далъ правильное обоснова-
ніе утилитаризму на одиннадцать лѣтъ ранѣе чѣмъ появилось
сочиненіе Д. С. Милля объ утилитаризмѣ¹⁾. Но такъ какъ на
его философскія доктрины надлежашее вниманіе обращено
было гораздо позднѣе, такъ какъ Г. Спенсеръ и въ настоящее
время продолжаетъ развивать въ разныхъ сочиненіяхъ и стать-
яхъ свою теорію, и такъ какъ по своему содержанію утили-
таризмъ Спенсера стоитъ несравненно выше утилитаризма не
только Бентама, но и Д. С. Милля—мы вправѣ считать ея эти-
ческія воззрѣнія какъ бы дальнѣйшимъ развитіемъ доктрины
утилитаризма, хотя—повторяю—его обоснованіе утилитаризма
предшествуетъ таковому Д. С. Милля.

Если Бентамъ, читаемъ мы у Спенсера, относится отри-
цательно къ нравственнымъ чувствамъ, называя ихъ анархи-
ческимъ и капризнымъ принципомъ произвольнаго сужденія,
то его собственный критерій—принципъ наибольшаго счастья
(greatest happiness)—вдвойнѣ ошибоченъ. У всѣхъ утилита-
ристовъ остается вѣчно нерѣшеннымъ вопросъ, что такое
польза (what is utility)?—вопросъ, который при появленіи
каждаго новаго сочиненія по этому предмету, вызываетъ без-

¹⁾ „Utilitarianism“ Милля появился въ „Fraser's Magazine“ въ 1861
году, а „Social Statics“ Спенсера вышло въ 1850 году.

конечные споры ¹⁾—вѣдь понятія о счастіи такъ различны ²⁾.

Съ другой стороны Спенсеръ указываетъ, что если бы мы вздумали въ поведеніи нашемъ руководствоваться сознательными расчетами по правиламъ Бентама, то наши изслѣдованія ожидаемыхъ послѣдствій были бы такъ продолжительны, самый этотъ процессъ былъ бы такъ сложенъ, рѣшенія такъ трудны, что вся наша жизнь была бы наполнена этимъ вычисленіемъ вѣроятныхъ послѣдствій нашихъ поступковъ ³⁾.

Методъ, которому слѣдуетъ природа, вовсе не таковъ. Въ насъ, путемъ приспособленія къ окружающимъ насъ условіямъ жизни, вырабатывается непосредственное стремленіе къ поступкамъ извѣстнаго рода. ⁴⁾ Въ частности извѣстнаго рода регулированное поведеніе (*upright conduct*) необходимо для всеобщаго блага, почему и существуютъ въ насъ непосредственные импульсы къ такому поведенію, называемые нравственнымъ чувствомъ (*Moral Sense*). ⁵⁾ Отсюда слѣдуетъ, что зло есть слѣдствіе недостаточнаго приспособленія и что по общему всѣмъ жизненнымъ явленіямъ закону приспособляемости—зло постепенно должно исчезать. Все, что живетъ, начиная съ элементарной клѣточки и кончая самимъ человѣкомъ, повинуется этому закону приспособленія къ окружающимъ условіямъ. ⁶⁾ Человѣкъ не составляетъ исключенія ни въ чисто-физическомъ отношеніи, ни въ психическомъ. ⁷⁾ Хорошенько усвоивъ себѣ эти истины, что зло есть результатъ недостаточной приспособленности и что эта неприспо-

¹⁾ H. Spencer, *Social Statics*, 3-d thousand, 1868. p. 40.

²⁾ О. с., p. 15. „...the standard of „greatest happiness“ possesses as little fixity as the other exponents of human nature“.

³⁾ О. с., p. 30.

⁴⁾ О. с., p. 30.

⁵⁾ О. с., p. 31.

⁶⁾ О. с., p. 74.

⁷⁾ О. с., p. 74 and 75.

есть движеніе въ направленіи разсѣянія, расхожденія (Divergence) силъ и одновременнаго уравнивленія тѣхъ изъ нихъ, которыя находятся въ состояніи антагонизма ¹⁾. Это же начало уравнивленія антагонизирующихъ силъ положено Спенсеромъ въ основу его этического ученія. Эволюція поведенія какъ и всякая другая эволюція, повинуется этому закону уравнивленія. Я не имѣю въ виду, говоритъ Спенсеръ, равновѣсіе какъ покой смерти, я разумѣю подвижное равновѣсіе ²⁾. Съ какой точки зрѣнія мы ни взглянемъ на эволюцію морали—мы вездѣ прослѣдимъ дѣйствіе этого великаго закона. Съ чисто-физической точки зрѣнія правила нравственнаго поведенія обезпечиваютъ людямъ наиболѣе уравнивленный характеръ отношеній къ внѣшнему міру съ наименьшею тратою силъ ³⁾. Съ біологической точки зрѣнія нравственное поведеніе обезпечиваетъ человѣку равновѣсіе функцій его организма ⁴⁾, такъ какъ жизнь есть совокупность функцій организма, осуществляющихъ приспособленіе отношеній внутреннихъ къ отношеніямъ внѣшнимъ ⁵⁾, и недостаточное или излишнее отправление какой бы то ни было функціи вредно отзывается на жизненномъ процессѣ ⁶⁾.

Съ психологической точки зрѣнія развивающіяся въ насъ нравственныя чувства обезпечиваютъ намъ тоже самое уравнивленіе, научая насъ сообразоваться съ важными, хотя бы и отдаленными результатами, а не предпочитать имъ мимолетныя влеченія. Достигается это отчасти собственнымъ

¹⁾ First Principles, Part II, Chapter 22.

²⁾ The Data of Ethics, p. 71: „Evolution in conduct considered under its moral aspect, is like all other evolution, towards equilibrium. I do not mean that it is towards the equilibrium reached at death.....but I mean that it is towards a moving equilibrium“.

³⁾ О. с., p. 71—73.

⁴⁾ О. с., p. 98.

⁵⁾ О. с., p. 19, 75.

⁶⁾ О. с., p. 75.

опытомъ, отчасти унаслѣдованными результатами опыта предковъ и, какъ вторичнымъ моментомъ, усиливается вліяніемъ трехъ санкцій — политической, религіозной и соціальной¹⁾. Съ соціологической точки зрѣнія этика является ничѣмъ инымъ какъ опредѣленными нормами поведенія, приспособленными къ общественной жизни²⁾. Въ дальнѣйшемъ изложеніи Спенсеръ разбираетъ подробно смыслъ и значеніе эгоизма и альтруизма въ жизни людей и приходитъ къ заключенію, что и то и другое свойство одинаково для людей необходимо, что въ правильно организованномъ обществѣ эти двѣ тенденціи должны находиться въ состояніи возможно болѣе близкомъ къ равновѣсію³⁾ и что люди постепенно приближаются къ этому идеальному уравниванію⁴⁾. Такое состояніе идеальнаго равновѣсія между личными стремленіями каждаго индивидуума и общественными требованіями, такой порядокъ, который обусловитъ подобное равновѣсіе, Спенсеръ называетъ абсолютной этикой, а всѣ несовершенные моральные кодексы — относительной этикой (Absolute Ethics, Relative Ethics).⁵⁾

Изъ этого краткаго изложенія видно, что этическія воззрѣнія Спенсера могутъ быть сведены въ слѣдующую формулу — нравственный кодексъ есть совокупность правилъ поведенія, полезныхъ для отдѣльныхъ индивидуумовъ и для общества и вырабатывающихся путемъ приспособленія къ условіямъ жизни.

Важную заслугу опредѣленія истиннаго характера морали раздѣляетъ съ Спенсеромъ великій натуралистъ Ч а р л з ъ Д а р в и н ъ, который высказываетъ тѣже мысли, но нѣсколько съ иной точки зрѣнія. Хотя Дарвинъ и признаетъ наслѣд-

1) О. с., р. 120, 122, 126.

2) О. с., р. 133 а. foll.

3) О. с., р. 243.

4) О. с., р. 251, 275 а. oth.

5) О. с., р. р. 268, 275 а. oth.

ственную передачу приобретённых свойств¹⁾, но выводитъ теорію нравственныхъ чувствъ главнымъ образомъ основываясь на принципѣ борьбы за существованіе и естественнаго отбора.

Нравственныя чувства, говоритъ Дарвинъ, развились изъ общественныхъ инстинктовъ²⁾. Общественныя животныя оказываютъ другъ другу различныя услуги³⁾, такъ что у общительныхъ животныхъ развиваются чувства взаимной привязанности, участія, состраданія⁴⁾, и такъ какъ чувства взаимной привязанности, обмѣнъ услугъ, защита сочленовъ общества въ несчастія и другія подобныя качества являются полезными для обществъ а слѣдовательно и для вида вообще⁵⁾, то они закрѣпляются путемъ естественнаго отбора, такъ какъ животныя, у которыхъ такія качества сильнѣе развиты, имѣютъ болѣе вѣроятности пережить другихъ⁶⁾. По отношенію къ людямъ дѣйствуетъ конечно тотъ же законъ: «никакое общество не ужилося бы вмѣстѣ, еслибы убійство, грабежь, измѣна и т. п. были распространены между его членами; вотъ почему эти преступленія въ предѣлахъ своего племени клеймятся вѣчнымъ позоромъ»⁷⁾. Указывая на неправильность воззрѣній эмпирическаго утилитаризма, выводящаго нравственныя чувства изъ сознательнаго стремленія къ наибольшему счастью,— такъ какъ было бы нелѣпо говорить о происхожденіи общественныхъ инстинктовъ низшихъ животныхъ изъ себялюбія или изъ желанія счастья обществу—Дарвинъ объясняетъ, что

1) Въ началѣ Дарвинъ все свое вниманіе сосредоточилъ на факторѣ естественнаго отбора, но къ концу жизни, особенно въ письмахъ, онъ прямо указываетъ и унаслѣдованіе приобретённыхъ признаковъ.

2) Происхожденіе челоуѣка, т. 1-й, стр. 74—75; 105.

3) О. с., стр. 79.

4) О. с., стр. 80—81.

5) О. с., стр. 89; 105.

6) О. с., стр. 89—90.

7) О. с., стр. 101.

подъ словомъ «общее благо» должно понимать «средства, благодаря которымъ возможно большее число особей можетъ вырости въ полномъ здоровьи и силѣ и развить всё свои способности при данныхъ условіяхъ»¹⁾. Т. е. Дарвинъ признаетъ основной принципъ утилитаризма о наибольшемъ благѣ наибольшаго числа людей, но даетъ ему твердое обоснованіе на началахъ эволюціонной теоріи согласно принципу естественнаго отбора. Высшія умственныя способности членовъ даннаго общества или племени несомнѣнно даютъ ему огромныя преимущества и позволяютъ ему размножаться и вытѣснять другія племена²⁾. Тоже должно сказать и о нравственныхъ качествахъ: «хотя высокій уровень нравственности даетъ каждому человѣку въ отдѣльности и его дѣтямъ лишь весьма небольшія преимущества надъ другими членами того же племени, или не приноситъ имъ никакихъ выгодъ, тѣмъ не менѣе общее повышеніе этого уровня и увеличеніе числа даровитыхъ людей несомнѣнно даетъ огромный перевѣсъ одному племени надъ другимъ»³⁾. И чѣмъ выше ступень цивилизаціи, на которой стоитъ данный народъ, тѣмъ вліяніе естественнаго отбора въ области нравственныхъ качествъ сказывается сильнѣе. Преступники элиминируются или исправляются, лица страдающія умственнымъ разстройствомъ содержатся въ лѣчебницахъ, беспокойные элементы общества, не находя простора своимъ дурнымъ наклонностямъ, сами выселяются изъ страны⁴⁾ и такимъ образомъ вышеуказанныя категоріи вредныхъ обществу индивидуумовъ не оставляютъ потомства или оставляютъ его въ незначительномъ числѣ. Неумѣренный образъ жизни и развратное поведеніе также губительны для лицъ, подверженныхъ порокамъ, и для ихъ потомства⁵⁾.

1) О. с., стр. 106.

2) О. с., стр. 177, 179.

3) О. с., стр. 185.

4) О. с., стр. 193.

5) О. с., стр. 193.

Итакъ, мы видимъ, что Дарвинъ въ вопросѣ о происхожденіи нравственныхъ чувствъ почти исключительное вниманіе отдавалъ началу естественнаго отбора и его теорія нравственныхъ чувствъ можетъ быть сформулирована слѣдующимъ образомъ: такъ какъ многіе животныя виды ведутъ борьбу за существованіе, соединяясь въ общества, въ формѣ коллективной борьбы за существованіе, такъ какъ человѣкъ примѣняетъ почти исключительно эту форму борьбы за существованіе, то солидарныя отношенія между сочленами обществъ вырабатываются естественнымъ отборомъ какъ полезныя виду свойства и порядокъ, который такимъ образомъ воцаряется въ обществѣ, называется нравственностью.

Вслѣдъ за Спенсеромъ и Дарвиномъ появилась цѣлая плеяда этиковъ эволюціонистовъ, которые видоизмѣняютъ ихъ воззрѣнія въ частностяхъ, иногда даже критикуютъ ихъ, но въ общемъ и цѣломъ всетаки остаются вѣрны основнымъ воззрѣніямъ, нашедшимъ выраженіе въ трудахъ этихъ двухъ великихъ мыслителей¹⁾. Мы не можемъ входить въ изложеніе и разсмотрѣніе воззрѣній всѣхъ этихъ писателей, такъ какъ

¹⁾ Сюда относятся: Alfred Barrat, „Physical Ethics“, 1869; В. Carneri „Sittlichkeit und Darwinismus“, 1881; John Fiske, „Outlines of cosmic philosophy“, 1874 и „The Destiny of Man“ 1884; Leslie Stephen, „The science of Ethics“, 1882; W. H. Rolph „Biologische Probleme“; Paul Ree въ последнемъ сочиненіи „Die Entstehung des Gewissens“, 1885; Harald Höffding, „Ethik“ 1887; Georg von Gizycki, „Moralphilosophie“, 1889; S. Alexander „Moral order and Progress“, 1889; C. M. Williams „A Review of the systems of Ethics founded on the Theory of evolution“, 1893 (chapters VIII and IX); Th. Fowler „Progressive morality“ 1895; Ch. Rappoport, „Die sociale Frage und die Ethik“, 2-е Auflage, 1895; сюда же долженъ быть отнесенъ Ernst Haeckel, который не писалъ специальныхъ сочиненій по этикѣ, но вообще неоднократно высказывается по вопросу о происхожденіи нравственности совершенно въ томъ-же смыслѣ, какъ Дарвинъ. Довольно странное впечатлѣніе производятъ писатели, какъ G. Richard, „L'origine de l'idée du droit“ 1892, Durkheim „De la division du travail social“, 1893, которые становятся на эволюціонную точку зрѣнія и въ тоже время, вмѣсто того чтобы объяснить утилитаризмъ съ этой точки зрѣнія, жестоко на него нападаютъ.

это прямо не относится къ предмету нашего изслѣдованія. Для цѣлей дальнѣйшаго изложенія достаточно сдѣланнаго ознакомленія съ результатами приложенія идеи эволюціонизма въ области науки о нравственности, заключающимися въ приданіи строго научнаго характера эмпирическому утилитаризму и выражающимися въ признаніи, что моральныя качества являются такими же свойствами живыхъ существъ, измѣнчивыми сообразно условіямъ существованія, какъ и всѣ другія ихъ свойства и качества; что моральныя качества создаются путемъ естественнаго отбора и наслѣдственной передачи полезныхъ пріобрѣтенныхъ признаковъ какъ полезныя виду свойства; и что этотъ процессъ выработки нравственности еще продолжается въ направленіи все большей и большей приспособленности. Мы могли бы на этомъ даже покончить наши вступительныя разсужденія и обратиться къ непосредственной цѣли, къ общей теоріи права въ ея историческомъ развитіи начиная съ возникновенія исторической школы, и въ ея современномъ состояніи—еслибы за послѣднія пятнадцать лѣтъ не возникло новое движеніе въ области біологическаго эволюціонизма, отразившееся довольно замѣтно и въ области науки о нравственности въ смыслѣ отрицанія основъ современной морали. Въ разсмѣрахъ и значеніи этого движенія мы должны дать себѣ отчетъ.

Глава 3-я.

Мораль нео-дарвинизма и ея критика.

Со времени появленія сочиненій Августа Вейсмана о наслѣдственности—въ средѣ ученыхъ біологовъ появился нѣкоторый расколъ; идея такъ называемой непрерывности зародышевой плазмы получила въ трудахъ этого ученаго и его послѣдователей особое развитіе и своеобразное освѣщеніе.

Въ основѣ этой идеи лежитъ вѣрное соображеніе. Явленіе размноженія, въ какой бы формѣ оно ни совершалось (дѣленіемъ-ли, почкованіемъ, путемъ чередующагося размноженія или чисто половымъ путемъ—метаніемъ икры, кладкой яицъ или живорожденіемъ), представляетъ собою ничто иное какъ воспроизведеніе дочернихъ организмовъ изъ тканей материнскаго тѣла. Разъ такая общность тканей у поочередно смѣняющихся другъ друга поколѣній существуетъ, то представляется несомнѣннымъ, что нѣкоторая часть живаго вещества даннаго организма не умираетъ, а живетъ въ его ближайшемъ потомствѣ, которое въ свою очередь оставляетъ жить нѣкоторую часть собственной тѣлесной субстанціи въ своемъ потомствѣ и т. д. Слѣдовательно это живое вещество тянется какъ бы непрерывной нитью въ преемственномъ ряду постепенно другъ отъ друга нарождающихся индивидуумовъ и, очевидно, представляетъ тотъ путь, ту среду, которая передаетъ потомству организацію и вообще качества предковъ. Такія соображенія остановили на себѣ вниманіе извѣстнаго

нѣмецкаго ботаника Негели, который и построилъ на нихъ свою теорію идиоплазмы. Негели полагаетъ что въ живомъ организованномъ тѣлѣ существуетъ нѣкая идиоплазма, входящая составною частью въ клѣточные ядра всего тѣла, имѣющая различныя свойства въ ядрахъ клѣтокъ различныхъ тканей, но представляющая собою одно связное цѣлое, какъ бы плазматическую сѣть, которая распространяется во всемъ тѣлѣ и является молекулярной основой, опредѣляющей его строеніе и свойства. Остальныя составныя части тѣла образуютъ лишь носителя идиоплазмы и называются питательной плазмой (Nährplasma, Trophoplasma). При размноженіи часть идиоплазмы отдѣляется, переходитъ въ половые продукты и затѣмъ въ тѣло новаго организма, перенося на него *in potentia* свойства перваго организма ¹⁾.

Вейсманъ пошелъ далѣе Негели. Онъ утверждаетъ, что часть идиоплазмы, предназначенная для воспроизведенія потомства, очень рано отдѣляется отъ остальной плазмы тѣла, и на этомъ основаніи идиоплазму Негели переименовываеъ въ зародышевую плазму. Зародышевая плазма, по теоріи Вейсмана, весьма рано раздѣляется на двѣ части: одна часть остается неизмѣнной во все время развитія организма, сохраняется въ области органовъ воспроизведенія и предназначена для цѣлей размноженія—это зародышевыя клѣтки (Keimzellen); другая часть зародышевой плазмы развивается, дифференцируется и превращается въ такъ называемыя соматическія клѣтки, образующія самое тѣло индивидуума. Размноженіе совершается путемъ отдѣленія части зародышевой плазмы, сохраняющейся неизмѣнно въ нѣдрахъ организма въ видѣ зародышевыхъ клѣточекъ; эта зародышевая плазма распадается вновь на двѣ части, изъ которыхъ одна остается въ неизмѣнномъ видѣ какъ зародышевыя клѣтки, а другая дифференцируется въ

¹⁾ С. v. Naegeli, Mechanisch—physiologische Theorie der Abstammungslehre, 1883.

соматическія клітки. Изъ этой теоріи непрерывности зародышевой плазмы Вейсманъ выводитъ весьма важное слѣдствіе: если зародышевыя клітки, содержащія неизмѣненную, предназначенную для цѣлей размноженія, зародышевую плазму, рано и совершенно отдѣляются отъ соматическихъ клітокъ, то никакія измѣненія въ структурѣ послѣднихъ не могутъ вызвать соотвѣтствующихъ измѣненій въ зародышевой плазмѣ; отсюда слѣдуетъ, что пріобрѣтенныя свойства не передаются по наслѣдству и что единственнымъ факторомъ эволюціи является естественный отборъ.

Вейсманъ имѣетъ довольно много послѣдователей и между прочимъ его идеи вызвали нѣкоторое новое движеніе въ области науки о нравственности.

Если согласиться съ Вейсманомъ и признать, что единственнымъ факторомъ эволюціи является естественный отборъ, то придется отвергнуть основы современной морали. Этики, стоящія на точкѣ зрѣнія Дарвина и Спенсера, признаютъ всѣ основоположенія современной морали и только даютъ имъ и происхожденію ихъ научное объясненіе. Не такъ смотрятъ послѣдователи Вейсмана. Если единственнымъ факторомъ эволюціи признать естественный отборъ, то должно допустить, что борьба за существованіе играетъ первенствующую роль въ процессѣ эволюціи, такъ какъ естественный отборъ можетъ дѣйствовать лишь тогда, когда имѣется на лицо болѣе живыхъ организмовъ, чѣмъ средствъ для ихъ существованія. Если такъ, то значить въ этой борьбѣ за существованіе должны существовать побѣждающіе и побѣждаемые. Слѣдовательно современная нравственность съ ея требованіями любви къ ближнему, милосердія, состраданія, равнаго для всѣхъ права на жизнь — не выдерживаетъ критики. Побѣдители должны истреблять побѣждаемыхъ, не должно дозволить размножаться слабымъ, больнымъ, уродамъ, порочнымъ людямъ, такъ какъ сохраненіе слабыхъ, заботы о ихъ здоровьи и благополучіи (такъ называемый медицинскій потборъ) влекутъ за собой вырожденіе и въ будущемъ гибель человѣчества.

Уже Гексли замѣтилъ это противорѣчіе между законами природы и человѣческой нравственности. Природа безжалостна, естественный отборъ есть истребленіе слабѣйшихъ для пользы сильнѣйшихъ—между тѣмъ нравственность требуетъ любви къ ближнему, состраданія, помощи слабому и т. д., почему Гексли высказалъ довольно парадоксальное положеніе, что хотя человѣкъ подчиненъ космическому процессу, но тѣмъ не менѣе борется съ нимъ и стремится выйти изъ подчиненія ему ¹⁾. Сознаніе этого противорѣчія между современной нравственностью и эволюціонной теоріей привело другихъ писателей къ отрицанію основъ современной морали. Джемсъ Морисонъ ²⁾ обращаетъ вниманіе на то обстоятельство, что люди предусмотрительные и благоразумные женятся поздно и рожаютъ мало дѣтей. Люди же легкомысленные, безнравственные и склонные къ преступности размножаются сколько могутъ. Это влечетъ за собою самыя печальныя послѣдствія для человѣчества и нужно всѣми мѣрами такому порядку вещей противодействовать какъ путемъ правильного воспитанія, такъ и ограниченіемъ свободы вступленія въ бракъ. Съ другой стороны, огромный вредъ человѣчеству приносится сохраненіемъ жизни значительнаго числа больныхъ, благодаря улучшеннымъ методамъ лѣченія. Размноженію такихъ больныхъ наследственными болѣзнями также надо полагать предѣлъ болѣе строгими законами о бракахъ. Френсисъ Гальтонъ, всецѣло отрицая наследственную передачу пріобрѣтенныхъ признаковъ, хорошо сознавая необходимость бороться съ опасностью вырожденія человѣчества, но съ другой стороны находя устраненіе отъ брака людей съ плохой организаціей слишкомъ жестокимъ, предлагаетъ покровительствовать раннимъ бракамъ между лучшими предста-

¹⁾ Evolution and Ethics, p.p. 35—36; 81—83.

²⁾ James Cotter Morison, „The Service of Man“, 1888. Цитирую по A. Tille, „Von Darwin bis Nietzsche“, S. S. 143 ff.

вителями обоихъ половъ, обезпечивая имъ средства къ жизни и воспитанію возможно бѣльшаго числа дѣтей¹⁾. Уоллесъ, возражая Гальтону, что намъ нужно повышеніе уровня культуры для всей массы, а вовсе не для отдѣльныхъ избранныхъ²⁾, предлагаетъ иныя средства. Отвергая, вмѣстѣ съ Гальтономъ и Вейсманомъ, наслѣдственную передачу прибрѣтенныхъ признаковъ, считая естественный отборъ единственнымъ средствомъ прогресса, онъ предлагаетъ³⁾ улучшить образованіе и матеріальное положеніе женщинъ, чтобы развить въ нихъ потребность и доставить имъ возможность выбирать въ мужья людей лучшихъ, а не безразлично хорошихъ и дурныхъ, лишь бы богатыхъ⁴⁾. Идея необходимости улучшения челоуѣчества какъ вида проглядываетъ вскользь у Карнери, Бессера, Раденгаузена, Бюхнера⁵⁾, Рольфа⁶⁾ и полного развитія въ духѣ Вейсманова эволюціонизма достигаетъ у Фридриха Ницше.

Ницше излагаетъ свои идеи скорѣе въ поэтической, чѣмъ въ научно-философской формѣ, но это не умаляетъ его значенія. Хотя Ницше нигдѣ не касается въ своихъ сочиненіяхъ эволюціонной теоріи, однако по содержанію его воззрѣній мы можемъ съ полнымъ правомъ причислить его къ эволюціоннымъ утилитаристамъ Вейсманова направленія. Правда, мы не найдемъ у него никакихъ прямыхъ указаній на знакомство его съ этими вопросами, но хотя бы даже пришлось допу-

1) См. A. Tille, O. c., S. S. 147—148.

2) Alfred R. Wallace, „Human Selection“, The Fortnightly Review, vol. XLVIII, New series, 1890, p. 328.

3) Ibidem, p.p. 331—335.

4) Въ этомъ смыслѣ высказывается Hiram M. Stanley; Grant Allen предлагаетъ, чтобы дѣвѣцы выбирали себѣ временныхъ (!) мужей изъ лучшихъ молодыхъ людей. См. Wallace, O. c., p.p. 328, 329.

5) См. Tille, O. c., S.S. 175, 178, 189, 197 ff.

6) Rolph, „Biologische Probleme“. По Рольфу не борьба есть стимулъ прогресса, а избытокъ средствъ существованія.

стить, что онъ только интуитивно предугадалъ вейсманизмъ—мы всетаки должны его причислить къ сторонникамъ эволюціонизма этой фракціи.

Ницше прямо высказалъ мысль о необходимости совершенствованія рода человѣческаго, онъ первый произнесъ великое и страшное слово «сверхчеловѣкъ» (Übermensch). Онъ ожидаетъ, что создастся особая высшая раса, которая покоритъ себѣ человѣчество ¹⁾. Всѣ живыя существа создали другія существа, высшія чѣмъ они сами: неужели одинъ человѣкъ составитъ исключеніе? Пройдя длинный путь отъ червя до человѣка, развѣ предпочтутъ люди возвратиться къ животному состоянію, развѣ они не превзойдутъ самихъ себя, не создадутъ сверхчеловѣка? ²⁾ Какой же путь указываетъ Ницше для этого? Его идея ясна—это естественный отборъ. Для вида не всѣ индивидуумы равны—*vor dem Böbel wollen wir nicht gleich sein!* Надо создать новую мораль, такъ какъ современная мораль—мораль рабовъ: добродѣтелью она называетъ то, что свойственно слабому, добро отождествляется съ малодушіемъ, слабостью, безобидностью; пороками называются тѣ качества, которыхъ недостаетъ слабымъ и хилымъ, т. е. все то, что сильно, смѣло, страшно, побѣдоносно, самоувѣренно, властно ³⁾. Ради будущаго, изъ любви къ будущимъ поколѣніямъ «не щади своихъ ближнихъ!» поучаетъ Заратуштра, ибо современное человѣчество есть переходная стадія. Новая мораль учитъ насъ побѣждать, поработать, уничтожать слабыхъ и чужихъ, чтобы самимъ развиваться, расширять свою дѣятельность, обогащаться, умножать свои потребности, достигать вообще высшихъ ступеней развитія жизненныхъ функцій ⁴⁾.

1) Fr. Nietzsche, „Jenseits von Gut und Böse“, S. 251: „.... die Züchtung einer neuen über Europa regierenden Kaste“. Ibid. S. 262 „....ein Typus wird fest und Stark“...

2) „Also sprach Zarathustra“.

3) „Zur Genealogie der Moral“, „Jenseits von Gut und Böse“.

4) „Jenseits von Gut und Böse“, S. 259 u. a.

Къ группѣ этиковъ-вейсманистовъ относятся еще Александръ Тилле и Бенжаминъ Киддъ.

Эволюціонная философія, говоритъ Александръ Тилле, приводитъ насъ къ идеалу усовершенствованія рода человѣческаго и руководить нами въ этомъ направленіи должна мораль эволюціонная, *Gattungsmoral*, какъ онъ её называетъ ¹⁾). Идеаль этой морали—усовершенствованіе человѣка какъ зоологическаго вида ²⁾). Современныя же условія жизни не только не благоприятствуютъ этому идеалу, но прямо вредятъ ему. Медицинская терапия сохраняетъ жизнь людямъ больнымъ и тѣмъ умножаетъ число больныхъ; призрѣніе бѣдныхъ способствуетъ развитію нищенства; кротость и милосердіе поощряютъ лѣнливыхъ, нерадивыхъ и глупыхъ; и мораль любви къ ближнему въ результатѣ такихъ заботъ о больныхъ и слабыхъ поощряетъ размноженіе этихъ больныхъ и слабыхъ и тѣмъ самымъ губитъ человѣчество ³⁾). Единственное средство противодѣйствовать злу — это не препятствовать дѣйствию естественнаго отбора. Въмѣсто блага и счастья всѣхъ и каждаго надо поставить цѣлью благо, счастье и размноженіе лучшихъ, способнѣйшихъ ⁴⁾). Всякій согласится, говоритъ Тилле, что безразсудно простирать любовь къ ближнему до такихъ предѣловъ, когда неизлѣчимо-больному наследственно-передаваемой болѣзвью мы, благодаря успѣхамъ медицины, не только сохраняемъ жизнь, но и доставляемъ ему возможность вступить въ бракъ, чтобы его болѣзнь перешла на дюжину дѣтей, которые потребуютъ отъ насъ во столько же разъ болѣе помощи, чѣмъ ихъ родитель ⁵⁾). Тоже самое должно сказать о людяхъ безнравственныхъ, порочныхъ и преступныхъ. Если лучшіе изъ насъ являются лишь переходной ступенью къ бу-

1) Alexander Tille, „Von Darwin bis Nietzsche“, S. 112.

2) О. с., S. 179: „Ideal der Hebung der Gattung“.

3) О. с., S. 112, 201.

4) О. с., S. 113.

5) О. с., S. 171.

дущему болѣе совершенному человѣчеству, то нечего жалѣть людей нисшаго типа (Darum heisst es gegen den Unterdurchschnittsmenschen hart zu werden ¹⁾). Впрочемъ Тилле не проповѣдуетъ такой жестокой морали властителей (Herrenmoral), какъ Ницше. При современныхъ условіяхъ жизни, говоритъ Тилле, не нужно уничтожать индивидуумовъ, подлежащихъ элиминированію. Нужно лишь обязать ихъ не производить потомства ²⁾).

Бенжаминъ Киддъ, также горячій приверженецъ теоріи Вейсмана, исходя изъ тѣхъ же отправныхъ точекъ, приходитъ къ иному выводу. Единственнымъ факторомъ эволюціи онъ признаетъ естественный отборъ; чтобы возможенъ былъ отборъ нужна борьба, соперничество; чтобы было соперничество нужно размноженіе сверхъ средствъ существованія. Борьба за существованіе, соперничество должны существовать даже не только для развитія полезныхъ свойствъ, но и для сохраненія status quo, такъ какъ пріостановка борьбы за существованіе вызоветъ непременно регрессъ вслѣдствіе панмиксіи ³⁾), повторяетъ Киддъ выводы Вейсмана. Отсюда Киддъ заключаетъ, что интересы индивидуума и интересы общества — противоположны. Большая масса населенія, такъ называемые нисшіе классы, работаютъ, страдаютъ, переносятъ лишения ради другихъ и даже не ради теперь живущихъ, а ради будущихъ, неизвѣстныхъ намъ, нерожденныхъ еще поколѣній ⁴⁾). Что-же, спрашивается, заставляетъ этихъ людей жить трудясь и страдая, если нѣтъ раціональной санкціи для этого ⁵⁾. Чѣмъ работать для будущихъ поколѣній люди скорѣе должны бы позаботиться о себѣ въ настоящемъ и предпочесть, на примѣръ, социалистическіе идеалы? Соціализмъ несомнѣнно повлечетъ за собою гибель народа, который осуществитъ его идеалы,

¹⁾ О. с., S. 234.

²⁾ О. с., S. 115.

³⁾ Benjamin Kidd, „Social Evolution“, pp. 36—39.

⁴⁾ О. с., pp. 64—65, 69, 75.

⁵⁾ О. с., p. 73.

но для даннаго поколѣнія нисшихъ классовъ онъ былъ бы благодѣяніемъ ¹⁾). Почему-же люди не осуществляютъ соціалистическіе идеалы? Потому, отвѣчаетъ Киддъ, что тамъ, гдѣ нѣтъ для прогресса раціональной санкціи, есть санкція ультра-раціональная—въ религіи ²⁾).

Таково движеніе въ области науки о нравственности, выросшее на почвѣ Вейсмановой теоріи. Охарактеризовавъ его, мы не будемъ въ напыщенныхъ фразяхъ приходить въ благородное негодованіе передъ идеалами новой морали ³⁾, такъ какъ громкія фразы сами по себѣ едвали кого убѣдятъ, а попытаемся критически отнестись къ самой теоріи наслѣдственности Вейсмана, такъ какъ если она не вѣрна, то и

¹⁾ О. с., р. 75.

²⁾ О. с., р. 108.

³⁾ Любопытна критика Кидда вѣкимъ „сентиментальнымъ стилистомъ“ Друммондомъ („Прогрессъ и эволюція человѣка“, русскій переводъ 1896 г.), разсуждающимъ такъ: Киддъ признаетъ лишь борьбу за жизнь (57); но есть еще борьба за жизнь другихъ (11), безъ которой не было бы этихъ другихъ (34); жизнь поддерживается не только борьбой, но и самопожертвованіемъ (257—261), любовью, которая есть самостоятельный факторъ рядомъ съ борьбой за жизнь (263—264). Все размноженіе зиждется на любви и самопожертвованіи: дѣленіе клѣточки, цвѣтеніе растенія—это все акты любви и самопожертвованія (257, 259—261).

Приходится положительно удивляться наивности Друммонда. Во первыхъ, въ своемъ риторическомъ увлеченіи онъ расходится съ фактами. Видѣть любовь и самопожертвованіе въ дѣленіи клѣтки и въ цвѣтеніи растенія—смѣшно. Говорить, что любовь такъ же стара какъ жизнь—прямо невозможно: какіе слѣды любви найдемъ мы у двудомныхъ напримѣръ растеній; у орхидей, оплодотворяемыхъ переносщими пылью насѣкомыми? Гдѣ любовь при партеногенетическомъ размноженіи? При чередующемся, напр., размноженіи съ гермафродитными формами въ родѣ паразитныхъ червей? Вѣдь самъ Друммондъ признаетъ, что материнство отсутствуетъ у нисшихъ животныхъ: „всѣ элементарныя животныя сироты“ (306). Во вторыхъ, развѣ Киддъ отвергаетъ принципы любви, борьбы за жизнь другихъ, страданій для другихъ? Онъ въ полной мѣрѣ признаетъ ихъ и лишь стремится дать имъ объясненіе. Друммондъ же то, чему Киддъ ищетъ объясненія, принимаетъ за аксіому и противопоставляетъ эту якобы аксіому Кидду въ видѣ критики!

всѣ ея приложенія въ области нравственныхъ и политическихъ теорій—сами собой падаютъ.

Факты, положенные Вейсманомъ въ основу его теоріи, въ общихъ чертахъ слѣдующіе.

Во первыхъ, цѣлый рядъ наблюденій даетъ основаніе полагать, что вліяніе направляющее, опредѣляющее всѣ функціи и свойства живыхъ существъ—принадлежитъ клѣточному ядру. Такъ какъ характеръ конституціи и дѣятельности всѣхъ живыхъ существъ зависитъ отъ свойствъ клѣтокъ, слагающихъ ткани ихъ тѣла, а свойства клѣтокъ опредѣляются свойствами ядра, то слѣдовательно ядро есть универсальный факторъ всѣхъ жизненныхъ явленій ¹⁾.

Во вторыхъ, существуютъ наблюденія, что въ зародышѣ клѣтки, изъ которыхъ впоследствии образуются сексуальные продукты, отдѣляются при сегментации или прежде всѣхъ другихъ (у двукрылыхъ насѣкомыхъ, къ которымъ принадлежитъ напр. комнатная муха), или въ очень раннемъ періодѣ сегментации (напр. у прѣсноводныхъ рачковъ—дафнидъ), или вскорѣ по окончаніи дѣленія (у морскихъ червей сагитта), или въ нѣсколько позднѣйшемъ періодѣ, когда уже зародышъ во всѣхъ главныхъ частяхъ своихъ опредѣлился (напр. у млекопитающихъ) ²⁾.

Такъ какъ зародышевыя клѣтки, говоритъ Вейсманъ, рано отдѣляются отъ соматическихъ—то мы не можемъ допустить, чтобы тѣ измѣненія, которыя современемъ постигнутъ соматическую плазму этихъ послѣднихъ, отразились бы на зародышевой плазмѣ, заключенной въ первыхъ ³⁾. Съ другой стороны мы не можемъ допустить, чтобы соматическая плазма участвовала въ актѣ размноженія. Когда клѣтка дѣлится, то

¹⁾ См. Weismann, напр., „Die Continuität des Keimplasmas“, S.S. 17, 19, 29.

²⁾ Weismann, „Ueber die Vererbung“, S. 6; Die Continuität, S. 47.

³⁾ Weismann, „Vererbung“, S. S. 11—12.

это зависит от дѣленія ядра; если по раздѣленіи получаются разные виды клѣтокъ, то это значитъ, что части ядра, получившіяся путемъ дѣленія его, по строенію своему не одинаковы; чѣмъ далѣе идетъ дѣленіе, тѣмъ все болѣе и болѣе дифференціація соматическихъ клѣтокъ, а слѣдовательно и ихъ ядеръ, имѣетъ мѣсто. И представляется невыносимымъ, чтобы изъ многочисленныхъ различныхъ по составу родовъ ядеръ вновь скомбинировались ядра съ прежнимъ, недифференцировавшимся составомъ ядеръ зародышевыхъ клѣтокъ ¹⁾. Слѣдовательно дѣлу размноженія служатъ исключительно зародышевыя клѣтки и такъ какъ соматическая плазма не можетъ вліять на зародышевую—пріобрѣтенныя качества не наследуются и единственнымъ факторомъ эволюціи является естественный отборъ. Физическія и химическія особенности молекулярнаго строенія зародышевой плазмы опредѣляютъ характеръ онтогенетическаго процесса ²⁾; чѣмъ организмъ выше по своей организаціи, тѣмъ составъ и строеніе его зародышевой плазмы сложнѣе ³⁾; свойства организмовъ, имѣющихъ развиться изъ данной зародышевой плазмы, заключены *in potentia* въ зародышевыхъ клѣткахъ ⁴⁾; когда мы видимъ, что измѣняются качества частей тѣла индивидуумовъ даннаго вида, то на самомъ дѣлѣ происходятъ лишь количественныя измѣненія уже существующихъ элементовъ; на примѣръ, въ кожѣ безцвѣтныхъ червей мы видимъ подъ микроскопомъ окрашенныя пигментныя тѣльца—когда число этихъ тѣлецъ значительно увеличится, то кожа червя приметъ окраску ⁵⁾.

1) Weismann, „Continuität“, S. S. 43, 46, 48—50, 52, 63.

2) Weismann, „Vererbung“, S. S. 18, 55; „Continuität“, S. 32—33.

3) Weismann, „Continuität“, S. 42.

4) Weismann, „Vererbung“, S. 7, 9, 15.

5) Weismann, „Continuität“, S. 54—56.

Одно изъ первыхъ возраженій, которое было сдѣлано ¹⁾ противъ теоріи Вейсмана, изложенной въ такой формѣ, заключается въ слѣдующемъ. Если зародышевая плазма передается въ неизмѣнномъ видѣ изъ поколѣнія въ поколѣніе и никакія измѣненія соматической плазмы на строеніи плазмы зародышевой не отражаются — то откуда возьмется болѣе сложный составъ зародышевой плазмы у высшихъ животныхъ? Вѣдь зародышевая плазма въ неизмѣненномъ видѣ должна была дойти до нихъ отъ ихъ самыхъ отдаленныхъ предковъ, простѣйшихъ животныхъ (типъ Protozoa). Неужели Вейсманъ признаетъ, что въ строеніи тѣла Protozoa заключались ужѣ, были предопредѣлены заранѣе, свойства всѣхъ имѣющихъ развиться животныхъ видовъ? Или, спрашиваетъ Эймertz, эволюція является необъяснимымъ чудомъ ²⁾? Главный недостатокъ Вейсмана въ томъ, что у него проглядываетъ идея предопредѣленности ³⁾.

Это прекрасное возраженіе, должно однако сознаться, не совсѣмъ достигаетъ цѣли. Вейсманъ не далъ повода къ такому

1) Hartog, Pfeffer, Delage. См. Yves Delage, „La structure du Protoplasma et les théories sur l'hérédité“, pp. 529—533.

По поводу теоріи Вейсмана между нимъ и Спенсеромъ существуетъ цѣлая полемика. Спенсеръ написалъ критику на Вейсмана въ Contemporary Review, 1892, Febr., March: „The inadequacy of Natural selection“; 1893, May: „Prof. Weismann's Theories“. Вейсманъ далъ отвѣтъ подъ заглавіемъ „Die Allmacht der Naturzüchtung“, 1893; Спенсеръ возражалъ въ Contemporary Review 1894 года статью „A rejoinder to professor Weismann“. Къ сожалѣнію этихъ журналовъ нѣтъ въ Казани и я долженъ былъ ознакомиться съ этой полемикой частью изъ вторыхъ рукъ, частью по переводамъ.

Изъ новѣйшихъ писателей, стоящихъ на сторонѣ Спенсера можно назвать S. Alexander'a, книги и статьи котораго выше цитировались, и А. Д. Бальфура, который признаетъ между прочимъ унаслѣдованіе приобрѣтенныхъ признаковъ въ статьѣ „Naturalism and Ethics“, International Journal of Ethics, July 1894.

2) Williams, „A Review of the systems of ethics founded on the theory of evolution“, p. 298.

3) Delage, O. c., p. 718.

возраженію. Уже въ первомъ сочиненіи ¹⁾ признаетъ онъ, и повторяетъ въ послѣдующихъ, что воздѣйствіе внѣшнихъ условій жизни вліяетъ на зародышевую плазму, но не прямо сообщая ей свойства пріобрѣтенныя соматической плазмой, это Вейсманъ считаетъ невозможнымъ, а вліяя косвенно путемъ измѣненія условій питанія зародышевыхъ клѣтокъ. Отсюда происходятъ измѣненія состава зародышевой плазмы, создающія предрасположеніе къ измѣненіямъ и въ судьбѣ имѣющихся развиться изъ нихъ соматическихъ клѣтокъ.

Рядъ возраженій, выставленныхъ противъ Вейсмана въ другомъ отношеніи, побудилъ его сдѣлать какъ бы нѣкоторую уступку при дальнѣйшемъ развитіи своихъ идей. Страсбургеръ и Саксъ указали, что есть растенія, у которыхъ любая часть корня, стебля и даже листа при извѣстныхъ условіяхъ можетъ воспроизвести цѣлое растеніе (бегонія, нѣкоторые мхи), что конечно опровергаетъ теорію Вейсмана о неучастіи соматической плазмы въ дѣлѣ воспроизведенія ²⁾. Имѣя въ виду это возраженіе, Вейсманъ долженъ былъ допустить, что частицы зародышевой плазмы имѣются въ ядрахъ всѣхъ клѣтокъ организма въ большемъ или меньшемъ числѣ. Тѣ организмы, гдѣ очень много зародышевой плазмы во всѣхъ тканяхъ, воспроизводятся изъ любого кусочка ³⁾. Но такое видоизмѣненіе теоріи Вейсмана, такая уступка представляется несомнѣнно обстоятельствомъ сильно подрывающимъ авторитетъ этой теоріи, такъ какъ является простымъ предположеніемъ, неподкрѣпленнымъ никакими фактами, и придуманнымъ очевидно специально по поводу возраженія, котораго Вейсманъ первоначально не имѣлъ въ виду. Эта поправка плохо вяжется съ идеей полной раздѣльности зародышевой и соматической плазмы.

1) Weismann, „Ueber die Vererbung“, S.S. 48—49, 57.

2) Weismann, „Continuität“, S.S. 67—68; Delage, O. c., p. 526.

3) Weismann, „Continuität“, S. 68.

Слѣдующій рядъ возраженій Вейсману, на которыя мы обратимъ вниманіе, касается непосредственно самаго факта наследственной передачи приобрѣтенныхъ признаковъ. Самымъ лучшимъ способомъ опровергнуть мнѣніе Вейсмана, будто наследственная передача приобрѣтенныхъ признаковъ невозможна, это доказать фактами возможность такой передачи. И дѣйствительно цѣлый рядъ фактовъ былъ выставленъ въ качествѣ возраженія Вейсману. Спенсеръ обращаетъ вниманіе, что Вейсманъ самъ признаетъ возможность передачи по наследству болѣзней, приобрѣтенныхъ въ зрѣломъ возрастѣ, напр. сифилиса. Но почему же, признавая для паразита возможность проникнуть въ яйцо, Вейсманъ не признаетъ этой возможности для фізіологическихъ единицъ, несравненно меньшихъ? ¹⁾ Однако это возраженіе Спенсера должно признать слабымъ, такъ какъ самое существованіе фізіологическихъ единицъ, а въ особенности фактъ странствованія ихъ по тѣлу и проникновенія въ зародышевыя клѣтки съ послѣдующимъ вслѣдствіе того измѣненіемъ свойствъ этихъ послѣднихъ въ смыслъ приобрѣтенія зародышевой плазмой измѣненій постигшихъ соматическую плазму—еще не доказаны. Затѣмъ Спенсеръ обращаетъ вниманіе на слѣдующее обстоятельство: для того, чтобы возникло какое нибудь измѣненіе въ организмѣ въ цѣляхъ приспособленія къ новымъ условіямъ жизни, нужно координированное измѣненіе весьма многихъ частей тѣла. Напримѣръ для превращенія животнаго бѣгающаго въ прыгающее нуженъ цѣлый координированный рядъ измѣненій чуть не во всемъ тѣлѣ; мускулатура заднихъ ногъ должна сильно развиться, сообразно этому должны измѣниться кости ногъ и таза, сухожилья, кровеносные сосуды, нервы; переднія ноги должны измѣниться въ смыслѣ возможности переноса

¹⁾ Спенсеръ, „Недостаточность естественнаго подбора“, русскій переводъ, стр. 31. Фізіологическая единица Спенсера—это элементъ средней между клѣткой и химической молекулой.

сильные толчки при паденіи съ прыжка на переднія конечности и т. д. Спрашивается, мыслимо-ли ожидать такихъ измѣненій путемъ естественнаго отбора? Конечно невозможно, между тѣмъ какъ съ точки зрѣнія унаслѣдованія приобрѣтенныхъ признаковъ это очень легко ¹⁾). Вейсманъ и это возраженіе удачно парировалъ. Онъ привелъ въ примѣръ термитовъ, у которыхъ индивидуумы, называемые солдатами, приобрѣли весьма сложныя особенности строенія головы несомнѣнно при дѣйствіи лишь естественнаго отбора, такъ какъ эти признаки не могли передаваться по наслѣдству—солдаты термитовъ не даютъ потомства ²⁾).— Далѣе Эймеръ, Геккель и другіе ³⁾, приводятъ многочисленныя примѣры унаслѣдованія поврежденій, полученныхъ родителями въ зрѣломъ періодѣ жизни, равно какъ наслѣдственную передачу пороковъ и дурныхъ наклонностей. Мы не станемъ приводить всѣ примѣры, такъ какъ при недостаточно строгой постановкѣ опытовъ не всѣмъ сообщаемымъ фактамъ можно довѣрять, но на нѣкоторыхъ, содержащихъ данныя болѣе или менѣе серьезныя къ опроверженію Вейсмана, мы остановимъ наше вниманіе. Есть наблюденія, что у собакъ и кошекъ, искусственно лишенныхъ хвостовъ, появлялось потомство съ короткими хвостами ⁴⁾). Вейсманъ возражаетъ на это и на другія сообщенія подобныхъ фактовъ, что здѣсь мы, весьма вѣроятно, имѣемъ дѣло съ случайностью, такъ какъ есть множество случаевъ, гдѣ уродованіе въ теченіи тысячъ поколѣній (напр. обрѣзаніе) не влечетъ соотвѣтствующихъ измѣненій ⁵⁾). Самъ Вейсманъ производилъ подобные опыты съ отрѣзкой хвостовъ у мышей въ

¹⁾ Спенсеръ, О. с., стр. 24—26.

²⁾ Шимкевичъ, „Наслѣдственность и попытки ея объясненія“, стр. 20—21.

³⁾ Williams, O. c., p. 402, 406, 296; Delage, O. c., p. 200 et suiv.; Шимкевичъ, О. с., стр. 3—8.

⁴⁾ Шимкевичъ, О. с., стр. 3.

⁵⁾ Delage, O. c., p. 201.

теченіи 5 поколѣній и изъ нѣсколькихъ сотъ потомковъ ни у одного искусственное уродованіе не отразилось прирожденнымъ укороченіемъ этого органа ¹⁾). Цѣлый рядъ фактовъ полученъ Броунъ-Секаромъ. Онъ дѣлалъ перерѣзки важныхъ нервныхъ стволовъ и даже спиннаго мозга и вырѣзывалъ части головного мозга у кроликовъ и морскихъ свинокъ и нашелъ, что эти искусственныя поврежденія отражаются весьма серьезно въ соответствующихъ частяхъ организма на потомствѣ изуродованныхъ животныхъ ²⁾). И на этотъ случай у Вейсмана имѣются возраженія. Онъ обращаетъ вниманіе на то обстоятельство, что потомство оперированныхъ Броунъ-Секаромъ животныхъ хотя и имѣло поврежденія соответствующихъ частей тѣла, но эти болѣзненныя измѣненія были не тѣ именно, какія образовались у оперированныхъ индивидуумовъ, и объясняетъ явленіе тѣмъ обстоятельствомъ, что животныя съ поврежденной подобными операціями нервной системой вообще являются животными уже больными и поэтому производятъ слабое, болѣзненное потомство, склонное къ разнымъ заболѣваніямъ ³⁾). Однако это возраженіе Вейсмана нельзя признать серьезнымъ. Слабость и хилость потомства оперированныхъ по способу Броунъ-Секара животныхъ можетъ конечно отозваться и на ихъ потомствѣ также общей слабостью и хилостью вслѣдствіе (если смотрѣть съ точки зрѣнія Вейсмана) плохаго питанія зародышевыхъ клѣтокъ. Но разъ это общее болѣзненное состояніе, вызванное поврежденіемъ опредѣленныхъ органовъ, отражается на потомствѣ именно на тѣхъ же органахъ — это обстоятельство уже не можетъ быть

1) Шимкевичъ, О. с., стр. 3—4. Впрочемъ Спенсеръ, О. с., стр. 41, обращаетъ вниманіе, что существуетъ множество причинъ, противодействующихъ унаслѣдованію уродствъ, такъ что обиліе отрицательныхъ фактовъ еще ничего не доказываетъ.

2) Delage, О. с., р. 207—208; Шимкевичъ, О. с., стр. 7; Weismann, „Vererbung“, S. 21.

3) Weismann, „Vererbung“, S. 22.

сведено къ измѣненію въ питаніи, а указываетъ на болѣе глубокую связь между соматической и зародышевой плазмой, склоняетъ къ признанію наслѣдственной передачи прибрѣтенныхъ свойствъ.

Слѣдующимъ фактомъ, на которомъ мы остановимъ наше вниманіе, будетъ извѣстное явленіе телегоніи или *mésaillance initiale* ¹⁾. Фактъ состоитъ въ томъ, что животное женскаго пола иногда рождаетъ дѣтенышей втораго помета, схожихъ съ отцомъ дѣтенышей перваго помета, хотя бы второй пометъ былъ отъ другаго самца. Это явленіе замѣчено даже и у женщинъ ²⁾. Спенсеръ обращаетъ особое вниманіе на это явленіе какъ на фактъ, подтверждающій возможность передачи прибрѣтенныхъ свойствъ по наслѣдству; очевидно плодъ состоитъ въ такомъ тѣсномъ общеніи и связи съ материнскимъ организмомъ, что производитъ въ этомъ послѣднемъ какія то измѣненія настолько серьезныя, что они передаются затѣмъ дѣтямъ при слѣдующихъ беременностяхъ. Это мнѣніе Спенсера не пользуется, однако, большой популярностью. Даже Д е л а ж ь, не сторонникъ Вейсмана, говоритъ по поводу приведеннаго мнѣнія Спенсера, что вѣдь мы не видимъ-же однако никакихъ такихъ измѣненій въ материнскомъ организмѣ, которыя можно бы приписать вліянію утробнаго младенца³⁾, тѣмъ болѣе, говоритъ онъ, что самые факты телегоніи не достаточно точно установлены ⁴⁾. Р о м е н с ь также сомнѣвается въ достовѣрности самыхъ фактовъ ⁵⁾, но такъ какъ окончательно ложными ихъ признать всетаки же нельзя, то онъ даетъ имъ объясненіе въ духѣ теоріи Вейсмана въ томъ

¹⁾ Спенсеръ, О. с., стр. 32—37, 57—59, 63—64; Delage, О. с., р. р. 230—233; 365.

²⁾ Съ телегоніей имѣетъ сходство явленіе ксеніи (*xénie*), но по недостаточной разработанности вопроса мы его не будемъ касаться.

³⁾ Delage, О. с., р. 365.

⁴⁾ О. с., р. 705.

⁵⁾ Спенсеръ, О. с., стр. 63.

смыслѣ, что въ яичникахъ остаются «иды» предыдущаго оплодотворенія и воздѣйствуютъ при послѣдующемъ ¹⁾. Самъ Вейсманъ даетъ такое же объясненіе, говоря, что при телегоніи происходитъ неполное оплодотвореніе несозрѣвшихъ яицъ ²⁾. Но это объясненіе неудовлетворительно. Во первыхъ мы не имѣемъ основаній сомнѣваться по крайней мѣрѣ относительно нѣкоторыхъ фактовъ телегоніи (напр. случай Мортонна), тѣмъ болѣе, что скотоводы безусловно убѣждены въ огромномъ вредѣ, приносимомъ дѣлу улучшенія или сохраненія породъ необдуманномъ скрещиваніемъ породистыхъ самокъ съ самцами чужихъ, и особенно—дикихъ породъ, такъ какъ это отражается на послѣдующемъ чистокровномъ потомствѣ. Во вторыхъ, объясненія Вейсмана и Роменса мы должны отвергнуть, такъ какъ этому противорѣчатъ съ одной стороны современныя научныя данныя относительно процессовъ оплодотворенія, а съ другой стороны слѣдующія соображенія: всѣ авторы, указывающіе факты телегоніи, всегда говорятъ о вліяніи первой *беременности* на послѣдующія; нѣтъ ни одного указанія, чтобы простое *injaculatio seminis*, хотя бы оно повторялось десятки разъ, вызвало бы въ пометѣ отъ втораго самца явленіе сходства съ первымъ. Это обстоятельство, котораго Спенсеръ не отмѣтилъ, имѣетъ огромное значеніе. Очевидно не spermatozoa, не «иды» оказываютъ дѣйствіе при телегоніи, а состояніе беременности, т. е. вліяніе на материнскій организмъ оказываетъ именно плодъ, въ теченіи долгаго времени имѣющій общее съ матерью кровообращеніе, омывающее рѣшительно всѣ ткани тѣла обоихъ организмовъ и устанавливающее между ними самую интимную связь, какую только можно себѣ представить. Этимъ отвергается объясненіе Вейсмана и его послѣдователей и создается подтвержденіе теоріи наследственной передачи приобрѣтенныхъ признаковъ.

¹⁾ О. с., стр. 64.

²⁾ Delage, О. с., р. 365.

Факты унаслѣдованія дѣтьми отъ родителей, или болѣе или менѣе отдаленныхъ предковъ, умственныхъ способностей, особенностей психическаго склада, преступности, или особой душевной чистоты, иной разъ мельчайшихъ чертъ характера, душевныхъ и нервныхъ болѣзней, проявляющихся не только въ одинаковой формѣ, но даже въ соотвѣтственномъ возрастѣ—все это точно установлено наукой и практикой и могло бы служить доказательствомъ наслѣдственной передачи приобрѣтенныхъ качествъ, если бы не существовало вѣскаго возраженія, что всѣ психическія качества передаются въ формѣ склонностей, способностей, предрасположенія—совершенно объяснимыхъ съ точки зрѣнія Вейсмана.

Однако есть явленіе, которое не поддается подобнымъ объясненіямъ и является прямымъ опроверженіемъ ученія Вейсмана о непередаваемости приобрѣтенныхъ качествъ по наслѣдству. Я говорю о такъ называемомъ чувствѣ предсуществованія ¹⁾. Наблюдаются иногда случаи, что лицо, видящее или переживающее что нибудь несомнѣнно въ первый разъ, не можетъ отдѣлаться отъ довольно страннаго ощущенія, будто это съ нимъ случается *во второй разъ*. Такое чувство наблюдается иногда одновременно у братьевъ и сестеръ, но никогда не замѣчено одновременно у чужихъ или дальнихъ родственниковъ. Самое вѣроятное, но и поразительное по своимъ результатамъ, объясненіе этимъ фактамъ заключается въ предположеніи, что чувство предсуществованія есть воспоминаніе потомка о впечатлѣніяхъ, испытанныхъ въ свое время предкомъ ²⁾, что возможно исключительно лишь при условіи наслѣдственной передачи приобрѣтенныхъ измѣненій.

¹⁾ Можно бы сослаться еще на нравственное и правовое чувство, сознаваемыя людьми какъ нѣчто абсолютное, какъ категорическій императивъ, но мы не можемъ сдѣлать ссылки на эти явленія, такъ какъ они составляютъ предметъ нашего изслѣдованія и сами еще подлежатъ объясненію.

²⁾ См. М. Манассеина, Сонъ какъ треть жизни человѣка, В. Евр., Декабрь, 1888, стр. 561—562.

Многіе, какъ старыя, ¹⁾ такъ и новыя ²⁾, писатели объясняютъ чувство предсуществованія обманомъ сознанія, указывая, что подобныя явленія наблюдаются или на почвѣ несомнѣннаго психическаго разстройства или у субъектовъ нервныхъ, вообще при затемненномъ, поглѣднѣвшемъ сознаніи, когда неясность воспринимаемыхъ впечатлѣній въ связи съ туманностью воспоминаній заставляеть отождествлять первыя съ послѣдними.

Но если мы примемъ во вниманіе факты констатированія чувства предсуществованія у вполне здоровыхъ, нормальныхъ людей ³⁾ и если мы къ этому присоединимъ новѣйшія наблюденія надъ локализацией сознательной дѣятельности, дающія право заключить, что наши сознательныя дѣйствія вслѣдствіе продолжительной привычки мало по малу превращаются въ рефлексоподобныя координированныя движенія и акты и въ такой формѣ закрѣпляются за видомъ передачей по наслѣдству, тѣмъ самымъ открывая широкую свободу для дальнѣйшей сознательной умственной работы человѣчества, ⁴⁾ то мы вправѣ будемъ взглянуть на указанное явленіе какъ на зарожденіе будущихъ великихъ умственныхъ силъ человѣка и заключить, что борьба за существованіе не есть единственный факторъ эволюціи и что прямое приспособленіе играетъ не мѣншую, если не бѣльшую роль.

Слѣдуетъ еще обратить вниманіе на то обстоятельство, что вліяніемъ естественнаго отбора мы не можемъ объяснить

¹⁾ Напримѣръ Jessen, Versuch einer wissenschaftlichen Begründung der Psychologie, 1855.

²⁾ Напримѣръ Крафтъ-Эбингъ, Руководство психіатріи; Kraepelin, Ueber Erinnerungstäuschungen, Archiv für Psychiatrie, XVIII Bd. (1887), S. 424.

³⁾ См. Kraepelin, O. c., Arch. f. Psychiatrie, XVII Bd. (1886), S. 830: „.... auch bei gesunden bisweilen beobachteter psychischer Vorgang“; также см. приведенное указаніе Манассеиной.

⁴⁾ См. В. М. Бехтеревъ, „О локализации сознательной дѣятельности у животныхъ и человѣка“, 1896.

нѣкоторыхъ явленій эволюціи. а) Невозможно объяснить исключительно естественнымъ отборомъ появленіе качествъ безполезныхъ, на примѣръ различій въ степени осязательной чувствительности кожи на разныхъ мѣстахъ поверхности тѣла у человѣка, такъ какъ весь смыслъ и значеніе естественнаго отбора зиждется на идеѣ отбора индивидуумовъ съ полезными свойствами. ¹⁾ в) Даже полезныя измѣненія становятся таковыми лишь когда достигнуть полнаго или во всякомъ случаѣ болѣе или менѣе значительнаго развитія; но въ минимальныхъ размѣрахъ, какъ они и должны появляться въ началѣ, они не въ состояніи оказывать благотворнаго дѣйствія своему обладателю и слѣдовательно не могутъ сохраняться и развиваться естественнымъ отборомъ. ²⁾ с) Изолированныя полезныя свойства не имѣютъ вѣроятности къ закрѣпленію путемъ отбора, такъ какъ не представляютъ для своего носителя сколько нибудь прочной гарантіи переживанія; животное, замѣтившее врага благодаря исключительной остротѣ зрѣнія ранѣе другихъ—можетъ не сумѣть спастись отъ него вслѣдствіе недостаточной быстроты бѣга или полета; спасшееся отъ врага животное можетъ оказаться менѣе чѣмъ его сородичи способнымъ перенести голодъ и холодъ и т. д., и т. д. Только обладаніе всесторонними преимуществами дѣйствительно полезно. ³⁾ Эти и другія имъ подобныя соображенія, которыхъ мы приводить здѣсь болѣе не будемъ, отсылая читателя къ подлиннику, заставляють Делажа придти къ заключенію, съ которымъ нельзя не согласиться, что одного естественнаго отбора было бы недостаточно для созданія тѣхъ разнообразныхъ явленій жизни, которыя мы наблюдаемъ, хотя конечно никто и не думаетъ отвергать значеніе этого великаго, но не единственнаго, фактора эволюціи ⁴⁾.

1) Спенсеръ, О. с., стр. 3—10.

2) Delage, О. с., р.р. 376—378.

3) Delage, О. с., р.р. 378—379.

4) Delage, О. с., р. 393—395.

Наконецъ мы должны остановиться на небольшомъ числѣ фактовъ на первый взглядъ незначительныхъ, но въ своей совокупности представляющихъ одно изъ самыхъ лучшихъ опроверженій Вейсмановой теоріи. За послѣднее время все болѣе и болѣе открыто фактовъ изъ области наблюденій явленія оплодотворенія и послѣдующихъ процессовъ дробленія, которые заставляютъ отказаться отъ мнѣнія Страсбургера, Гертвига и Вейсмана, будто исключительная роль въ развитіи и вообще въ жизни клѣтокъ принадлежитъ ядру, а клѣточная плазма является элементомъ чисто пассивнымъ, и признать правильнымъ воззрѣніе Ферворна, считающаго и тотъ и другой клѣточный элементъ одинаково активными ¹⁾. Затѣмъ, за послѣднее время появились наблюденія, устанавливающія существованіе протоплазматической связи между клѣтками живаго организма, прослѣженной начиная съ первыхъ стадій дробленія яйца почти во всѣхъ стадіяхъ развитія у многихъ весьма различныхъ животныхъ и растений ²⁾.

Если мы сопоставимъ эти два ряда наблюденій, то незамедлимъ признать ихъ уничтожающее значеніе для теоріи Вейсмана. Вся эта теорія поставлена на фактахъ, позволявшихъ думать, что извѣстная часть живаго вещества, зародышевая плазма, разъ навсегда отдѣляется отъ остальной части, соматической плазмы, такъ что измѣненія, постигающія эту послѣднюю съ теченіемъ времени, не могутъ оказывать сами по себѣ никакого вліянія на первую. Пока противъ Вейсмана приводились возраженія, не касавшіяся прямо этихъ первичныхъ фактовъ, онъ могъ еще защищать свою теорію, подыскивая болѣе или менѣе удачныя объясненія, дѣлая уступки. Но

¹⁾ Delage, O. c., p.p. 81—88; p. 513, Note ¹⁾.

²⁾ См. Спенсеръ, O. c., стр. 37—39; Delage, O. c., p. 31, 546. Особенно важны и интересны въ этомъ отношеніи работы Адама Седжвика, прослѣдившаго эти клѣточные связи у *Peripatus capensis*, у *Arthropoda*, у *Cephalopoda*, у селяхій и у птицъ.

какъ только явились наблюденія, устанавливающія факты существованія связей между плазмой клѣтокъ живаго организма и доказывающія такъ сказать равноправность жизненныхъ функцій ядра и цитоплазмы—такъ тотчасъ-же самое основаніе, на которомъ строятся теоретическія воззрѣнія Вейсмана, должно рухнуть и теорія Вейсмана пріобрѣтаетъ характеръ весьма остроумнаго, интереснаго, но произвольнаго и опровергаемаго фактами, построенія ¹⁾).

Въ заключеніе нельзя не сказать, что ученіе Вейсмана о естественномъ отборѣ какъ единственномъ факторѣ эволюціи есть въ сущности не положительная теорія, а имѣетъ только чисто отрицательный характеръ. Значенія и вліянія естественнаго отбора вѣдь никто не отвергаетъ; Вейсманъ, признавая его единственнымъ факторомъ эволюціи, самое появленіе измѣненій въ организмъ низводитъ до степени простой случайности; но ссылка на случайность представляется ничѣмъ инымъ, какъ признаніемъ недостаточности нашего знанія, «случайность» въ научномъ смыслѣ означаетъ «неиз-

1) Вейсманъ развилъ свою теорію очень подробно и послѣдовательно въ послѣдующихъ своихъ работахъ. Наслѣдственность, по его ученію, какъ мы видѣли, опредѣляется свойствами клѣточного ядра; носителями этихъ свойствъ являются біофоры, мельчайшія частицы органическаго вещества, непосредственно слагающіяся изъ химическихъ молекулъ; біофоры соединены въ группы, называемыя детерминантами, эти послѣдніе сгруппированы въ такъ называемыя иды, иды группируются въ иданты. Въ процессѣ дѣленія яйца и дальнѣйшаго развитія эти сложныя группы постепенно разбиваются на простѣйшіе детерминанты, чѣмъ и объясняется, почему отдѣльные участки зародыша развиваются въ опредѣленныя части организма образующагося изъ него животнаго.

Эти подробности ученія Вейсмана мы не разсматриваемъ, такъ какъ онѣ являются лишь развитіемъ извѣстныхъ уже намъ основоположеній этой теоріи. Но помимо того, что самое основаніе, на которомъ строитъ Вейсманъ свои взгляды, не согласно съ фактами, есть много фактовъ, которые прямо опровергаютъ и его теорію детерминантовъ. Есть случаи, когда удалось получить животныхъ изъ $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{4}$ даже $\frac{1}{16}$ части яйца. Наблюденія надъ различными уродствами также говорятъ противъ Вейсмана. Шимкевичъ, О. с. стр. 90; Delage, О. с., р. р. 329, 337, 246.

вѣстную причинную связь, не отсутствіе причинности, а лишь неизвѣстность ея для насъ ¹⁾. Причина появленія измѣненій должна существовать. Спрашивается — въ какомъ же иномъ обстоятельствѣ искать еѣ, если не въ унаслѣдованіи пріобрѣтенныхъ свойствъ? Апріорное разсужденіе съ непреодолимой силой толкаетъ насъ къ этому заключенію и разъ существуютъ факты, подтверждающіе эти наши умозаключенія, то не должно оставаться никакого сомнѣнія. Мы смѣло можемъ признать дѣйствіе обоихъ главныхъ факторовъ эволюціи — естественнаго отбора и унаслѣдованія пріобрѣтенныхъ измѣненій — въ чемъ примѣромъ намъ можетъ служить никто иной, какъ самъ Ч. Дарвинъ.

Итакъ, мы пришли къ необходимости отвергнуть теорію Вейсмана, а тѣмъ самымъ, слѣдовательно, отвергаются всѣ тѣ вышеуказанныя теоріи новой морали, которыя построены на идеѣ естественнаго отбора какъ единственнаго фактора эволюціи. Мы остаемся на точкѣ зрѣнія Спенсера и его послѣдователей. Мы должны признать современную мораль въ значительной степени отвѣчающей потребностямъ человѣческаго общежитія. Это драгоцѣнное наслѣдіе психическаго труда многихъ десятковъ тысячъ поколѣній, путемъ долгаго и постепеннаго процесса приспособленія выработывавшихъ правила человѣческаго поведенія, — не можетъ быть и не будетъ ликвидировано въ нѣсколько десятковъ лѣтъ двумя-тремя поколѣніями нео-дарвинистовъ на основаніи ложныхъ теорій, не обоснованныхъ въ достаточной мѣрѣ на фактахъ. Правильно говоритъ одинъ изъ умѣренныхъ представителей разбираемаго литературнаго движенія, Рудольфъ Гиршбергъ, что на основахъ морали Ницше каждый можетъ еще пожалуй жить въ мирѣ съ

¹⁾ См. S. Alexander, „Natural Seleccion in Morals“, International Journal of Ethics, July, 1892, p. 412.

самимъ собой, но не съ другими, такъ какъ слѣдованіе правиламъ этой морали создастъ только лишній поводъ къ столкновеніямъ между людьми, не уничтоживъ ни одного изъ прежнихъ ¹⁾). Гиршбергъ находитъ много недостатковъ въ содержаніи современной этики, но протестуетъ противъ грубыхъ идеаловъ *Neugenmoral*'и и высказывается за постепенное улучшение того, что по его мнѣнію ошибочно или устарѣло ²⁾).

Но мы должны остановить наше вниманіе на одномъ весьма цѣнномъ замѣчаніи, сдѣланномъ въ области примѣненія вейсманизма къ этическимъ ученіямъ. Какъ въ разсужденіяхъ Вейсмана не все, конечно, ложно и ошибочно, такъ и въ приложеніи этихъ идей на практикѣ, стоя на точкѣ зрѣнія Вейсмана, его послѣдователи обратили вниманіе на дѣйствительно вредное явленіе—это такъ называемый медицинскій подборъ. Успѣхи современной медицины сохраняютъ жизнь и способность размноженія слабымъ, хилымъ и больнымъ людямъ, не могущимъ оставить здороваго потомства—что ведетъ человѣчество къ неминуемому вырожденію. Однако средства, предлагаемыя къ устраненію этого зла, какъ мы видѣли, состоятъ почти исключительно въ созданіи затрудненій къ вступленію въ бракъ для людей, не могущихъ рассчитывать быть родителями безусловно здоровыхъ дѣтей. Между тѣмъ статистикою давно установленъ фактъ существованія обратно-пропорціональной зависимости между степенью свободы, предоставляемой населенію въ дѣлѣ вступленія въ бракъ, и количествомъ незаконныхъ рожденій. Слѣдовательно, ограниченія свободы вступленія въ бракъ, въ какихъ бы прекрасныхъ цѣляхъ они ни были предприняты, создадутъ лишь увеличеніе числа незаконныхъ рожденій—и вмѣсто одного обществен-

¹⁾ R. Hirschberg, „Das Recht zu Sündigen“, S. 25.

²⁾ Hirschberg, O. c., S.S. 28—29: „....nicht eine willkürliche Herrenmoral scheint mir erstrebenswert, aber nach einer gesellschaftsmoral sehne ich mich, die der gesellschaft wirklich wohlthätig ist“.

наго зла будетъ два. Поэтому надежда въ дѣлѣ парализованія вредныхъ послѣдствій медицинскаго отбора можетъ быть основываема лишь на добровольномъ безбрачїи больныхъ и слабыхъ ¹⁾, а такія качества вырабатываются въ людяхъ опять таки ничѣмъ инымъ, какъ альтруистическими началами современной морали любви къ ближнему.

¹⁾ Это даже, какъ бы печально, высказалъ А. Тилле, горячій приверженецъ этическаго вейсманизма; см. А. Tille, „Von Darwin bis Nietzsche“, S. 115: „Es ist aus der Gattung beseitigt, sobald es die Verpflichtung auf sich nimmt, nicht zu heiraten, was heute bereits viele hochherzige erblich Kranke thun“. (Курсивъ мой).

Часть II

ИСТОРИКО-КРИТИЧЕСКАЯ.

Глава 4-я.

Отъ „Vom Beruf unserer Zeit...“ до „Geist des Römischen Rechts“.

Предпринимая краткое историческое обозрѣніе постепенной замѣны одной великой доктрины въ области права (историческая школа) другою не уступающею ей въ величіи (Іеринговское направленіе)¹⁾, я долженъ предупредить читателя, что заключаю свои изслѣдованія въ тѣсныя рамки этихъ двухъ направленій въ наукѣ права. Всѣ остальные теоріи права—какъ то теорію естественнаго права и другія метафизическія теоріи, имѣющія даже и въ настоящее время представителей въ средѣ ученыхъ юристовъ²⁾, я оставляю безъ разсмотрѣнія, такъ какъ ошибочность и устарѣлость всѣхъ этихъ воззрѣній достаточно въ наукѣ установлена.

¹⁾ Меркель, въ некрологѣ Іеринга, правильно замѣтилъ, что лишь будущее покажетъ, чье вліяніе въ наукѣ права сказалось сильнѣе—Савиньи или Іеринга. Merkel, „Ihering“, Jahrbücher für die Dogmatik, 32 Bd. (N. F. XX Bd.), 1893, S. 39: „Wessen Licht seine Strahlen weiter hinein werfen werde in die kommenden Zeiten, muss in Frage bleiben“.

²⁾ Есть сторонники естественнаго права, какъ напримѣръ Alphonse Boistel, Cours élémentaire de droit naturel, 1870; Dr. Sophus Wilkomm, Rechtsphilosophie, 1891.

Есть сторонники договорной теоріи права, какъ напримѣръ Wilhelm Fischer, Rechts und Staats-Philosophie, 2-te Auflage, 1882.

Есть регельянцы, какъ напримѣръ Hutchison Stirling, Lectures on the philosophy of law, 1873; Adolph Lasson, System der Rechtsphilosophie, 1882; Bovio, Filosofia del diritto, 4-ta ed., 1894.

Есть идеалисты, какъ напримѣръ Liou, Filosofia del diritto.

Теорія исторической школы получила полное свое выражение въ сочиненіи Савиньи «Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft», изданномъ въ 1814 г. по поводу проекта Тибо относительно составленія общегерманскаго гражданскаго кодекса. Идея постепеннаго образованія права и сравненіе его съ языкомъ были уже высказаны ранѣе Савиньи—Густавомъ Гуго. Въ названномъ сочиненіи Савиньи далъ этой мысли надлежащее развитіе и строго-научно обосновалъ её. Гражданское право, языкъ, обычай, форма правленія (Verfassung)—всѣ эти явленія, говоритъ Савиньи, не представляются обособленными, это скорѣе отдѣльныя силы, виды дѣятельности народа, тѣсно между собою связанныя общимъ убѣжденіемъ народа, сознаниемъ внутренней необходимости, исключаящей всякую идею случайнаго и произвольнаго происхожденія¹⁾. Подобно языку право никогда не испытываетъ застоя, а всегда развивается, вѣчно движется и измѣняется²⁾. Настоящій источникъ права есть общее народное убѣжденіе³⁾, эти внутреннія, молчаливыя силы (innere, stillschweigende Kräfte), которыя нѣсколько неправильно называются обычнымъ правомъ⁴⁾. Съ теченіемъ времени съ развитіемъ культуры различныя стороны дѣятельности народа обособляются въ различныхъ классахъ и функція правообразованія сосредоточивается въ классѣ юристовъ⁵⁾. Законодательство является также источникомъ права, законы могутъ измѣнять дѣйствующее въ странѣ право, но само собою разумѣется, говоритъ Савиньи, что надо прибѣгать къ этому съ величайшей осторожностью, такъ какъ такого рода законы очень легко могутъ внести значительную порчу въ область

1) Savigny, Vom Beruf..., 3-e Ausg., 1840, S. 8.

2) О. с., S. 11.

3) О. с., S. 11.

4) О. с., S. 14. Въ System, I, S. 14, Савиньи говоритъ объ unsichtliche Entstehung права.

5) О. с., S. 12.

права¹⁾. Когда идетъ рѣчь объ изданіи новаго кодекса, то подъ этимъ подразумѣвается собраніе и переработка всего дѣйствующаго права, съ прибавленіемъ новыхъ нормъ, и изложеніе его въ письменной формѣ— такъ что этотъ кодексъ впредь является единственнымъ дѣйствующимъ правомъ, а все остальное, что не вошло въ кодексъ—отмѣняется²⁾. Однако не всякая эпоха можетъ считать кодифицированіе права своимъ призваніемъ³⁾. Лишь народъ достигшій зрѣлаго развитія можетъ обладать достаточно развитою матеріальной стороною права, равно какъ необходимой силой логическаго мышленія и достаточно выработаннымъ языкомъ, чтобы быть въ состояніи выполнить эту трудную задачу⁴⁾. Современную ему эпоху въ Германіи Савиньи не считалъ такимъ призваннымъ къ кодификаціи періодомъ исторіи германскаго народа. Въ наукѣ права у насъ, говоритъ онъ, едва начинается пробуждаться вѣяніе того духа, который долженъ её современемъ оживить и дать ей надлежащее развитіе, но теперь сдѣлано въ этомъ отношеніи еще такъ мало, что составленіе сколько нибудь удовлетворительнаго кодекса должно признать пока невозможнымъ⁵⁾. У насъ, продолжаетъ Савиньи, нѣтъ ни достаточно развитой юридической литературы⁶⁾, ни даже соотвѣтственно разработаннаго языка⁷⁾. Огромная масса правовыхъ понятій и возрѣвній подавляетъ насъ, мы не владѣемъ этимъ огромнымъ матеріаломъ. Порвать сразу всѣ связи съ прошедшимъ и выдумать новое право такъ же невозможно, какъ перемѣ-

1) O. c., S. 16. Въ System des heutigen Römischen Rechts, 1840, Савиньи, очевидно подъ вліяніемъ Пухты, говоритъ уже нѣсколько иначе: содержаніе закона черпается изъ готоваго народнаго права; законъ есть органъ народнаго права. I, S. 39.

2) Vom Beruf, S. 17—18.

3) O. c., S.S. 25; 45.

4) O. c., S.S. 25—26.

5) O. c., S. 49.

6) O. c., S. 50.

7) O. c., S. 52.

нить вдругъ природу современныхъ правоотношеній и передѣлать убѣжденія нынѣ живущихъ ученыхъ юристовъ ¹⁾). Право не создается сразу, а развивается постепенно ²⁾, почему предпочтеніе, оказываемое уже существующему праву передъ вновь создаваемыми нормами, должно считаться не вреднымъ, но напротивъ благодѣтельнымъ: если мы ему подчиняемся безсознательно, то это конечно можетъ повлечь печальныя послѣдствія; но если мы сочетаемъ съ этимъ подчиненіемъ старому праву разумную критику и живую правообразующую силу современности — то это позволяетъ намъ воспользоваться всѣмъ, что еще жизненно и цѣлесообразно, отбрасывая устарѣлыя, такъ сказать отмирающія части, остающіяся уже достояніемъ исторіи ³⁾). Въ нашемъ правѣ, говоритъ Савиньи, мы отличаемъ составныя части трехъ родовъ — римское право, германское право и новѣйшія модификаціи того и другаго ⁴⁾. И нашей ближайшей цѣлью должна быть переработка всего этого правоваго матеріала, мы должны постепенно овладѣть имъ, слить его въ единое національное право, выработать въ достаточной мѣрѣ нашъ языкъ и тогда только мы можемъ оставить римское право въ достояніе исторіи и наше новое право не будетъ уже слабымъ подражаніемъ римскому, а совершенно новымъ и всецѣло нашимъ самостоятельнымъ образованіемъ ⁵⁾).

Ближайшій послѣдователь и ученикъ Савиньи, Пухта, далъ дальнѣйшее развитіе ученію исторической школы, въ особенности по отношенію къ теоріи обычнаго права. Право есть признаніе правовой свободы ⁶⁾, т. е. свободы человѣка въ обществѣ; свобода-же есть выборъ между добромъ и зломъ ⁷⁾;

1) О. с., S. 112.

2) О. с., S. 113.

3) О. с., S.S. 113, 117--118.

4) О. с., S. 118.

5) О. с., S. 133.

6) Puchta, Cursus der Institutionen, I, S. 8.

7) О. с., S. 6. Pandekten, S. 17.

выборъ зиждется на актѣ нашей воли; слѣдовательно право есть общая воля¹⁾. Общая воля, воля народа, опирается на обще-народное убѣжденіе, почему мы можемъ сказать, что право покоится на общемъ народномъ убѣжденіи²⁾. Понятіе народа опредѣляется какъ совокупность извѣстнаго числа людей, связанныхъ между собою съ одной стороны общностью происхожденія, а съ другой стороны—единой властью, которая превращаетъ народъ въ гражданское общество, въ государство³⁾. Эта общность происхожденія и единство власти создаютъ физическую и духовную общность въ народѣ, общность мыслей, чувствъ, способностей и убѣжденій, которая незамѣтно, но и неотразимо, вліяетъ на характеръ дѣятельности отдѣльныхъ членовъ народа⁴⁾. Есть взгляды и убѣжденія у отдѣльныхъ людей, которыя принадлежатъ имъ не самимъ по себѣ, а какъ членамъ народа; т. е. въ нихъ дѣйствуетъ народный духъ (*der Volksgeist*)⁵⁾. И вотъ общенародное убѣжденіе, какъ продуктъ дѣятельности народнаго духа, создаетъ право⁶⁾. Дѣятельность же отдѣльныхъ личностей создать права не можетъ⁷⁾. Ошибаются тѣ, кто думаетъ, будто право возникаетъ изъ дѣятельности отдѣльныхъ людей, будто обычай создаетъ право, такъ что сначала одинъ поступаетъ опредѣленнымъ образомъ, потомъ другой, ихъ образъ дѣйствія перенимаютъ многіе и затѣмъ уже возникаетъ всеобщее убѣжденіе, что надо поступать такъ, а не иначе⁸⁾. Напротивъ, сначала возникаетъ народное правовое убѣжденіе, какъ норма, а отсюда уже какъ слѣдствіе—примѣненіе правовой нормы на

1) О. с., S. 15.

2) Puchta, Pandekten, S. 17; Das Gewohnheitsrecht, I, S. 141.

3) Das Gewohnheitsrecht, I, S. 134—135.

4) О. с., I, S. 137—138.

5) О. с., I, S. 139.

6) О. с., I, S. 139; Institutionen, I, S. 15; S. 18: „Die Entstehung des Rechts aus dem Volksgeist ist eine unsichtbare“.

7) Das Gewohnheitsrecht, S. 141.

8) Institutionen, S. 17—18.

практикѣ—Uebung, Gewohnheit, Herkommen¹⁾. Мы должны признать, что примѣненіе нормъ, consuetudo, есть слѣдствіе народнаго убѣжденія, иначе намъ пришлось бы допустить, что примѣненіе нормъ права предшествуетъ самому праву²⁾. Тотъ способъ (die Art und Weise), какимъ проявляется народное убѣжденіе, тѣ формы, въ которыхъ возникаетъ право, называются источниками права³⁾. Такихъ источниковъ права три—обычное право, законъ и право юристовъ. Въ обычномъ правѣ народное убѣжденіе проявляется непосредственно; въ законѣ и правѣ юристовъ народъ создаетъ право черезъ особые органы, которые познаютъ, выражаютъ народное убѣжденіе и даютъ ему примѣненіе⁴⁾. Главное вниманіе Пухта обращаетъ на обычное право и посвящаетъ ему цѣлую монографію. Онъ даетъ въ этомъ сочиненіи, между прочимъ, слѣдующее описаніе признаковъ, характеризующихъ обычное право (die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts). Прежде всего требуется конечно наличность правоваго убѣжденія⁵⁾. Это убѣжденіе должно быть общее, хотя не непременно общенародное, такъ какъ обычное право можетъ создаваться и въ болѣе тѣсной группѣ, какъ органической части народа, связанной извѣстною общностью⁶⁾. Публичность для каждаго отдѣльнаго случая примѣненія обычнаго права не требуется⁷⁾. Нельзя также выставлять признакомъ обычнаго права его разумность—это значило бы поставить примѣненіе обычнаго права въ судахъ въ зависимость отъ личныхъ взглядовъ судьи

1) О. с., S. 18—19; Pandekten, S. 17—18; Gewohnheitsrecht II, S. 267.

2) Gewohnheitsrecht, II, S. 8—9.

3) О. с., I, S. 144.

4) О. с., I, S.S. 144; 145—147. Institutionen, I, S. 22. Pandekten, S.S. 19, 22, 27.

5) О. с., II, S. 33.

6) О. с., II, S. 39; I, S. 148; Pandekten, S. 19.

7) Gewohnheitsrecht, II, S. 48.

и его произвола ¹⁾, хотя впрочемъ есть случаи, когда нормы обычнаго права не могутъ быть примѣняемы именно вслѣдствіе ихъ неразумности—когда онѣ противорѣчатъ религіи, доброй нравственности или высшимъ нормамъ права: еслибы напимѣръ явился обычай обходиться въ извѣстныхъ случаяхъ безъ суда ²⁾. Затѣмъ Пухта подробно обсуждаетъ вопросъ объ ошибкѣ въ обычномъ правѣ. Въ этомъ общемъ вопросѣ онъ различаетъ нѣсколько частныхъ проблемъ. Во первыхъ подъ ошибкой въ обычномъ правѣ можно понимать ошибочное убѣжденіе даннаго индивидуума, будто онъ примѣняетъ норму обычнаго права, когда на самомъ дѣлѣ этого нѣтъ. Единственнымъ послѣдствіемъ этого обстоятельства будетъ только то, что его дѣйствія не могутъ считаться доказательствомъ существованія подобной нормы обычнаго права. ³⁾ Или ошибка предполагается ошибкой цѣлаго народа—но такого случая не можетъ быть, потому что если дѣло идетъ о нормѣ, установленной народнымъ правосознаніемъ, то уже этого одного факта происхожденія ея изъ народнаго убѣжденія—достаточно для того, чтобы объ ошибкѣ и рѣчи не могло быть. ⁴⁾ Или-же, наконецъ, ошибка можетъ состоять въ томъ, что народъ примѣняетъ какую нибудь норму въ ложномъ убѣжденіи, что это правовая норма, ⁵⁾ считая напимѣръ еѣ закономъ. Тогда конечно обычай (*die Gewohnheit*), основанный на такой ошибкѣ, будетъ юридически ничтоженъ. ⁶⁾ Но если такая норма будетъ долгое время примѣняться, то она можетъ сама по себѣ, независимо отъ указанной ошибки, по своему содержанію сдѣлаться достояніемъ правоваго убѣжденія народа и тогда она должна

1) О. с., II, S. 51.

2) О. с., II, S.S. 51, 54, 55, 56, 59.

3) О. с., II, S.S. 64—65; 66; 74.

4) О. с., II, S. 65—66.

5) О. с., II, S. 66.

6) О. с., II, S. 67.

уже считается несомнѣнно нормою обычнаго права.¹⁾ Далѣе, примѣненіе нормъ обычнаго права должно быть единообразно и многократно (wiederholte Uebung).

Ученіе Пухты о законѣ не представляетъ никакихъ значительныхъ особенностей—законъ есть выраженіе воли законодателя,²⁾ содержаніе его черпается изъ обычнаго права, такъ что законодатель есть лишь органъ, представитель народа въ дѣлѣ правообразованія.³⁾ Но воззрѣнія его на право юристовъ заслуживаютъ нѣсколько болѣе подробнаго ознакомленія благодаря нѣкоторому противорѣчію, въ которое впадаетъ въ этомъ отношеніи Пухта. Въ курсѣ институцій онъ судебную практику считаетъ видомъ обычнаго права,⁴⁾ а науку права противопоставляетъ обычному праву и закону какъ третій источникъ, систематизирующій нормы права и извлекающій на свѣтъ Божій скрытыя въ народномъ правосознаніи нормы.⁵⁾ А въ «Gewohnheitsrecht» онъ, также признавая въ одномъ мѣстѣ науку права за самостоятельный источникъ рядомъ съ обычнымъ правомъ и закономъ⁶⁾, въ другомъ мѣстѣ наоборотъ научное воспроизведеніе нормъ права трактуетъ какъ видъ судебного обычая. Судебная практика, говоритъ онъ, или основывается на автономныхъ правахъ судебныхъ мѣстъ, или является созданіемъ (Erzeugung) нормъ права научной дѣятельностью, или непосредственно опирается на національное правосознаніе.⁷⁾ Наконецъ, въ ученіи о церковномъ правѣ Пухта высказываетъ такіе взгляды. Въ церкви, какъ обществѣ вѣрующихъ, нѣтъ внутренней связи подобной той, которая соединяетъ членовъ

1) О. с., II, S. 68, 74.

2) Pandekten, S. 22.

3) Gewohnheitsrecht, I, S. 145.

4) „Gewohnheitsrecht kann ein aussergerichtliches oder ein gerichtliches (Praxis, Usus fori) sein“. Inst. I, S. 523.

5) О. с., I, S. 22.

6) О. с., I, S. 147.

7) О. с., II, S. 262.

одной націи, ¹⁾ почему въ нѣдрахъ ея, въ дѣлахъ вѣры, нѣтъ общаго правоваго сознанія и слѣдовательно не можетъ быть и рѣчи объ обычномъ, церковномъ правѣ въ этихъ дѣлахъ. ²⁾ Но есть области церковнаго права, касающіяся внѣшнихъ распоряжковъ и управленія, гдѣ церковь стоитъ въ зависимости отъ государства; такъ какъ въ этихъ отношеніяхъ церковь является подчиненной государственной власти, ея законамъ, то въ этой области церковнаго права мы можемъ признать наличность народнаго правосознанія и обычнаго права. ³⁾ Въ дѣлахъ же перваго рода церковные обычаи являются слѣдствіемъ автономіи церкви и должны считаться за такъ называемую *Observanz*. ⁴⁾

Сочиненія Пухты оказали очень большое вліяніе на нѣмецкую науку права. Самъ Савиньи въ „System“ повторяетъ нѣкоторыя положенія Пухты. Въ этомъ сочиненіи Савиньи употребляетъ слово *Volksgeist*, ⁵⁾ котораго въ «*Veruf*» мы у него не встрѣчаемъ, и опредѣляетъ его согласно съ Пухтой, какъ духовную общность членовъ націи ⁶⁾ и не только живущихъ въ одно время, но и преемственно другъ друга смѣняющихъ поколѣній. ⁷⁾ Эта-то культурная связь и обусловливаетъ то обстоятельство, что право создается отдѣльными націями, а не всѣмъ человѣчествомъ. ⁸⁾ Затѣмъ, что особенно любопытно, Савиньи заявляетъ, что примѣненіе обычнаго права есть лишь внѣшній признакъ его, а не способъ возникновенія (*nicht dessen Entstehungsgrund*), ⁹⁾ и что законодатель, являясь орга-

1) О. с., II, S. 267.

2) О. с., II, S. 268—269.

3) О. с., II, S. 271—272.

4) О. с., II, S. 274, 278.

5) Savigny, System, I, S. 15.

6) О. с., I, S. 19.

7) О. с., I, S. 20.

8) О. с., I, S. 21.

9) О. с., I, S. 35; S. 14: „...Wir also eine unsichtbare Entstehung des positiven Rechts annehmen“.

номъ народа въ дѣлѣ правообразованія долженъ почерпнуть содержаніе для закона изъ области обычнаго права. ¹⁾

Теорія исторической школы немедленно же получила самое широкое распространеніе ²⁾ и возрѣнія ея, въ общихъ чертахъ, могутъ считаться и до сихъ поръ общепринятыми.

Но только въ общихъ чертахъ. Есть множество подробностей и частныхъ, которыя скоро обратили на себя вниманіе критики и рано вызвали болѣе или менѣе энергичные протесты. Уже въ 1839 году К и р у л ь ф ь обратилъ вниманіе, что ученые, предполагающіе будто народное убѣжденіе въ обычномъ правѣ предшествуетъ осуществленію нормъ въ жизни, дѣлаютъ большую ошибку, такъ какъ сущность немислима безъ формы и только абстрагирующій разумъ отдѣляетъ ихъ одну отъ другой. ³⁾ Поэтому, перечисляя признаки обычнаго права, онъ не упоминаетъ народное убѣжденіе, а называетъ лишь — многочисленность случаевъ примѣненія, частоту, единообразіе ихъ и единство мѣста примѣненія, ⁴⁾ а въ другомъ мѣстѣ прямо говоритъ, что изъ безразличнаго фактическаго обычая постепенно возникаетъ обычное право. ⁵⁾ Но впрочемъ Кирульфъ отдаетъ дань своему времени, отличавшемуся метафизическими приѣмами мышленія. Отрицая что правовое убѣжденіе предшествуетъ примѣненію права въ жизни, онъ тѣмъ не менѣе является сторонникомъ волевой теоріи права; то, что изъ простаго обычая создаетъ обычное право — есть общая воля. ⁶⁾ Право есть

¹⁾ О. с., I, S. 39.

²⁾ Напримѣръ, въ 1838 году, т. е. черезъ годъ послѣ изданія втораго тома „Gewohnheitsrecht“ Пухты, появилось первое изданіе „Lehrbuch der Pandekten“ Вангера, въ которомъ общая теорія права и ученіе объ обычномъ правѣ излагаются сообразно возрѣніямъ Пухты.

³⁾ Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts, 1839, I, S. 9. Anm. *).

⁴⁾ О. с., I, S. 10.

⁵⁾ О. с., I, S. 7.

⁶⁾ О. с., I, S. 7; 11: „Das Gewohnheitsrecht ist allgemeiner Wille eines Kreises von Menschen“.

общая воля, воля государства; чего эта воля хочет, то будетъ содержаніемъ права. ¹⁾ Въ обычномъ правѣ эта воля самоисчерпывается непосредственно, а въ законѣ общую волю выражаетъ законодатель какъ органъ націи. ²⁾ Современники Кирульфа являются его единомышленниками въ воззрѣніяхъ на взаимоотношеніе народнаго убѣжденія и фактическаго примѣненія нормъ для образованія обычнаго права. Мюленбрухъ на два года ранѣе Кирульфа указывалъ, что для возникновенія обычнаго права нужно фактическое примѣненіе данныхъ нормъ при наличности правоваго сознанія, ³⁾ т. е. онъ не давалъ пріоритета правосознанію, какъ это дѣлали Пухта и Савиньи.

Одновременно съ Кирульфомъ высказалъ сходныя мысли Вехтеръ. Сначала онъ выражаетъ мнѣнія совершенно въ духѣ Савиньи и Пухты. Источникомъ права, какъ обычнаго, такъ и закона, является господствующее въ народѣ правовое чувство. ⁴⁾ Право—это нормы, устанавливаемыя общей волей, ⁵⁾ законодатель руководится въ своей дѣятельности современными ему условіями жизни и характера народа. Основа обычнаго права лежитъ въ правовомъ убѣжденіи народа; внѣшнимъ моментомъ, который выражаетъ прочность этого убѣжденія, является примѣненіе нормъ въ жизни (*die längere Uebung und Anwendung des Grundsatzes*). ⁶⁾ Но въ дальнѣйшемъ изложеніи Вехтеръ высказывается въ совершенно иномъ смыслѣ. Онъ говоритъ, что иногда не примѣненіе нормы (*Uebung*) есть слѣдствіе общаго убѣжденія, а наоборотъ общее правовое убѣжденіе постепенно создается путемъ

¹⁾ О. с., I, S. 1, 2.

²⁾ О. с., I, S. 8, 16.

³⁾ C. Mühlenthal, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1837, I, S. 97—98.

⁴⁾ Carl Georg Wächter, Würtemb. Privat-Recht, 1839, I, S. 11; II, S.

⁵⁾ О. с., I, S. 12,

⁶⁾ О. с., II, S. 33.

частаго примѣненія какой нибудь нормы, ¹⁾ и даже довольно подробно развиваетъ мысль о такъ называемомъ казуальномъ творествѣ въ области права, ²⁾ о чемъ намъ придется подробно говорить ниже.

Не смотря на то, что въ тридцатыхъ годахъ названные авторы своимъ примѣромъ и теоретическими разсужденіями предостерегали отъ увлеченій теоріей народнаго убѣжденія, правоваго сознанія и вообще идеей народнаго духа, тѣмъ не менѣе въ сороковыхъ годахъ мы имѣемъ нѣсколько примѣровъ подобнаго увлеченія. Одни, какъ Гольцшуреръ и Синтенисъ въ началѣ сороковыхъ годовъ считаютъ правовое сознаніе и фактическое примѣненіе нормъ одинаково необходимыми для возникновенія обычнаго права, ³⁾ другіе-же, какъ Герберъ, Фрилендеръ и въ особенности Безелеръ, всецѣло отдаются указанному ошибочному воззрѣнію. Герберъ на примѣрѣ говоритъ, что исторія нѣмецкаго права есть исторія движенія и развитія нѣмецкаго правосознанія, какъ дѣятельности особаго нѣмецкаго народнаго духа. ⁴⁾ Фрилендеръ пишетъ, что право создается народной волей, какъ элементомъ народнаго духа, ⁵⁾ и что «проявляется» оно на словахъ или непосредственно на дѣлѣ, отчего и является въ двухъ формахъ — въ видѣ закона и обычнаго права. ⁶⁾

¹⁾ О. с., II, S. 33. Anm ⁸⁾ „Uebrigens bildet sich diese gemeinsame rechtliche Ueberzeugung erst allmählig durch das öftere Handeln“. Тоже II S. 33—34, Anm ⁹⁾.

²⁾ О. с., I. S. S. 34, 35, 65.

³⁾ Holzschuher, Theorie und Casuistik eines gemeinen Civilrechts, 1843 S. 11: „...Uebung mit dem Bewusstsein eines rechtlichen sollens...“; Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, 1-e Auflage, 1844, S. 21.

⁴⁾ C. F. Gerber, „Das wissenschaftliche Prinzip des gemeinen deutschen Privatrechts“, 1846, S. S. 260—261.

⁵⁾ A. Friedländer, „Juristische Encyclopaedie“, 1847, S. 63.

⁶⁾ О. с., S. 63.

Но особенно любопытны воззрѣнія Безелера, выставившаго ученіе объ особомъ «народномъ» правѣ, противопоставляя его не только закону и праву юристовъ, но даже и обычному праву. Впервые изложилъ онъ свои воззрѣнія въ 1843 году въ книгѣ «*Volksrecht und Juristenrecht*», а впоследствии почти безъ измѣненій повторилъ въ «*System des gemeinen deutschen Privatrechts*». Первоначально право всякаго народа есть «народное» право, *Volksrecht*, ¹⁾ но при дальнѣйшемъ развитіи народъ теряетъ способность непосредственно создавать свое право; ²⁾ выдѣляются особые органы правообразованія—законодательная власть и классъ юристовъ. ³⁾ Народное право, право юристовъ и законъ—всѣ вмѣстѣ составляютъ національное право; народное право и право юристовъ—составляютъ неписаное или обычное право. ⁴⁾ Но въ дальнѣйшемъ изложеніи Безелеръ, впадая въ противорѣчіе съ послѣдней цитатой, отличаетъ «народное» право и «обычное» право, ⁵⁾ которое въ «*System*» онъ еще иначе называетъ обыкновеніемъ, *das Herkommen*. Въ народномъ правѣ обычай, т. е. фактическое примѣненіе нормъ, есть лишь внѣшній признакъ наличности права, а въ обычномъ правѣ обычаи (*Gewohnheit, Herkommen, Uebung*) не являются внѣшнимъ проявленіемъ права, а служатъ элементами, его создающими. ⁶⁾ Если какія нибудь нормы покоятся не на

1) Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, S. 59; *System des gem. deutschen Privatrechts*, S. 77: „...die ursprüngliche, naïve Rechtsüberzeugung“ ...S. 79.

2) *Volksrecht*, S. 59. „... das Volk in seiner Gesamtheit verliert die sichere und unmittelbare Beherrschung seines Rechts“, *System* S. 46.

3) *Volksrecht*, S. 60; *System*, S. 46.

4) *System*, S. 46, 47, 78.

5) *Volksrecht*, S. 78: „...neben dem Volksrecht ein Gewohnheitsrecht annehmen“...

6) *Volksrecht*, S. 77: „...die Gewohnheit...nicht mehr, wie bei dem Volksrechte, ein blosses Kennzeichen des Rechts ist, sondern dieses selbst produciren hilft“....

природѣ вещей, а создались игрою случайности или произвола, то хотя бы онѣ съ теченіемъ времени вслѣдствіе образовавшейся привычки (*Gewöhnung*) вошли въ правовое сознание народа и дальнѣйшее ихъ примѣненіе совершается съ правовымъ убѣжденіемъ — онѣ все таки не сдѣлаются народнымъ правомъ а будутъ лишь «*Herkommen*». ¹⁾ Но, говорить далѣе Безелеръ, обычное право можетъ постепенно превратиться въ народное право вслѣдствіе долгаго его примѣненія, когда оно настолько, такъ сказать, влететъся (*die lange Uebung denselben mit der Rechtsanschauung des Volkes verwebt....*) въ народное сознание, что станетъ настоящимъ народнымъ правомъ. ²⁾ Въ этомъ ученіи Безелера объ «обычномъ» и «народномъ» правѣ мы наблюдаемъ цѣлую цѣпь противорѣчій. То онъ заявляетъ, что народное право создается исключительно народнымъ убѣжденіемъ, а фактическое примѣненіе (*Uebung*) есть лишь средство познанія этого народнаго права; ³⁾ то говорить, что фактическое примѣненіе нормъ «помогаетъ» созданію народнаго права ⁴⁾, т. е. какъ бы указываетъ на равноправность убѣжденія и фактическаго примѣненія; то вдругъ заявляетъ, что черезъ «*lange Uebung*» даже норма «обычнаго» права можетъ сдѣлаться нормой права «народнаго», ⁵⁾ такъ что здѣсь уже приоритетъ оказывается за фактическимъ примѣненіемъ нормъ.

Но послѣдуемъ далѣе за Безелеромъ въ его изложеніи. Когда право перестаетъ воспроизводиться народомъ непосредственно, то оно образуется черезъ посредство особыхъ органовъ—въ видѣ законодательства и права юристовъ. Какъ законодатели, такъ и юристы, должны дѣйствовать, создавать

1) System, S. 90—92.

2) Volksrecht, S. 80.

3) О. с., S. 62, 77, 81. System, 77.

4) О. с., S. 77.

5) О. с., S. 80.

право, въ духѣ народа ¹⁾)—и тогда результаты будутъ хороши. Но иногда могутъ наступить различныя неблагопріятныя обстоятельства, какъ на примѣръ дурное законодательство, несоотвѣтствующая дѣятельность юристовъ, и право перестаетъ соответствовать характеру народа ²⁾). Въ особенности часто случается это съ правомъ юристовъ. Когда юристы теряютъ внутреннюю связь съ правовой жизнью народа, къ которому они принадлежатъ, право юристовъ оказываетъ очень вредное вліяніе ³⁾): народное право, вмѣсто того чтобы развиваться и процвѣтать, получая свое выраженіе черезъ классъ юристовъ какъ органа народа, начинаетъ вырождаться ⁴⁾). Выродившееся, несоотвѣтствующее духу народа, право юристовъ можетъ совершенно отбѣснить народное право такъ сказать на задній планъ ⁵⁾). У насъ въ Германіи, говоритъ Безелеръ, народное право весьма сильно испорчено неблагопріятными вліяніями рецепціи римскаго права, которое для нѣмецкаго народа является «обычнымъ» ⁶⁾, а не «народнымъ» правомъ ⁷⁾). Но остатки народнаго права всетаки въ Германіи сохранились и оказываютъ, полагаетъ Безелеръ, сильное вліяніе въ области права семейнаго, наслѣдственнаго, въ правахъ вещныхъ по отношенію къ недвижимостямъ; въ уголовномъ же правѣ, въ процессуальномъ правѣ вообще—народное нѣмецкое право совершенно подавляется римскимъ ⁸⁾). Затѣмъ Безелеръ беретъ одинъ частный случай, одинъ институтъ, именно права

1) Volksrecht, S. 65—66.

2) О. с., S. 77.

3) О. с., S. 345.

4) О. с., S. 84.

5) System, S. 97—98; S. 46: „...wenn das Volk.... von einem Juristenstande, der dem nationalen Geiste untreu geworden, oder von einer unfähigen... Gesetzgebung um sein eigenes, gutes Recht gebracht worden ist.“

6) Какъ извѣстно, еще Савиньи установилъ, что римское право реципировано въ Германіи въ формѣ обычнаго права Savigny, System, I, S. 78—79.

7) Beseler, „Volksrecht“, S. 84; S. 78.

8) О. с., S.S. 141, 146, 147, 149, 151.

ассоціацій (die Association, die Genossenschaft), и показывають, какъ основы права, регулирующаго правоотношенія этого рода, несомнѣнно принадлежатъ праву германскому; какъ потомъ римское право вѣдрилось въ эту область, суживая сферу дѣйствія германскаго права и уродуя его; и какъ въ новѣйшее время опять развивается въ этой области національное нѣмецкое право¹⁾.

Теорія Безелера по справедливости можетъ считаться доведеннымъ до крайней односторонности ученіемъ исторической школы о происхожденіи права изъ народнаго убѣжденія. Если мы станемъ разбирать воззрѣнія Безелера какъ готовую общую теорію права, то найдемъ конечно ихъ въ высшей степени туманными и неопредѣленными. Онъ признаётъ существованіе какаго-то «народнаго» права, отличнаго отъ права обычнаго; предполагаетъ, что это «народное» право можетъ исчезнуть и въ одно и то же время признаётъ его всетаки существующимъ; это простодушное наивное убѣжденіе, выходитъ по Безелеру, живетъ постоянно въ глубинахъ народнаго духа, но часто ровно ни въ чемъ извнѣ не выражается.—Если же мы обратимъ вниманіе на то, какъ Безелеръ дошелъ до своей теоріи «народнаго» права, то дѣло объяснится довольно просто. Несомнѣнно, что за *Volksrecht* Безелеръ первоначально принялъ ничто иное, какъ остатки германскаго права, дѣйствовавшаго до рецепціи римскаго права. И это отдѣльное наблюденіе онъ обобщаетъ, возводитъ въ теорію и ищетъ «хорошаго народнаго» права въ массѣ «дурнаго обычнаго». Безелеръ конечно воленъ называть старое германское право какъ ему угодно, но обобщать фактъ двойственности обычнаго права, имѣвшій мѣсто въ Германіи, нельзя. Обычное право можетъ слагаться изъ двухъ и болѣе элементовъ, но всетаки оно будетъ единое обычное право. Вѣдь пожалуй германское обычное право до рецепціи рим-

¹⁾ О. с., S.S. 158—194.

скаго права можно также разложить на составные элементы. Неужели и въ немъ Безелеръ сталь-бы отыскивать «народное» и «обычное» право?

Въ 1848 году Рейнгольдъ Шмидъ предложилъ впервые болѣе или менѣе полную критику теоріи исторической школы. Сторонники этой теоріи, съ Савиньи во главѣ, говорить оны, истинное право видятъ лишь въ старомъ, исторически сложившемся правѣ, отрицая всякое значеніе за разумомъ, какъ источникомъ права¹⁾, и приэтомъ принимаютъ исторически сложившееся право за нѣчто данное, совершенно обходя вопросъ о самыхъ первыхъ стадіяхъ правообразования, о доисторическомъ происхожденіи права²⁾. Затѣмъ Шмидъ неоднократно упрекаетъ историческую школу за то, что она персонифицировала понятіе о народномъ духѣ, объявляя право непосредственнымъ продуктомъ дѣятельности этого народного духа³⁾. Въ частности, стоя на этой точкѣ зрѣнія, Шмидъ отрицаетъ моментъ правоваго убѣжденія (*rechtliche Ueberzeugung*) въ дѣлѣ правообразования⁴⁾. Правовое убѣжденіе можетъ проявляться лишь въ двухъ формахъ—или въ формѣ убѣжденія, что данная норма *есть* норма права, или въ формѣ убѣжденія, что такая то норма *должна быть, должна сдѣлаться* нормой права. Но ни въ той, ни въ другой формѣ правовое убѣжденіе не можетъ создать права. Въ первомъ случаѣ убѣжденіе не можетъ создать права потому, что оно предполагаетъ его уже существующимъ⁵⁾; во второмъ случаѣ убѣжденіе само по себѣ не можетъ создать права, оно должно выразиться по

1) R. Schmid, Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts, 1848, S. 53.

2) О. с., S. 54: „...wie das Recht überhaupt in die Geschichte gekommen sei“; S. 170; S. 199.

3) О. с., S.S. 173, 174, 223.

4) О. с., S. 216.

5) Позднѣйшіе авторы, какъ увидимъ, формулируютъ это возраженіе такъ: если правовое убѣжденіе состоитъ въ убѣжденіи, что данная норма *есть* право, то выйдетъ, что созданіе нормъ права всегда основывается на ошибкѣ.

крайней мѣрѣ въ общей волѣ — а предположеніе о такой правотворящей волѣ есть ничто иное, какъ извѣстная уже намъ персонификація народнаго духа ¹⁾). Относясь отрицательно къ идеѣ правоваго убѣжденія, Шмидъ учитъ, что право происходитъ изъ разума путемъ сознательнаго регулированія общественныхъ отношеній сообразно нашимъ *интересамъ*, такъ что дѣйствія первоначально произвольныя, повторяемыя вслѣдствіе ихъ цѣлесообразности, мало по малу входятъ въ привычку и совершаются уже невольно, какъ нѣчто необходимое и неизбѣжное ²⁾). У Шмида есть даже нѣкоторыя указанія на значеніе первичныхъ договоровъ и первичныхъ судебныхъ рѣшеній для образованія права ³⁾). Имѣя такіе взгляды на происхожденіе права вообще и обычнаго права въ частности, Шмидъ конечно былъ далеко отъ того восторженнаго преклоненія передъ обычнымъ правомъ, которое замѣчается у авторовъ критикуемаго имъ направленія ⁴⁾). Мы не можемъ, говорить онъ, признать всякую норму права, принятую въ данномъ обществѣ, за нѣчто естественное (*naturgemäss*). Естественно то, что справедливо и цѣлесообразно, но общественное мнѣніе не всегда лучший судья въ этомъ дѣлѣ, такъ какъ себялюбіе и недостатокъ знанія очень часто дѣлаютъ воззрѣнія массы ошибочными. ⁵⁾ Поэтому правительство должно наблюдать за дѣятельностью общества и въ области правообразованія, такъ что силу обычнаго права воспринимаютъ лишь тѣ нормы, которыя получили явно выраженное или молчаливое одобреніе государственной власти. ⁶⁾

1) O. c., S.S. 219–221; 223.

2) O. c., S.S. 107; 216; 217.

3) O. c., S.S. 204, 206.

4) Пухта и, въ особенности, Безслеръ.

5) R. Schmid, O. c., S. 245: „Naturgemäss ist nur was gerecht und zweckmässig ist, darüber ist aber die öffentliche Meinung nicht immer die beste Richterin, denn Eigennutz und Mangel an Kenntnis der Sache verdunkeln gar oft die ansichten der Masse.

6) O. c., S. 245; 236.

Мы видимъ, что воззрѣнія Рейнгольда Шмида весьма прогрессивны, онъ можетъ считаться однимъ изъ непосредственныхъ предшественниковъ Геринга. Шмидъ отвергаетъ опредѣленіе права какъ общей воли, избѣгаетъ господствовавшихъ въ то время полумистическихъ воззрѣній на народный духъ съ вытекающимъ изъ нихъ преклоненіемъ передъ обычнымъ, народнымъ, правомъ; для него ясно, что въ основѣ права лежитъ интересъ, что оно развивается постепенно изъ сознательно-цѣлесообразной дѣятельности отдѣльныхъ членовъ общества, т. е. что право развивается не само собою незамѣтно изъ глубины народнаго духа, а путемъ казуальнаго творчества. Но не смотря на такую основательную критику воззрѣній исторической школы Р. Шмидомъ—всетаки и послѣ того, въ пятидесятихъ годахъ, мы видимъ два параллельныя направленія въ наукѣ права, одно въ духѣ исторической школы, другое—прогрессивное.

А д о л ь ф ь Ш е й р л ь называетъ право общей волей, единственнымъ источникомъ его—народный духъ, и указываетъ, что обычное право происходитъ изъ общаго правоваго убѣжденія, а фактическое примѣненіе нормъ есть лишь средство познанія его.¹⁾ Б ё к и н г ь говоритъ, что обычное право имѣетъ источникомъ національное убѣжденіе; фактическое же примѣненіе нормъ (*die Consuetudo*)—не источникъ, а только форма проявленія и средство познанія права.²⁾ Б л ю н ч л и полагаетъ, что обычное право есть продуктъ бессознательной правообразовательной дѣятельности народа.³⁾ В а р н к ё н и г ь, въ своей Энциклопедіи, основываетъ право на общемъ правовомъ убѣжденіи народа.⁴⁾ По отношенію обычнаго права онъ говоритъ, что первая причина возникновенія обычнаго права

¹⁾ Ad. Scheurl, Lehrbuch der Institutionen, 1850 (1-е издание).

²⁾ E. Böcking, Pandekten, 1853, I, S. 15.

³⁾ Dr. Bluntschli, Deutsches Privat-Recht, 1853 (1-е издание).

⁴⁾ L. A. Warnkönig, Juristische Encyclopaedic, 1853, S. 25.

лежить въ общемъ убѣжденіи народа, а фактическое примѣненіе данной нормы есть моментъ, хотя и равной съ первымъ важности, но всетаки вторичный. ¹⁾ Въ этомъ же смыслѣ высказываются Бринцъ и Унгеръ. ²⁾ Блюме выражаетъ мысль еще болѣе близкую къ взглядамъ Кирульфа и Вехтера, говоря, что обычное право основывается на народномъ убѣжденіи и фактическомъ примѣненіи (Uebung) и что это послѣднее не есть только средство познанія обычнаго права, но и необходимое условіе его возникновенія. ³⁾ Вальтеръ идетъ въ этомъ отношеніи еще далѣе и хотя выводитъ право изъ народнаго правоваго чувства ⁴⁾, но при этомъ указываетъ, что обычное право въ своемъ развитіи проходитъ три стадіи: сначала новое правовое воззрѣніе выражается въ отдѣльныхъ единичныхъ случаяхъ, потомъ являются подражатели и наконецъ вслѣдствіе постоянного повторенія примѣненія данная норма пріобрѣтаетъ всеобщее признаніе и получаетъ характеръ необходимости. ⁵⁾ Т. е., Вальтеръ переноситъ центръ тяжести правообразовательнаго процесса цѣликомъ въ область факческаго примѣненія нормъ, такъ называемаго Uebung.

Такимъ образомъ выясняется, что въ средѣ ученыхъ исторической школы въ тридцатыхъ, сороковыхъ и пятидесятыхъ годахъ опредѣляются два различныхъ направленія. Одно направленіе признаетъ единственнымъ источникомъ права народное убѣжденіе, а фактическое примѣненіе нормъ считаетъ лишь формой выраженія и средствомъ познанія права—это непосредственные послѣдователи Пухты. Другое направленіе придаетъ одинаковое значеніе и народному убѣжденію и фактическому примѣненію нормъ права, считая оба эти условія

¹⁾ О. с., S. 40.

²⁾ A. Brinz, Lehrb. der Pand. 1857 (1-е изд.). J. Unger, System, 1-е изд., 1856.

³⁾ Friedrich Bluhme, Encyclopaedie, 2-е Aufl. 1854 (1-е Aufl, 1847), S.S. 33, 37.

⁴⁾ Ferd. Walter, Juristische Encyclopaedie, 1856, S. 22.

⁵⁾ О. с., S. 23.

равнозначущими въ процесѣ образованія права. Нѣкоторые даже приписываютъ фактическому примѣненію большее значеніе, чѣмъ правовому сознанію народа, и тѣмъ приближаются къ прогрессивному направленію. Это послѣднее отрицаетъ народное убѣжденіе, какъ факторъ правообразованія (хотя, какъ мы увидимъ послѣ, и не совсѣмъ основательно) и въ концѣ сороковыхъ и въ пятидесятихъ годахъ начинаетъ критиковать теорію исторической школы и въ другихъ отношеніяхъ. Писатели этого направленія, какъ уже сказано выше о Р. Шмидѣ, должны считаться предшественниками Геринга, если не по времени, то по переходному характеру своихъ воззрѣній. Къ числу таковыхъ мы можемъ отнести, благодаря нѣкоторымъ особенностямъ—Аренса, хотя онъ ближе стоитъ къ исторической школѣ, чѣмъ къ Герингу. А р е н с ъ придерживается волевой теоріи права, но не говоритъ объ общей волѣ всего народа. Законъ, говоритъ онъ, устанавливается органами государственной власти ¹⁾, а обычное право имѣетъ своимъ источникомъ произвольные поступки отдѣльныхъ людей (*Willenshandlungen Einzelner*). Эти дѣйствія отдѣльныхъ индивидуумовъ повторяются, находятъ подражателей и такимъ путемъ образуется обычай. ²⁾ Если подобныя дѣйствія совершаются съ сознаниемъ правовой необходимости и не противорѣчатъ требованіямъ разума и доброй нравственности, то это будетъ обычное право. ³⁾ Право юристовъ и судебную практику Аренсъ не считаетъ за особые источники права, потому что они только обрабатываютъ и примѣняютъ уже существующіе законы и нормы обычнаго права. ⁴⁾

Въ пятидесятихъ годахъ и въ началѣ шестидесятихъ годовъ томъ за томомъ (1852, 1854, 1858, 1865 г.г.) появилось сочи-

1) Н. Ahrens, Juristische Encyclopaedie, 1855, S. 86

2) О. с., S. 81.

3) О. с., S. 82—83.

4) О. с., S S. 93; 96—97.



нені Іеринга «Der Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung», составившее эпоху въ наукѣ права. Но прежде чѣмъ перейти къ ознакомленію съ идеями Іеринга, изложенными въ этомъ произведеніи, мы должны остановить вниманіе еще на одномъ ученомъ пятидесятихъ годовъ, который сдѣлалъ весьма любопытную попытку обосновать теорію права на совершенно иныхъ началахъ, чѣмъ тѣ, которыя были приняты въ современной ему литературѣ. Это—Л ю д в и г ъ К н а п п ъ. Вслѣдствіе способности человѣческаго организма сохранять слѣды испытываемыхъ ощущеній—въ насъ постепенно накапливается запасъ впечатлѣній и ощущеній, которыя различнымъ образомъ комбинируются благодаря нашей способности къ абстракціи и ассоціаціи. ¹⁾ Если испытываемыя нами въ каждый данный моментъ ощущенія гармонируютъ съ состояніемъ нашей психики, являющимся результатомъ прежнихъ впечатлѣній нашей жизни, то получается чувство удовольствія; въ противномъ случаѣ является чувство неудовольствія. ²⁾ При этомъ авторъ вскользь высказываетъ мысль, что если бы пріятныя ощущенія не были связаны съ полезными для вида явленіями, то видъ погибъ-бы. ³⁾ Въ чувствѣ удовольствія заключается внутреннее удовлетвореніе, въ чувствѣ неудовольствія заключается ощущеніе потребности (ein inniges Bedürfen). ⁴⁾ Изъ этой потребности рождается стремленіе (das Begehren). ⁵⁾ Стремленіе можетъ быть сознательно и безсознательно. Если оно сознательно, но не вызываетъ мускульной дѣятельности, то это будетъ желаніе (Wunsch); если вызываетъ мускульную

¹⁾ L. Knapp, System der Rechtsphilosophie, 1857, S.S. 46, 47, 49.

²⁾ О. с., S. 106: „...das Lust und Unlustgefühl aus der Winkelrichtung resultirt, in welcher sich die erinnerten mit den lebendigen Gefühlsempfindungen schneiden...“

³⁾ О. с., S. 113—114.

⁴⁾ О. с., S. 114.

⁵⁾ О. с., S. 118.

дѣятельность, то это будетъ воля (Wille). ¹⁾ Перехода затѣмъ отъ этихъ общихъ разсужденій къ теоріи права, Кнаппъ говоритъ, что человѣкъ живетъ въ обществѣ; ни обойтись безъ помощи себѣ подобныхъ, ни избѣжать вліянія общества онъ не можетъ; поэтому въ общежитіи развивается нѣкоторый порядокъ взаимоотношеній сочленовъ, чтобы каждый могъ, съ наименьшими столкновениями и съ наилучшими результатами, удовлетворять свои потребности. ²⁾ Этотъ общественный порядокъ, это подчиненіе индивидуума виду Кнаппъ называетъ нравственностью (Sittlichkeit), которая распадается на двѣ области, мораль и право (in Moral und Recht zerfällt). ³⁾ Правила морали имѣютъ внутреннюю принудительную силу, предписанія права—внѣшнюю. ⁴⁾ Внутренній принудительный элементъ права совершенно ускользнулъ отъ Кнаппа; онъ считаетъ правовое чувство производнымъ отъ внѣшняго принужденія. ⁵⁾

Оставляя въ сторонѣ устарѣлую психологію Кнаппа, не обращая вниманія на его тяжелый языкъ и въ высшей степени странную терминологію ⁶⁾, мы не можемъ не видѣть въ его взглядахъ довольно послѣдовательно проведенныя начала утилитарно-эволюціонной теоріи. Точка зрѣнія Кнаппа такая: человѣческой организмъ развивается при извѣстныхъ условіяхъ; извѣстныя ощущенія, ему полезныя, стали для него привычными; непривычныя ощущенія вызываютъ въ немъ неудовольствіе, стремленіе къ превращенію непривычныхъ ощущеній въ привычныя. Люди живутъ въ обществѣ и сте-

1) О. с., S. 119--120.

2) О. с., S. 143.

3) О. с., S. 144.

4) О. с., S. 151, 193.

5) О. с., S. 193, § 135. Т. е. также какъ Берингъ, см. Zweck, I, S. XIV.

6) Напримѣръ, народное хозяйство онъ опредѣляетъ какъ „мускульно-принудительное подчиненіе природы человѣку“ (S. 144); нравственность—какъ „мускульно-принудительное подчиненіе человѣка виду“ (Ibid).

пень успѣха ихъ дѣятельности зависитъ отъ порядка взаимоотношеній и взаимодействія членовъ общества. Для наилучшаго достиженія своихъ цѣлей люди и выработали извѣстный общественный порядокъ. Точка зрѣнія несомнѣнно правильная, но такъ какъ съ одной стороны Кнаппъ изложилъ свои воззрѣнія въ неудачной и притомъ сухо-догматичной формѣ, а съ другой стороны ни общество, ни ученые по тогдашнему состоянiю знанiй не были подготовлены къ подобному обоснованiю теорiи права—то книга Кнаппа прошла почти незамѣченной и не доставила ему ни единомышленниковъ, ни послѣдователей.

Глава 5-я.

Отъ „Geist des Römischen Rechts“ до „Kampf um's Recht“
и „Zweck im Recht“.

Теперь мы обращаемся къ ознакомленію съ первымъ затрогивающимъ общіе вопросы права сочиненіемъ того писателя, который является центральной фигурой всего нашего изслѣдованія. Рудольфъ Герингъ въ своемъ «Geist des Römischen Rechts» даетъ не только блестящую критику теоріи исторической школы, но и предлагаетъ взамѣнъ ея свою, законченную, цѣльную теорію, не смотря на то что изложена она у него въ видѣ отрывочныхъ разсужденій, разбросанныхъ въ четырехъ томахъ Geista,

Касаясь вопроса объ опредѣленіи понятія права, Герингъ горячо нападаетъ на господствовавшую въ то время волевою теорію права. Не воля, а интересъ есть существенный элементъ понятія права. Право существуетъ не для того, чтобы реализовать идею абстрактной воли; напротивъ, оно гарантируетъ жизненные интересы, помогаетъ удовлетворенію потребностей, достиженію цѣлей. ¹⁾ Право принадлежитъ тому, кто пользуется, а не тому, кто изъявляетъ волю. Способность желать, изъявлять волю, можетъ быть угнетена и даже парализована безъ соотвѣтствующей потери правъ; субъектомъ права является тотъ, кому предназначено пользоваться пра-

¹⁾ R. Ihering, „L'esprit du droit romain“, traduit par Meulenaere, IV, p. 325.

вомъ (дестинатарій), задача права—гарантировать ему это пользование. ¹⁾ Если бы охрана воли была цѣлью права, что стало бы съ правами лицъ, воли не имѣющихъ? Между тѣмъ мы видимъ на каждомъ шагу, что охраняются права лицъ, воли не имѣющихъ или имѣющихъ не достаточно развитую волю. Права безумныхъ, права дѣтей, даже утробныхъ младенцевъ, весьма строго охраняются. ²⁾ Затѣмъ волевая теорія права совершенно не объясняетъ правъ юридическихъ лицъ. Юридическое лицо, какъ таковое, не способно пользоваться правомъ—оно не имѣетъ ни интересовъ, ни цѣлей; съ точки зрѣнія волевой теоріи мы должны приписать юридическимъ лицамъ волю, персонифицировать ихъ. На самомъ же дѣлѣ дестинатаріями являются люди, въ чьихъ интересахъ существуютъ учрежденія, признаваемые юридическими лицами. ³⁾ Съ этой же точки зрѣнія объясняется напримѣръ право участія общаго. ⁴⁾ Право есть ничто иное какъ юридически охраненный интересъ. ⁵⁾ Главный признакъ права—это цѣлесообразность его. ⁶⁾ Люди создали право путемъ долгаго процесса исканія, приспособленія, борьбы. Историческая школа оказала огромную услугу наукѣ права, опровергнувъ старое воззрѣніе о произвольномъ образованіи права и доказавъ, что право возникаетъ первоначально какъ продуктъ дѣятельности народнаго духа и затѣмъ развивается постепенно историческимъ путемъ; что лишь позже рядомъ съ обычнымъ правомъ, какъ первымъ источникомъ права, возникаетъ второй

¹⁾ О. с., IV, р. 323.

²⁾ О. с., IV, р.р. 319, 348.

³⁾ О. с., IV, р.р. 323, Note ⁴⁹⁴); 340—341; 343.

⁴⁾ О. с., IV, р. 347.

⁵⁾ О. с., IV, р. 326. Въ томъ же Geist'ѣ, I, S. 332, Герингъ, какъ бы еще не отрѣшившись отъ старыхъ воззрѣній, называетъ право волей: „Das Recht ist keine intellektuelle Potenz, sondern eine moralische, es ist Wille“.

⁶⁾ Geist, I, S. 328.

источникъ — законодательство. Въмѣсто идеи механическаго созданія права историческая школа выставила идею органическаго его происхожденія, какъ продукта жизни народа. ¹⁾ Но историческая школа горько ошибалась въ своемъ предположеніи, будто право возникаетъ и развивается медленнымъ, незамѣтнымъ процессомъ естественнаго роста. ²⁾ Это не такъ, право создается изъ дѣятельности, изъ борьбы; ³⁾ всякое право сначала проходитъ стадію развитія, гдѣ оно является просто самопомощью, мщеніемъ; ⁴⁾ первые зачатки правоваго чувства мы наблюдаемъ въ сознаніи *своего* права, основаннаго на затратѣ собственныхъ силъ: то, что человекъ добылъ потомъ и кровью, то онъ желаетъ удержать за собой. ⁵⁾ Всѣ народы прошли этотъ трудный путь правообразованія путемъ самодѣятельности отдѣльныхъ личностей, только эти старыя времена уже позабылись; потъ и кровь человѣческіе, пролитые для созданія права, одѣты покровомъ забвенія и окутаны туманомъ сверхъестественнаго происхожденія. ⁶⁾ Но въ исторіи римскаго права для насъ сохранилась картина истиннаго происхожденія права. То положеніе, что самодѣятельность отдѣльныхъ личностей (*die persönliche Thatkraft*) является источникомъ права, есть азбука въ исторіи римскаго права. ⁷⁾ Мечемъ создано римское право и копье его символъ. ⁸⁾ Начиная съ тѣхъ временъ, когда сила и право совпадали, когда право было самопомощью, самообороной; проходя черезъ эпоху, когда люди расправѣ собственными силами, вслѣдствіе сомнительности ея исхода, стали предпочитать добровольное по уговору

1) О. с., II, S. 28—30.

2) О. с., II, S. 31: „... der s g. naturwüchsigen Bildung“.

3) О. с., I, S. 114: „Die Thatkraft, die Gewalt also ist die Mutter des Rechts“.

4) О. с., I, S. 118—119.

5) О. с., I, S. 109.

6) О. с., I, S. 107.

7) Ibidem.

8) О. с., I, S. 109—110.

подчиненіе рѣшенію посредниковъ—мы доходимъ наконецъ до возникновенія судовъ. Но вездѣ сквозитъ одна и та же идея— что личная самодѣятельность является создательницей и охранительницей права. Впрочемъ эта индивидуальная сила есть не голая физическая сила; правовымъ чувствомъ она возводится на степень нравственной силы, служащей идеѣ права.¹⁾ Кромѣ этихъ основныхъ положеній общей теоріи права Іерингъ высказался еще въ подробностяхъ относительно смысла и значенія обычнаго права и закона, ихъ взаимоотношенія одного къ другому и къ нравственности. Іерингъ соглашается, что право всегда возникаетъ въ формѣ обычнаго права.²⁾ Обычное право основывается на народномъ правовомъ убѣжденіи, какъ нравственность—на нравственныхъ воззрѣніяхъ. Въ этомъ отношеніи обычное право и нравственность *внѣшнимъ* образомъ другъ отъ друга не отличаются; отличіе между ними лишь внутреннее по качеству лежащихъ въ основѣ ихъ чувствъ—нравственнаго чувства долга и правового сознанія обязанности. Но и эта разница иногда ступшевается и все отличіе между правомъ и моралью сводится къ различію *степени интенсивности* одушевляющаго людей чувства долга.³⁾ Т. е. Іерингъ ясно высказываетъ здѣсь ту идею, что обычное право есть какъ бы переходная ступень между областью морали и права въ собственномъ смыслѣ, т. е. закона. Но, продолжаетъ Іерингъ, обычному праву не достааетъ опредѣленности, твердости; сознаніе юридической необходимости можетъ у одного проявляться сильнѣе, у другого

¹⁾ О. с., I, S. 175. Въ одной изъ позднѣйшихъ статей Іерингъ еще разъ указываетъ на ошибочность воззрѣній исторической школы въ этомъ отношеніи, *Gesammelte Aufsätze*, II, S. 14. Таже точка зрѣнія на образованіе права сознательной дѣятельностью развивается въ *Entwicklungsgeschichte des Römischen Rechts*, изданной послѣ смерти Іеринга, 1894, стр. 13 и слѣд., особенно 28.

²⁾ Geist, II, S. 33.

³⁾ О. с., II, S. 32.

слабѣе, чувствуется потребность придать праву надлежащую устойчивость и прочность. Средствомъ къ тому является законодательство. Конечно, законодательство имѣетъ недостатки— вмѣсто живаго правоваго чувства оно дастъ намъ мертвую букву, вмѣсто цѣльнаго правосозерцанія, какъ въ зеркалѣ отражающаго въ себѣ всѣ реальныя правоотношенія, является оно кучу осколковъ этого зеркала въ формѣ параграфовъ различныхъ кодексовъ—но всѣ эти недостатки съ избыткомъ окупаются той твердостью, опредѣленностью, равномерностью, спокойствіемъ, прочностью, которыя приобрѣтаетъ право, принимая форму закона. ¹⁾ Законъ поэтому есть единственная форма права. ²⁾

Такіе взгляды высказалъ Герингъ въ пятидесятихъ годахъ. Его идея о борьбѣ за право, опредѣленіе права какъ охраны интересовъ, его воззрѣнія на законъ какъ на высшую форму права—не только живы до сихъ поръ, но получаютъ дальнѣйшее развитіе и могутъ считаться такимъ же прочнымъ достояніемъ науки, какъ и идеи исторической школы о постепенномъ развитіи права, какъ одной изъ сторонъ народной жизни, и объ обычномъ правѣ, какъ первичной формѣ права. Оставаясь на почвѣ теоріи исторической школы, признавая основныя мысли ея правильными, Герингъ двинулъ науку значительно впередъ сравнительно съ ученіемъ исторической школы и открылъ новые пути и широкіе горизонты въ области общей теоріи права. Конечно, рядомъ съ такими первоклассными достоинствами у Геринга есть и недостатки, но намъ придется заняться обсужденіемъ достоинствъ и недостатковъ его теоріи ниже, когда мы познакомимся съ его критиками, а теперь мы оставимъ пока этого маститаго ученаго и будемъ продолжать наше изслѣдованіе судебъ исторической школы и новыхъ направленій въ наукѣ права въ ихъ парал-

¹⁾ О. с., II, S.S. 33—37.

²⁾ О. с., II, S. 38.

лельномъ развитіи въ шестомъ, седьмомъ, восьмомъ и девятомъ десятилѣтіяхъ и первой половинѣ десятаго десятилѣтія девятнадцатаго вѣка.

Не смотря на блестящую критику многихъ сторонъ теоріи исторической школы, предложенную Герингомъ — и послѣ изданія его *Geist'a* продолжали появляться сочиненія, написанныя въ строгомъ духѣ исторической школы со всѣми ея достоинствами и недостатками, хотя послѣднихъ, казалось бы, легко было и избѣгать. Въ 1860 году появилось второе изданіе «*Deutsches Privatrecht*» Блюнчли, гдѣ между прочимъ излагается, что обычное право возникаетъ и развивается безсознательно, произвольно. ¹⁾ Келлеръ также высказывается за безсознательное происхожденіе обычнаго права. ²⁾ Вангеро въ седьмомъ изданіи своего учебника въ 1863 г. повторяетъ идеи Пухты, что фактическое примѣненіе нормъ является лишь внѣшнимъ проявленіемъ и средствомъ познанія обычнаго права, что норма обычнаго права въ народномъ правовомъ сознаніи существуетъ ранѣе примѣненія, хотя прибавляетъ, что бывають по исключенію случаи и обратнаго порядка, гдѣ примѣненіе нормы предшествуетъ убѣжденію въ ея правовой необходимости. ³⁾ Виндшейдъ говоритъ, что источникъ права одинъ — это разумъ народа. Онъ можетъ творить право или непосредственно путемъ фактическаго примѣненія извѣстныхъ нормъ (*Uebung*) или посредственно, черезъ законодательную власть въ государствѣ (какъ выражается Виндшейдъ — *durch Delegation*). ⁴⁾ Верингъ полагаетъ, что для возникновенія обычнаго права нужно пра-

¹⁾ Dr. Bluntschli, *Deutsches Privatrecht*, 2-e Aufl. 1860, S. 10.

²⁾ F. L. v. Keller, *Pandekten*, 1861, S. 2: „Die Rechtsideen werden erst instinktmässig im Leben befolgt und wirken gleichsam als Naturkraft auf dasselbe, wie es auch bei Sprache und Sitte zugeht“.

³⁾ K. A. v. Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, 7-e Aufl, 1863, I, S. 41.

⁴⁾ B. Windscheid *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1-e изданіе 1862 года; 2-e изданіе 1867, I, S. 40.

вовое сознание и фактическое применение нормъ. ¹⁾ Синтенисъ называетъ право общей волей, ограничивающей свободу частныхъ волей; ²⁾ источникомъ права онъ считаетъ общенародное правовое убѣждение, ³⁾ но рядомъ съ этимъ моментомъ, какъ равнозначущій, ставитъ моментъ факческаго примѣненія (Uebung) и предупреждаетъ, что не слѣдуетъ думать, будто первый изъ этихъ элементовъ можетъ предшествовать второму, хотя обратное иногда наблюдается, такъ что случается видѣть постепенное образование праваго убѣждения какъ слѣдствіе постоянного примѣненія какой нибудь нормы. ⁴⁾

Но изъ этихъ примѣровъ нельзя еще выводить слѣдствія, будто разсмотрѣнное сочиненіе Веринга прошло совершенно безслѣдно. Напротивъ, критика исторической школы стала теперь на твердую почву и въ значительной степени развилась и усилилась. Эрнстъ Мейеръ уже въ 1861 году пишетъ, что право развивается вовсе не подобно растенію изъ зерна, а является плодомъ тяжелой работы человѣческаго духа. ⁵⁾ Историческая школа придавала слишкомъ большое значеніе обычному праву, полагая будто оно можетъ отмѣнять законы. Въ Пруссіи на примѣръ существуетъ прямое запрещеніе примѣнять общее обычное право (ein ausdrückliches Verbot eines allgemeinen Gewohnheitsrechts) и прусское государство конечно сумѣло бы ввести въ должныя границы всякаго судью, который теорію обычнаго права какъ высшей формы правообразованія вздумалъ бы примѣнять на практикѣ. ⁶⁾ Теорія происхожденія права изъ народнаго убѣжденія есть

¹⁾ Friedr. Vering, Gesch. u. Pand., 1865 (1-е изданіе).

²⁾ C. Fr. Ferd. Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, 3-е Aufl. 1868, I, S. 3.

³⁾ О. с., I, S. 7.

⁴⁾ О. с., I, S.S. 23—25.

⁵⁾ E. Meier, Die Rechtsbildung in Staat und Kirche, 1861, S. 33.

⁶⁾ О. с., S. 19.

ничто иное как новая форма старой ошибочной теории народного суверенитета. ¹⁾ Не народъ, а высшая государственная власть есть носитель правообразовательной функции. ²⁾ Обычное право не отличается отъ закона ни по субъекту (образование обычнаго права должно считаться функцией представителя верховной власти, ³⁾ т. е. Э. Мейеръ является последователемъ *Gestattungstheorie*), ни по содержанию, ни по отношенію къ нимъ судьи. ⁴⁾ Вся разница въ формѣ. ⁵⁾ Шейрль, сторонникъ Пухты, указываетъ все таки на априорность его сужденій и говорить, что нельзя выводить, какъ это дѣлаетъ Пухта, церковное обычное право изъ автономіи церкви, такъ какъ надо сначала доказать, что гражданское обычное право создается только общенароднымъ правовымъ сознаниемъ; между тѣмъ это принимается Пухтой какъ нѣчто данное, само собою разумѣющееся. ⁶⁾ Въ 1863 году Харумъ напечаталъ рѣчь, ⁷⁾ въ которой онъ критикуетъ историческую школу. «Естественное неравенство людей въ обществѣ, ихъ различіе въ матеріальной и духовной силѣ, привычка быть подъ давленіемъ другихъ, безсиліе и неспособность большинства, невозможность по своей житейской обстановкѣ заниматься юридическими и политическими работами, производить то... что функция правообразования изъ рукъ народа (обычное право) переходитъ въ руки государственной власти (законъ). «Пока историческое направленіе выставляетъ идею національности права, какъ исключительно вѣрную и руководящую, проти-

1) О. с., S.S. 20—21.

2) О. с., S. 23.

3) О. с., S. 28.

4) О. с., S.S. 29—30.

5) О. с., S. 27—28.

6) Ad. v. Scheurl, Kirchliche Gewohnheitsrecht, Zeitschr. f. Kirchenrecht, II Jahrg (1862), S.S. 185—186.

7) Подлинника мнѣ не удалось достать. Излагаю по статьямъ: Метла, Обычай и законъ, Юр. В. IX (1877) и E. Zittelmann, Gewohnheitsrecht und Irrthum, Archiv. für civilistische Praxis, 66 Bd. (1883).

ворѣчіе, въ которомъ находится его ученіе съ усвоеніемъ римскаго права, останется вѣчно неразрѣшеннымъ—черезъ дверь національности римское право никогда не войдетъ въ нашу науку». Въ Кроаціи и до сихъ поръ уживается австрійское право, несмотря на то что оно не вытекло изъ кроатскаго народнаго духа. Право выступаетъ всегда какъ реальная сила, подчиняющая волю отдѣльныхъ лицъ своей волѣ; чтобы воля сблалась правомъ не необходимо желаніе множества лицъ—довольно и энергичнаго, умнаго меньшинства. Вилъгельмъ Людерсъ прямо бросаетъ исторической школѣ упрекъ въ апріоризмъ—ей недостаетъ твердаго базиса, доставляемаго опытомъ, эмпирическимъ изслѣдованіемъ. Рюкертъ и Данквартъ, говоритъ Людерсъ, обратили вниманіе, что право имѣетъ своимъ источникомъ стремленіе къ удовлетворенію человѣческихъ потребностей; а что національныя свойства и особенности, которымъ историческая школа придаетъ такое значеніе, имѣютъ подчиненное, второстепенное вліяніе. ¹⁾ Самъ Людерсъ стоитъ на той же утилитарной точкѣ зрѣнія. Тотъ необходимый порядокъ въ жизненныхъ отношеніяхъ, который осуществляется принудительно, называется правомъ, въ противоположность понятію факта. ²⁾ Жизненные отношенія и вытекающія изъ нихъ потребности даютъ начало праву; оно возникаетъ изъ дѣятельности отдѣльныхъ лицъ; когда извѣстный способъ удовлетворенія потребностей оказывается цѣлесообразнымъ, то онъ находитъ себѣ подражателей и такимъ образомъ возникаютъ нормы, которыя примѣняются сначала произвольно, а потомъ съ сознаніемъ необходимости, будетъ ли это сознаніе темнымъ неяснымъ чувствомъ или свѣтлою мыслью—все равно. ³⁾ Потребности создаютъ право. И напрасно Герингъ (очевидно Герингъ въ то время еще такъ

¹⁾ W. Lüders, Das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung, 1863, S. S. 23, 29—30.

²⁾ О. с., S. 33.

³⁾ О. с., S. S. 36, 39, 48—49.

мало былъ понять, что Людерсъ по какому то странному недоразумѣнію причисляетъ его къ сторонникамъ классической исторической школы) трудится, отыскивая разныя національныя особенности римлянъ; «духъ» римскаго права—это ничто иное какъ потребности римской жизни. ¹⁾ Какъ будто Герингъ не высказывалъ этой точки зрѣнія въ своей идеѣ цѣлесообразности права!

Но не должно обращать большаго вниманія на эту и подобныя ошибки Людерса и остальныхъ авторовъ разобранныхъ сочиненій. Конечно, на примѣръ, Мейеръ грубо заблуждается, отрицая за обычнымъ правомъ дерогирующую законъ силу. Исторія представляетъ намъ много случаевъ отмѣны законовъ обычаями. Лучшимъ примѣромъ можетъ служить отмѣна крѣпостнаго права въ Англіи. Тамъ крѣпостное право и до сихъ поръ не отмѣнено закономъ (кромѣ закона Елизаветы объ освобожденіи государственныхъ крѣпостныхъ людей), но оно уже въ XVI столѣтіи вышло изъ употребленія, «ist obsolet geworden», ²⁾ т. е. отмѣнено силою обычая, и конечно никакой судъ въ Англіи не дастъ защиты притязаніямъ, основаннымъ на неотмѣненныхъ законахъ о крѣпостномъ правѣ. Конечно ошибается Харумъ, безусловно отождествляя право съ силой. Ясно, что неправъ Людерсъ, когда онъ смѣшиваетъ ученіе Геринга съ теоріей исторической школы и огуломъ обвиняетъ эту школу въ апіоризмъ, между тѣмъ какъ она только отчасти грѣшитъ въ этомъ отношеніи, а самыя основанія ея воззрѣній выработались несомнѣнно индуктивнымъ путемъ. Но эти и подобныя ошибки не уничтожаютъ значенія перечисленныхъ писателей; въ общемъ и цѣломъ ихъ воззрѣнія несомнѣнно прогрессивны—они усвоили идею психическаго труда въ процессъ правообразованія, вѣрно

¹⁾ О. с., S. 35, Anm *).

²⁾ W. Roscher, Grundlagen der Nationaloekonomie, § 73, Anm. ³⁾; Ad. Wagner, Grundlegung, § 201.

подмѣтили нѣкоторые недостатки исторической школы и правильно смотрятъ на законъ, какъ на высшую форму права, явившуюся на смѣну устарѣлой и уже мало пригодной въ современныхъ условіяхъ формъ—обычному праву.

Въ 1872 году появилось первое изданіе «Борьбы за право» Иеринга, въ концѣ 1877 года первое изданіе его же «Цѣль въ правѣ». Эти сочиненія надѣлали много шума и оказали гораздо большее вліяніе, чѣмъ «Духъ римскаго права». Тѣмъ не менѣе и въ семидесятихъ годахъ и позднѣе вплоть до настоящаго времени продолжаютъ появляться сочиненія въ духъ исторической школы, не говоря уже о критикѣ, которую вызвали упомянутыя работы Иеринга. Историческая школа имѣетъ и въ эту эпоху представителей обоихъ вышеуказанныхъ направленій. Такъ Ротъ и Тёлъ источникъ права видятъ почти исключительно въ правовомъ сознаніи, а примѣненіе нормъ считаютъ моментомъ второстепеннымъ. Тёлъ высказываетъ это въ сочиненіи посвященномъ торговому праву, но объясняетъ, что обычное торговое право обладаетъ тѣми же признаками, какъ и обычное право вообще. ¹⁾ Оно покоится на общемъ убѣжденіи, оно есть явленіе первоначальное, непосредственное (*ursprünglich, unmittelbar*), какъ языкъ и нравы; ²⁾ не обычай, не фактическое примѣненіе создаетъ право; наоборотъ—данная норма не потому дѣлается правовой, что она вошла въ обычай, а потому она входитъ въ обычай, что сознается какъ правовая норма. ³⁾ Ротъ высказываетъ, что

¹⁾ Heinrich Thöl, Das Handelsrecht, 1875, I, S. 37.

²⁾ О. с., I, S. 37.

³⁾ О. с., I, S. 38: „Es ist nicht Rechtens weil es Gewohnheit ist, es ist Gewohnheit weil es Rechtens ist.“ „Das Gewohnheitsrecht wird durch die Uebung nicht erzeugt.“

источникъ обычнаго права есть народное правовое убѣжденіе, проявляющееся въ фактическомъ примѣненіи. ¹⁾ Другіе писатели придаютъ одинаковое значеніе народному правосознанію и фактическому примѣненію нормъ. А л о и з і й Б р и н ц ъ учитъ все также, что право, совокупность нормъ необходимыхъ для поддержанія порядка въ обществѣ, ²⁾ создается или словомъ или дѣломъ. ³⁾ Чтобы слово стало правомъ—сказать его долженъ тотъ, кто имѣетъ власть; власть же должна въ свою очередь покоиться на правѣ. ⁴⁾ Чтобы дѣло стало правомъ—оно должно стать общимъ обыкновениемъ (*Gewohnheit, Sitte und Brauch werden*) съ сознаниемъ юридической необходимости. ⁵⁾ Въ этомъ же смыслѣ, что обычное право создается примѣненіемъ извѣстныхъ положеній (*Satzungen*) съ сознаниемъ юридической необходимости, вновь высказывается В е р и н г ъ. ⁶⁾ Знаменитый Б е р н г а р д т ъ В и н д ш е й д ъ говоритъ въ пятомъ изданіи своего учебника, что первоисточникомъ всякаго положительнаго права является разумъ народовъ. Непосредственно создаетъ онъ право путемъ фактическаго примѣненія извѣстныхъ положеній (*Uebung*); посредственно—черезъ делегацию, въ видѣ законодательства. ⁷⁾ Фактическое примѣненіе и правовое убѣжденіе равно необходимы для образованія обычнаго права. ⁸⁾ Б а р о н ъ говоритъ то же ⁹⁾ и высказывается даже въ томъ смыслѣ, что возможно возник-

¹⁾ Paul Roth, *Bayrisches Civilrecht*, 1881, I, S. 111.

²⁾ A. Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, 2-e Aufl., I, S. 90.

³⁾ О. с., I, S. 112—113.

⁴⁾ О. с., I, S. 113. Великолѣпно! $a=v$; $v=a$!

⁵⁾ О. с., I, S. 114, 117.

⁶⁾ Friedr. Vering, *Geschichte und Pandekten des römischen und heutigen gemeinen Privatrechts*, 4-e Aufl., 1875, S. 35.

⁷⁾ B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 5-e Auflage, 1879, I, S. S. 42—43.

⁸⁾ О. с., I, 42; 43, Anm ²⁾: „Die nicht geübte Rechtsueberzeugung ist nicht Recht.“

⁹⁾ J. Baron, *Pandekten*, 1879, S. 10.

новеніе такихъ нормъ обычнаго права, въ основѣ которыхъ нѣтъ правоваго убѣжденія, напримѣръ въ нормахъ касающихся сроковъ, формъ сдѣлокъ. Эти нормы по его мнѣнію произошли безъ участія правоваго убѣжденія прямо путемъ долгаго примѣненія. ¹⁾

Слѣдующіе авторы высказывали воззрѣнія несогласныя съ теоріей исторической школы. Рю м е л и н ъ опредѣляетъ право какъ общественный порядокъ, посредствомъ котораго идея добра принудительно осуществляется въ жизни. ²⁾ Въ другомъ мѣстѣ онъ даетъ сходное опредѣленіе—право есть общественный порядокъ, устанавливаемый и осуществляемый высшей властью для обезпеченія членамъ общества дозволеннаго пользованія благами. ³⁾ Тотъ же авторъ посвятилъ обычному праву монографію въ одномъ нѣмецкомъ юридическомъ журналѣ, написанную съ той же точки зрѣнія, но мы должны будемъ разсмотрѣть ее ниже. З р о д л о в с к і й въ опредѣленіи понятія права держится волевой теоріи и говоритъ, что право ограничиваетъ волю отдѣльныхъ лицъ, указываетъ предѣлы, въ которыхъ она можетъ проявляться; ⁴⁾ но въ дальнѣйшемъ изложеніи онъ высказываетъ взгляды болѣе прогрессивныя. Онъ признаетъ принужденіе необходимымъ моментомъ въ понятіи права. ⁵⁾ Въ ученіи объ обычномъ правѣ онъ свободенъ отъ увлеченій исторической школы идеей народнаго убѣжденія и даже ударяется въ другую крайность—отрицаетъ необходимость правоваго убѣжденія для возникновенія обычнаго права. Вѣдь случается, говоритъ онъ, что обычное право

¹⁾ О. с., S. 12—13:

²⁾ Rumelin, Ueber das Rechtsgefühl, 1871. Помѣщено въ Reden und Aufsätze, I, S. 76.

³⁾ А. с., Eine Definition des Rechts, 1880. Въ Reden und Aufsätze, II, S. 349.

⁴⁾ Ferd. Zrodowski, Das Römische Privatrecht 1-й томъ 1877 г. 2-й томъ 1886 г., I, S. 4.

⁵⁾ О. с., I, S. 4.

отмѣняетъ законъ; неужели же можно утверждать, что это происходитъ въ силу правоваго сознанія? ¹⁾ Однако самъ Зродловскій, по справедливому замѣчанію Цитгельмана, ²⁾ не выдерживаетъ этого принципа и постоянно говоритъ о *Rechtsüberzeugung*. ³⁾ Противъ идеи общаго правоваго убѣжденія горячо полемизируетъ Францъ Адикесъ. Этотъ писатель критикуетъ прежде всего гипотезу народнаго духа и конечно успѣшно опровергаетъ ученіе той фракціи исторической школы, которая источникомъ права считаетъ народный духъ. ⁴⁾ Отвергнувъ возможность обосновать происхожденіе права на гипотезѣ народнаго духа, Адикесъ обращается къ другому источнику права, къ общему народному убѣжденію, и отвергаетъ и его, но отвергаетъ голословно говоря, что лишь очень немногія положенія, какъ-то необходимость повиненія законамъ и обычаямъ, обязательность судебныхъ рѣшеній и т. д., могутъ считаться общепризнанными, въ большинствѣ же случаевъ существуютъ самыя разнообразныя мнѣнія и убѣжденія. ⁵⁾ Остается, слѣдовательно, еще одинъ только источникъ права, къ которому мы и должны обратиться—это субъективный разумъ, субъективное правосознаніе. ⁶⁾ Исторія, говоритъ Адикесъ, даетъ намъ много примѣровъ, когда право создавалось прямо субъективнымъ убѣжденіемъ. Въ средніе вѣка шеффены при недостаткѣ закона, а это сплошь и рядомъ случалось, судили такъ какъ имъ представлялось наилучшимъ сообразно съ условіями жизни вообще и

1) О. с., I, S. 33—34. Конечно можно: именно вслѣдствіе несоотвѣтствія закона съ жизнью онъ и можетъ отмѣняться обычнымъ правомъ. Объ этомъ подробно будетъ говорено ниже.

2) Zittelman, *Gewohnheitsrecht und Irrthum*, Arch. f. civil. Praxis, 66 Bd., S. 444, Anm ²⁴³).

3) Науп. Zrodowski, о. с. I, S.S. 20, 21.

4) Franz Adickes, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, 1872, S. 3.

5) О. с., S. 4.

6) О. с., S. 6.

даннаго конкретнаго случая въ частности.¹⁾ Въ Римѣ въ республиканскомъ періодѣ было время, когда приговоры по уголовнымъ дѣламъ постановлялись по свободному убѣжденію судящаго.²⁾ Да и въ наше время всегда, когда является сомнѣніе въ смыслѣ закона, когда начинается толкованіе, рѣшаетъ дѣло ничто иное какъ субъективный разумъ судей,³⁾ хотя этотъ субъективный правообразующій элементъ, какъ элементъ неопредѣленный, измѣнчивый, туманный, сдерживается въ должныхъ границахъ дѣйствующимъ объективнымъ правомъ.⁴⁾ Такимъ образомъ, говоритъ Адикесъ, мы какъ бы отчасти возвращаемся къ ученію школы естественнаго права. Историческая школа отвергла апріорность теоріи естественнаго права и обратила науку отъ міра произвольныхъ абстракцій къ міру реальному. Но въ своемъ увлеченіи идеей народнаго духа она отвергла всякое значеніе за субъективнымъ разумомъ, не смотря на то что несомнѣнные факты говорятъ за него. Въ своей полемикѣ историческая школа, какъ говоритъ нѣмецкая пословица, выплеснула изъ ванны съ помоями и ребенка.⁵⁾ Въ этихъ разсужденіяхъ Адикеса заключается весьма вѣрная мысль о происхожденіи права путемъ казульнаго творчества, о чемъ намъ придется современемъ говорить довольно подробно. — Въ ученіи объ обычномъ правѣ Адикесъ отрицаетъ всякое значеніе правоваго убѣжденія, доказывая это такимъ разсужденіемъ. При примѣненіи нормъ обычнаго права оно примѣняется или судьями или, когда нѣтъ споровъ доходящихъ до суда, заинтересованными частными лицами. Въ послѣднемъ случаѣ правовое убѣжденіе не необходимо; есть примѣры это дока-

1) О. с., S. 7.

2) О. с., S. 7—8. Ссылка на Ihering'a, Geist, II § 25, Anm. 29.

3) О. с., S. 9—11.

4) О. с., S. S. 13, 22—23.

5) О. с. S. 19—20; „Das Kind war mit dem Bade ausgeschüttet.“

зываются: таковъ обычай внесенія въ извѣстныхъ случаяхъ студентами залоговъ въ университетскую кассу въ Тюбингенѣ; опредѣленіе путемъ обычая компетенціи нѣкоторыхъ учреждений; право диспенсаціи, основывающееся въ нѣкоторыхъ государствахъ на обычай; регулированіе нормами обычного права платежей за право эмиграціи. ¹⁾ Судьи же, говорятъ Адикесъ, если одинъ разъ постановлено ими извѣстное рѣшеніе, примѣняютъ его и въ другихъ случаяхъ вовсе не изъ правового убѣжденія, а ради единообразія. ²⁾

Но со всѣмъ этимъ мы никакъ не можемъ согласиться. Мы готовы допустить, что судьи примѣняютъ данное рѣшеніе постоянно ради единообразія; но вѣдь впервые оно было постановлено по правовому убѣжденію; мы отказываемся думать, чтобы судьи стали ради единообразія продолжать примѣнять такой способъ рѣшенія споровъ, о которомъ у нихъ сложилось бы убѣжденіе, какъ о неправомъ. Относительно правового сознанія въ приводимыхъ Адикесомъ, и подобныхъ, примѣрахъ—мы должны сказать, что конечно бываютъ случаи, въ особенности при возникновеніи новыхъ нормъ обычного права, когда правовое сознаніе еще неясно; бываютъ примѣры, когда для данной нормы обычного права не можетъ быть правового убѣжденія—но мы всегда можемъ найти болѣе общую норму, по отношенію къ которой данная норма является лишь развитіемъ частныхъ и опредѣленіемъ подробностей, причемъ эта болѣе общая норма всегда окажется имѣющей за собою правовое убѣжденіе. ³⁾ Если отвергнуть правовое сознаніе, то не останется различія между обычнымъ правомъ и простымъ обычаемъ. Чтобы быть послѣдовательнымъ Адикесъ долженъ былъ бы это отличіе отвергнуть, но онъ не сдѣлалъ этого логически для него необходимаго шага, такъ какъ очевидно признавалъ невоз-

¹⁾ О. с., S. 53.

²⁾ О. с., S. 55.

³⁾ Объ этомъ подробно будетъ говорено ниже.

возможность уничтожить различіе между понятіями обычая и
обычнаго права. Но не смотря на эти ошибки Адикесъ въ
своей небольшой книжкѣ высказываетъ много, какъ мы ви-
дѣли, дѣльныхъ мыслей, изъ которыхъ между прочимъ стоитъ
указать еще одну. Осуждая пристрастіе исторической школы
къ старому, исторически сложившемуся праву, онъ говоритъ,
что подобно тому какъ прежде жившія поколѣнія и народы
создали себѣ правовой порядокъ, такъ и современное поколѣніе
должно создать себѣ право по своему желанію и по своимъ
потребностямъ. ¹⁾ Это конечно глубоко вѣрная мысль, но не
слѣдуетъ забывать, что излишнимъ пристрастіемъ къ старому
праву отличались лишь позднѣйшіе ученые исторической
школы, доведившіе ея ученіе до крайности; самъ же основа-
тель этой школы, Савиньи, какъ мы видѣли—вовсе не отри-
цаетъ возможности создавать новое право, а лишь полагаетъ,
что не во всякое время каждый данный народъ къ этому
способенъ.

¹⁾ О. с., S. 64.

Глава 6-я.

„Kampf um's Recht“ и „Zweck im Recht“.

Въ сравнительно короткій промежутокъ времени 1872—1877 г.г. появились два знаменитыхъ сочиненія Геринга— «Борьба за право» и «Цѣль въ правѣ», томъ первый. Содержаніе ихъ настолько общеизвѣстно, что можно было бы его даже и не излагать; но такъ какъ эти книги вызвали горячую и не всегда справедливую критику, то для уясненія вліянія Геринга на современную философію права мы въ краткихъ словахъ повторимъ главные идеи, высказанныя имъ въ этихъ двухъ замѣчательныхъ произведеніяхъ, остановимся на основныхъ возраженіяхъ главныхъ критиковъ Геринга и попытаемся опредѣлить степень основательности этихъ возраженій.

Право, говоритъ Герингъ въ «Kampf um's Recht», не представляется намъ только отвлеченной теоріей, а является живою силой. ¹⁾ Право есть продуктъ труда не только государственной власти, но и всего народа; жизнь права являетъ намъ картину неустаннаго труда, непрерывной борьбы цѣлой націи, хотя конечно не всѣ проходятъ тернистый путь борьбы за право; жизнь однихъ течетъ среди мира и спокойствія, жизнь другихъ есть непрерывная война. ²⁾ Борьба за право представляется намъ въ двухъ формахъ— борьбы за объектив-

¹⁾ R. Ihering, Der Kampf um's Recht, 6-e Aufl. 1881, S. 1.

²⁾ О. с., S.S. 2—3.

ное право и борьбы за субъективное право. Мы избираемъ предметомъ нашего сочиненія борьбу въ этомъ послѣднемъ смыслѣ. 1) Несомнѣнна наличность борьбы за право при осуществленіи права со стороны государства; поддержаніе правоваго порядка—это постоянная борьба противъ беззаконія, противъ правонарушеній. 2) Но и въ дѣлѣ возникновенія права, въ вопросѣ о его происхожденіи и развитіи вплоть до нашихъ дней, мы не можемъ обойти факта все той же борьбы за право. Савиньи—Пухтовская теорія представляетъ намъ процессъ образованія права незамѣтнымъ и безболѣзненнымъ, какъ процессъ развитія языка. Съ точки зрѣнія этой теоріи мы должны предположить, будто такіа положенія древнеримскаго права, какъ продажа несостоятельныхъ должниковъ въ рабство, виндикація собственникомъ своей вещи у всякаго, къ кому бы и какимъ бы путемъ она ни попала, образовались тѣмъ же путемъ какъ и грамматическія правила управленія предлоговъ падежами. 3) Конечно, есть такіа правоположенія, которыя развиваются ненамѣренно и безсознательно, какъ разговорная рѣчь, постепенно и незамѣтно слагаясь въ регулярно повторяющихся явленіяхъ повседнежнаго оборота или возникая изъ научныхъ операцій отвлеченія, выведенія слѣдствій и т. д. 4) Но рядомъ съ этими фактами правообразованія огромную роль играютъ сознательныя стремленія, психическій трудъ и борьба съ разными препятствіями. Въ особенности когда наступаетъ необходимость измѣнять существующее объективное право—это измѣненіе приходится покупать цѣною весьма чувствительнаго вторженія въ область наличныхъ правъ и связанныхъ съ ними частныхъ интересовъ. Съ дѣйствующимъ правомъ въ теченіи времени такъ тѣсно сплелись

1) О с., S. 4.

2) О с., S.S. 4—5.

3) О с., S.S. 5—6.

4) О с., S. 6.

интересы тысячъ отдѣльныхъ личностей и даже цѣлыхъ словій, что его нельзя устранить безъ существеннаго ущерба для этихъ интересовъ; надо объявить войну всѣмъ имъ, надо оторвать полипа, присосавшагося тысячью щупальцевъ. И часто происходитъ нѣчто въ родѣ сложенія силъ и отклоненія равнодѣйствующей по діагонали въ сторону отъ намѣченнаго направленія. Во всемъ этомъ несомнѣнно есть что-то трагическое и всѣ значительныя пріобрѣтенія въ области исторіи права носятъ на себѣ слѣды такого происхожденія, продолжительнаго исканія истиннаго пути и упорной борьбы для преодолѣнія на каждомъ шагу возникающихъ препятствій, даже когда этотъ путь уже найденъ. ¹⁾ Право, какъ и человѣкъ, появляется на свѣтъ среди тяжелыхъ родовыхъ болей. ²⁾ Борьба за каждое конкретное право, съ своей стороны, не есть результатъ холоднаго экономическаго расчета; она вызывается нравственнымъ страданіемъ того лица, чье право нарушено; поднимается вопросъ самоуваженія, возникаетъ сознаніе оскорбленія правоваго чувства, дѣло идетъ уже о личномъ достоинствѣ того, чье право нарушено. ³⁾ Противодѣйствіе правонарушенію является такимъ образомъ обязанностью—и не только по отношенію къ самому себѣ, но и по отношенію къ цѣлому обществу. ⁴⁾ Борьба за право есть обязанность по отношенію къ самому себѣ—потому что горькое чувство, возникающее въ насъ при нарушеніи нашего права, подобно боли, возвѣщающей намъ о физическомъ поврежденіи нашего организма, является признакомъ, симптомомъ, напоминающимъ намъ о самосохраненіи. ⁵⁾ Да, о самосохраненіи, потому что мои права, мое имущество являются продолженіемъ, распростране-

¹⁾ О. с., S.S. 7—9.

²⁾ О. с., S. 12.

³⁾ О. с., S.S. 13, 16, 18.

⁴⁾ О. с., S. 19.

⁵⁾ О. с., S. 27.

ніемъ моей личности во внѣ. ¹⁾ Борьба за право есть обязанность передъ обществомъ — потому что каждый, защищая *свое* право, тѣмъ самымъ защищаетъ нормы объективнаго права, на которыхъ его субъективное право зиждется. Защищать свое право каждый обязанъ такъ же, какъ и свое отечество. Трусъ, убѣгающій съ поля сраженія, спасаетъ свою жизнь въ данную минуту, но если бы всѣ такъ поступили, то погубили-бы свое отечество — и себя самихъ вмѣстѣ съ нимъ. ²⁾ Поэтому судьба тѣхъ, кто имѣетъ мужество осуществлять и всѣми мѣрами защищать свое право, является нерѣдко истиннымъ самопожертвованіемъ ради другихъ, настоящимъ мученичествомъ. ³⁾

«Борьба за право» произвела огромное впечатлѣніе; въ короткое время эта книжечка потребовала многихъ изданій на нѣмецкомъ языкѣ и была переведена почти на всѣ европейскіе языки — на нѣкоторые по нѣскольку разъ (напр. на русскій). Но за то и критика дѣлала на нее жестокія нападки.

Въ 1876 году напимѣръ выступилъ противъ Геринга Феліксъ Боасъ съ заявленіями, что право осуществляется въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ безъ всякой борьбы, безъ малѣйшаго спора. Осуществленіе права путемъ борьбы и спора есть въ высшей степени рѣдкое явленіе по сравненію съ осуществленіемъ мирнымъ путемъ. Если бы право осуществлялось только въ борьбѣ, путемъ спора, то жизнь была бы невыносима. ⁴⁾ Это тѣмъ болѣе вѣрно, продолжаетъ Боасъ, что далеко не всѣ правонарушенія обнаруживаются и преслѣдуются. Большинство ихъ совершается въ тихомолку (*in Hülle und Fülle*) и не преслѣдованіе правонарушеній за-

¹⁾ O. c., S. 39.

²⁾ O. c., S.S. 45; 56: „... ist daher der Kampf um's Recht zugleich ein Kampf um's Gesetz“ ...; S.S. 65 - 66; 36; 47.

³⁾ O. c., S. 49.

⁴⁾ F. Boas, Der Kampf um's Recht ein Pflichtgebot? 1876, S.S. 15—16.

ставляетъ вообще повиноваться нормамъ права. Онѣ соблюдаются по болѣе глубокимъ побужденіямъ — именно какъ необходимое условіе коллективной борьбы за существованіе. ¹⁾ Задача права — сглаживать столкновенія, предупреждать борьбу; ²⁾ Мы видимъ, что иной разъ изъ за оскорбленнаго самолюбія люди ведутъ такіе процессы, которыхъ и начинать бы не слѣдовало; ³⁾ нельзя вмѣнять въ обязанность каждому во что бы то ни стало защищать свое право, какъ бы малъ ни былъ связанный съ нимъ интересъ, отъ этого развивается сутяжничество, деморализующее людей. ⁴⁾ Безъ всякой опасности для общества можно предоставить усмотрѣнію каждого защищать свое право или отступить отъ него. ⁵⁾ Въ частностяхъ Боасъ возражаетъ Терингу, что въ сущности судебная защита права не есть борьба за право, ибо цѣль процесса — рѣшеніе судьи — представляетъ собою мирное разрѣшеніе вопроса; ⁶⁾ что наказаніе и штрафъ не представляютъ собою индивидуальной борьбы за право, являясь *исключительно* обязанностью государственной власти ⁷⁾ и т. п.

Мы не можемъ однако присоединиться къ Боасу и признать его критику правильной. Не говоря уже о частностяхъ, въ которыхъ онъ положительно не правъ — на примѣръ процессъ есть несомнѣнно борьба, ибо что же такое состязательное начало въ процессѣ, какъ не идея самостоятельности сторонъ, ихъ борьбы? далѣе, вѣдь наказаніе есть результатъ уголовного процесса, въ которомъ состязательное начало играетъ такую же, если не болѣшую роль, чѣмъ въ гражданскомъ процессѣ; многія преступленія караются лишь при наличности частной

1) О. с., S.S. 16—17

2) О. с., S. 18.

3) О. с., S. 47.

4) О. с., S. 53.

5) О. с., S. 34.

6) О. с., S. 9.

7) О. с., S. 36.

жалобы; наконецъ даже и слѣдственный процессъ, гдѣ преступленіе и вообще неправда преслѣдуется *исключительно* государственной властью, представляетъ собою ничто иное какъ *борьбу* государственной власти за право—не говоря уже о всѣхъ этихъ частностяхъ, главныя возраженія Боаса Иерингу, взятыя сами по себѣ, представляются правильными разсужденіями—но не могутъ быть признаны критикою Иеринга. Развѣ Иерингъ говоритъ, что всякое право создается и осуществляется непременно борьбой? Развѣ онъ не указываетъ, что многія нормы объективнаго права создаются тѣмъ незамѣтнымъ процессомъ, о которомъ говорятъ писатели исторической школы? ¹⁾ Развѣ онъ не говоритъ, что не всякому приходится воевать за свое право, что многіе въ мирѣ и покоѣ вкушаютъ плоды тѣхъ трудовъ, которые потрачены другими для созданія и поддержанія даннаго правопорядка? ²⁾ Развѣ можетъ служить опроверженіемъ идеи борьбы за право—указаніе на то обстоятельство, что многія правонарушенія сходятъ съ рукъ безнаказанно? Затѣмъ—конечно возводить порокъ сутяжничества на пьедесталь добродѣтели не слѣдуетъ, но Иерингъ и не дѣлаетъ этого; онъ объясняетъ намъ, почему иной разъ человѣкъ готовъ судиться изъ за пустого интереса—именно потому, что въ извѣстныхъ случаяхъ онъ въ поспраніи своего права видитъ униженіе своей личности ³⁾

Такую же, и мы смѣло можемъ сказать—такую же неудачную—критику Иеринговской идеи борьбы за право даютъ Зродловскій, Дahnъ, у насъ Азаревичъ. ⁴⁾ О двухъ послѣднихъ авторахъ намъ, впрочемъ, придется еще говорить ниже, но здѣсь мы не можемъ не сдѣлать общаго замѣчанія, что казу-

¹⁾ Ihering, Der Kampf um's Recht, S. 6.

²⁾ О. с., S. 2.

³⁾ См. Der Kampf um's Recht, 6-e Aufl., S. 22, Note *).

⁴⁾ Zrodlowski, О. с., I, S. 7—8; F. Dahn, Die Vernunft im Recht; Азаревичъ, „Р. Иерингъ“, Ж. Г. и Уг. Пр, 1882, Декабрь.

истическая критика въ данномъ случаѣ не могла имѣть успѣха; если Герингъ и ошибается иногда въ частностяхъ, слишкомъ увлекаясь одной какой нибудь стороной вопроса, забывая остальные и такимъ образомъ впадая въ односторонность и высказывая сужденія, которыя будучи взяты изолированно, сами по себѣ, должны быть признаны ошибочными—то все таки основы его воззрѣній всегда остаются глубоко-философскими, чрезвычайно вѣрными и положительно поражаютъ своею широтой. Такъ и его идея борьбы за право—вѣдь это ничто иное какъ приложеніе къ области правовыхъ явленій Дарвиновой идеи борьбы за существованіе.¹⁾ Уже въ мірѣ животныхъ изолированная борьба за существованіе въ нѣкоторыхъ случаяхъ уступаетъ мѣсто болѣе совершенной формѣ—коллективной борьбѣ за существованіе; у человѣка эта форма является безусловно преобладающей. Но съ обращеніемъ къ коллективной борьбѣ—индивидуальная борьба не прекращается, она только вводится въ извѣстныя границы, устанавливаемыя нормами общественнаго порядка—морали и права. Въ этихъ границахъ продолжается борьба за существованіе между отдѣльными членами общества, выражающаяся то въ формѣ закономѣрнаго соперничества, то въ формѣ борьбы за субъективное право, то въ формѣ борьбы государства съ преступностью, то въ формѣ борьбы за и противъ объективнаго права, когда поднимается вопросъ объ измѣненіи самыхъ нормъ, регулирующихъ взаимоотношенія людей.—Само собою разумѣется, что противъ такой глубокой идеи самая придирчивая критика оказывается безсильной.

Первый томъ сочиненія Геринга «Цѣль въ правѣ» является кульминаціоннымъ пунктомъ его творчества, въ немъ какъ въ фокусѣ собралась воедино творческая энергія этого

¹⁾ Это замѣчено еще Рѣдквингомъ, Изъ Курса лекцій по Исторіи Философіи Права, I, стр. 147—159 (изъ вступительной лекціи къ курсу 1874—75 акад. года).

замѣчательнаго писателя—и цѣлымъ снопомъ блестящихъ лучей брызнула по всѣмъ направленіямъ, ярко освѣщая самыя глубокіе и основныя вопросы философіи права.

Человѣкъ въ своей жизни и дѣятельности преслѣдуетъ извѣстныя цѣли—и прежде всего цѣли эгоистическія; альтруизмъ есть явленіе производное отъ эгоизма: я приношу жертвы для моихъ дѣтей, для моихъ друзей, для общепользыхъ цѣлей, а не для шаха персидскаго, не на построеніе пагоды въ Индіи. Интересъ есть необходимое предположеніе всякой дѣятельности. ¹⁾ Но тѣмъ не менѣе альтруизмъ существуетъ и благодаря этому человѣческія цѣли дѣлятся на двѣ группы—цѣли индивидуума и цѣли общества, соціальныя цѣли. ²⁾ Вся наша культура въ ея историческомъ развитіи зиждется на сосуществованіи людей въ обществѣ; люди живутъ съ помощью другихъ и для другихъ (*für und durch Andere*). ³⁾ Осуществляется такой порядокъ человѣческихъ взаимоотношеній двоякимъ путемъ—свободной дѣятельностью людей и принужденіемъ. ⁴⁾ Въ обществѣ, среди тысячъ и милліоновъ индивидуумовъ, происходитъ постоянная борьба интересовъ; дѣятельность побудительныхъ причинъ и силъ, которыя приводятъ эту массу къ единству и гармоніи, мы называемъ, говорить Герингъ, соціальной механикой. ⁵⁾ Въ этой механикѣ мы замѣчаемъ четыре, такъ сказать, соціальныхъ рычага; два изъ нихъ имѣютъ въ основѣ эгоизмъ—и я ихъ называю нисшими или эгоистическими—это вознагражденіе и принужденіе; два другіе—чувство долга и любовь—мы можемъ назвать высшими, этическими ⁶⁾ Психологически нисшимъ изъ всѣхъ этихъ по-

1) Rudolph von Ihering, Der Zweck im Recht, Erster Band, 2-e Auflage 1884, S.S. 46, 51—52, 53.

2) О. с., S.S. 58—59.

3) О. с., S.S. 77—78, 85, 87—88, 91—92.

4) О. с., S. 85.

5) О. с., S. 94.

6) О. с., S. 95—96.

буждений является принужденіе, но практически оно имѣетъ большее значеніе, чѣмъ вознагражденіе. ¹⁾ Надежда на вознагражденіе, стремленіе къ выгодѣ, руководить людьми въ гражданскомъ оборотѣ, причеиъ вознагражденіе (Lohn) иногда принимаетъ форму вознагражденія въ собственномъ смыслѣ (за услуги, Entgeltung), иногда форму воздаянія (за зло, Vergeltung); вознагражденіе бываетъ матеріальное или идеальное (почести, знаки отличія, слава). ²⁾ Гражданскій оборотъ организуется или на началахъ различія цѣлей (мѣнновой оборотъ) или на началахъ общности ихъ (ассоціація). ³⁾ Другой рычагъ соціальной организаціи — принужденіе, которое по формѣ отличается какъ прямое или механическое (физическое) и косвенное или психическое, а по содержанію какъ пропульсивное (отрицательное) и компульсивное (положительное). По третьему признаку принужденіе отличается какъ государственное и общественное (соціальное). Государство осуществляетъ его въ формѣ права, общество въ формѣ нравственности. ⁴⁾

Въ обществѣ, во всѣ времена и на всѣхъ ступеняхъ развитія, мы непремѣнно встрѣчаемъ отношеніе власти и подчиненія. Таковы рабство, крѣпостное право, общественная власть. Власть въ обществѣ постепенно вырабатываетъ правила для поведенія подвластныхъ и для себя самой. Эти правила называются правомъ. Сила создаетъ право, право есть политика силы. Оно не можетъ считаться какимъ то самодовлѣющимъ высшимъ порядкомъ, служащимъ самому себѣ цѣлью; право есть лишь средство, а цѣль его — организація, поддержаніе и сохраненіе общества (das Bestehen der

¹⁾ О. с., S. 96—97.

²⁾ О. с., S. 97, 115, 116, 181, 184.

³⁾ О. с., S. 208, 211, 215, 219.

⁴⁾ О. с., S.S. 234 - 236.

Gesellschaft). 1) Право, не подкреплённое силой, есть пустой звук безъ всякой реальности, такъ какъ только власть, осуществляющая нормы права, дѣлаетъ право тѣмъ, что оно есть и чѣмъ оно должно быть. 2) Общество нуждается въ установленіи и поддержаніи извѣстнаго порядка; разрозненныхъ силъ отдѣльныхъ личностей для этого недостаточно; люди соединяются въ союзы, носящіе частный характеръ; но и этого недостаточно—нужна сильная выше всѣхъ стоящая власть, такова государственная власть. Государство и право, слѣдовательно, являются ничѣмъ инымъ какъ соціальной организаціей принужденія; государство есть общество какъ носитель дисциплинированной принудительной власти; дисциплина принужденія есть право; иначе сказать государство есть общество, которое принуждаетъ. 3) Организація соціальной принудительной власти заключаетъ въ себѣ двѣ стороны—установленіе внѣшняго механизма власти и установленіе основоположеній, которыми должна она руководствоваться. 4) Изъ всего предидущаго необходимо слѣдуетъ заключеніе, что *государство есть единственный источникъ права* и принужденіе—существенный признакъ понятія права. 5) Право первоначально имѣетъ лишь односторонне-принудительную силу, лишь для подданныхъ государства, но потомъ постепенно пріобрѣтаетъ двусторонне-обязательную силу т. е. становится обязательнымъ и для самой государственной власти. Какіе же мотивы, спрашивается, руководятъ государственной властью въ этомъ подчиненіи ея самой же установленнымъ нормамъ? 6) Во первыхъ—собственный интересъ:

1) О. с., S.S. 242—250.

2) О. с., S. 253.

3) О. с., S.S. 292, 294—295, 298, 307, 308, 309. Герингъ тутъ же оговаривается, что конечно принужденіе не исчерпываетъ всей дѣятельности государства; это лишь одна изъ сторонъ его дѣятельности, S. 308.

4) О. с., S. 311.

5) О. с., S. 320.

6) О. с., S.S. 346, 357, 376, 377.

власть будетъ тѣмъ прочнѣе, чѣмъ правильнѣе она функционировать; во вторыхъ — интересы самаго общественнаго порядка: чувство порядка въ подвластныхъ ничѣмъ такъ не развивается и не укрѣпляется какъ примѣромъ властвующаго; такимъ образомъ въ народѣ развивается правовое чувство, на которомъ въ сущности и зиждется весь правовой порядокъ — однимъ словомъ подчиненіе государственной власти правовому порядку есть необходимое условіе жизнеспособности государства, ¹⁾ хотя конечно это подчиненіе государственной власти праву не должно доходить до узкаго педантизма. Цѣль права и государства — общее благо; извѣстная старая поговорка «*fiat justitia, pereat mundus*» должна быть перифразирована такъ — «*vivat justitia, ut floreat mundus*»; и есть случаи когда, какъ на примѣръ во время общественныхъ бѣдствій, государству не до педантичнаго исполненія мельчайшихъ предписаній закона, разъ дѣло идетъ о благосостояніи, можетъ быть о спасеніи, цѣлаго народа. ²⁾

Итакъ, цѣль права — обезпеченіе условій жизнеспособности общества, ³⁾ масштабомъ для оцѣнки права служить степень пригодности къ достиженію этой цѣли, ⁴⁾ такъ какъ государство иной разъ можетъ и ошибиться въ средствахъ достиженія своихъ цѣлей подобно врачу, ошибающемуся иногда въ выборѣ лѣкарства. ⁵⁾ Но во всякомъ случаѣ единственная цѣль государства, руководящая имъ въ созданіи и поддержаніи правового порядка, это — общее благо. Могутъ спросить: если это такъ, если цѣль государства и правового порядка — общее благо, то къ чему же принужденіе, разъ государство ни отъ кого ничего иного не требуетъ кромѣ

¹⁾ О. с., S.S. 377, 378, 379, 381, 387, 421.

²⁾ О. с., S.S. 423, 424 f.f.

³⁾ О. с., S.S. 435, 448, 511 и. а.

⁴⁾ О. с., S. 439.

⁵⁾ О. с., S. 449.

стремленія къ общему благу? По двумъ причинамъ. Во первыхъ по недостатку знанія и образованія въ народѣ; законъ есть могущественное орудіе для борьбы съ глупостью. Во вторыхъ для укрѣпленія слабой воли и для противодѣйствія волѣ злой и преступной. ¹⁾

Іерингъ не имѣлъ недостатка ни въ послѣдователяхъ, ни въ критикахъ. По поводу «Zweck im Recht», именно перваго тома, высказывали порицаніе Іерингу, критикуя его работу, многіе знаменитые и не знаменитые писатели, ²⁾ но перечислять всѣ критическія замѣчанія было бы чрезчуръ утомительно и бесполезно, такъ какъ всѣ возраженія легко могутъ быть сведены къ немногимъ существеннымъ пунктамъ и если разнятся нѣсколько у различныхъ писателей, то это объясняется лишь различіемъ въ ихъ собственныхъ философско-правовыхъ воззрѣніяхъ или чисто случайными причинами. Самую полную и основательную критику перваго тома «Zweck im Recht» даетъ Феликсъ Данъ, сочиненіемъ котораго «Die Vernunft im Recht» мы займемся, чтобы при разсмотрѣніи возраженій, дѣлаемыхъ Іерингу его противниками, еще лучше уяснить себѣ сущность его воззрѣній, ихъ достоинства и недостатки. Ф. Данъ подробно разбираетъ критикуемую книгу Іеринга, главу за главой, страницу за страницей; мы не можемъ, конечно, коснуться всѣхъ возраженій Дана, мы обратимъ лишь вниманіе на главнѣйшія изъ нихъ, причемъ характеръ книги Дана заставляетъ и насъ принять ту же отрывочную форму изложенія, которая практикуется имъ.

Приступая къ разсмотрѣнію критики Іеринга Даномъ, мы съ первыхъ же словъ должны указать на полную апіористичность основы философскихъ воззрѣній Дана—такъ какъ

¹⁾ О. с., S.S. 565—567.

²⁾ Напримѣръ О. Bähr, О. Gierke, E. Kuntze, A. Thon, F. Dahn, J. Kohler.

главнымъ образомъ Данъ противопоставляетъ Герингу ничто иное какъ только именно свою *точку зрѣнія*. Данъ выводитъ право изъ разума, говоря что право есть логическая необходимость, необходимый постулатъ разума. Человѣческой разумъ неумолимо требуетъ разумнаго порядка во внѣшнихъ отношеніяхъ; человѣческой духъ требуетъ наличности права, къ праву приводитъ человѣка не только внѣшняя нужда, но и внутренняя необходимость; въ человѣкѣ заключена правообразующая сила, въ немъ живетъ стремленіе къ праву (*Rechtstrieb*), являющееся необходимымъ стремленіемъ разума (*Vernunftstrieb*); поэтому право есть само себѣ цѣль; право является самостоятельной разумной цѣлью.¹⁾ На этомъ пред-

¹⁾ F. Dahn, Die Vernunft im Recht, 1879. „In dem Menschen liegt.... die Potenz des Rechts“... S. 14; „...das Recht ist daher Selbstzweck, sofern es unabweisbares Vernunftspostulat (vernunftsnothwendig) ist“, S. 14; „...die menschliche Vernunft eine ihr gemässe Ordnung der äusseren Beziehungen unerbittlich fordert“..., S. 28; „...nicht nur die äusserere Noth, auch die innere Nothwendigkeit führt den Menschen zum Recht“... S. 28; „Das Recht...ist...selbstständiger Vernunftszweck“, S. 64; „Das Recht ist Selbstbehauptung der Vernunft“, S. 211; въ одномъ мѣстѣ Данъ такъ увлекся идеей происхожденія права изъ разума, что впалъ въ гегельянство: онъ говоритъ о преступникѣ — „das Recht, das er negirte, nimmt ihn beim Wort, ja bei der That: es gilt für ihn, der es negirt, nicht mehr“, S. 215.

На той же точкѣ зрѣнія стоитъ Данъ и въ другихъ работахъ, напр. въ статьѣ „Ueber Werden und Wesen des Rechts“, помѣщенной въ *Zeitschr. für die vergl. R.—Wiss.* 3-er. Band (1882), S.S. 6—7.

Любопытно какъ въ одной изъ болѣе раннихъ статей Данъ, желая вывести право изъ разума, вращается въ заколдованномъ кругѣ. Въ этой статьѣ (*Zur Rechtsphilosophie, Kritische Vierteljahrsschrift*, XII Bd. 1870) онъ говоритъ, что право, существуя у людей какъ общественное явленіе, не существуетъ однако у общественныхъ животныхъ (S. 328—329); слѣдовательно одной реальной основы, общественной жизни, для возникновенія права недостаточно, нужна еще идеальная основа—именно разумъ (S. 329); значить—право происходитъ изъ разума, ибо тамъ гдѣ въ обществѣ нѣтъ разума—нѣтъ и права. Далѣе же, очевидно чувствуя, что ему могутъ указать на правовыя явленія у животныхъ, Данъ говоритъ: какъ пѣсни птицы не есть зачатокъ человѣческаго музыкальнаго искусства, такъ и пчелиное и муравьиное государство—не зачатки человѣческаго права, ибо

положеніи, безъ всякаго сомнѣнія совершенно произвольномъ, опровергаемомъ всѣми данными современной науки, отказывающейся видѣть въ разумѣ нѣчто апріорное, Данъ строитъ почти всю критику Іеринга. На этомъ основаніи онъ отвергаетъ идею Іеринга, что право есть средство, обеспечивающее жизнеспособность общества, такъ какъ, говоритъ Данъ, право само себѣ цѣль. На этомъ основаніи онъ отвергаетъ мысль Іеринга, что право есть политика силы—право есть логическая необходимость, а не политика силы, и т. д. Но не будемъ забѣгать впередъ, прослѣдимъ возраженія Дана по возможности въ томъ же порядкѣ, какъ онъ ихъ излагаетъ.

Прежде всего мы должны указать на совершенно вѣрное замѣчаніе Дана, что выводы Іеринга основаны не на историческомъ изслѣдованіи; хотя Іерингъ самъ говоритъ, что «въ исторіи» право развивается такъ то и такъ то—первоначально является въ видѣ голой силы, затѣмъ превращается въ односторонне-обязательныя, а потомъ уже въ двусторонне-обязательныя нормы, но эти утвержденія исторически невѣрны, говоритъ Данъ; исторія учитъ насъ, что право возникаетъ первоначально въ видѣ обычнаго права; право въ формѣ закона появляется позднѣе и не вытѣсняетъ окончательно форму обычнаго права, потому что мы и теперь видимъ живое дѣйствующее обычное право.¹⁾ Это вѣрно. Но такъ какъ Данъ выводитъ право изъ разума и въ тоже время желаетъ опровергнуть Іерингово мнѣніе, что право есть средство, а не самостоятельная цѣль, то избѣжать противорѣчій ему всетаки не удалось. Онъ говоритъ, что право возникаетъ безсознательно,

имъ не хватаетъ „идеальной“ основы... (S. 329 Anm *)). Т. е. здѣсь разсужденіе построено въ обратномъ порядкѣ—право животныхъ не есть право, потому что у нихъ нѣтъ разума.

1) Dahn, Die Vernunft im Recht, S. S. 2—3, 4, 5—6, 7; 24; 29: „Warum verschmähen wir also die Bildung des Rechts als Gewohnheitsrecht, wie wir sie heute noch beobachten können, als Urform aller Rechtsbildung anzuerkennen? Sie ist die einzig geschichtlich wahre“; *ibidem* S. 62, 63.

какъ языкъ, религія, мораль, искусство;¹⁾ а въ другомъ мѣстѣ говорить, что *сознательный* порядокъ въ обществѣ съ призна- ніемъ обязательности послушанія возникъ сравнительно поздно, когда ужъ развился языкъ; что ранѣе того существующій порядокъ повиновенія, подобный стаднымъ порядкамъ живот- ныхъ, нельзя признать правомъ.²⁾

Кромѣ того, признавая правильность указанія Дана, что у Геринга нѣтъ историческаго изслѣдованія, мы не можемъ согласи- ться съ нимъ относительно игнорированія обычнаго права. Въ первомъ томѣ «Zweck im Recht» Герингъ прямо исключилъ обычное право изъ круга своего изслѣдованія,³⁾ очевидно рѣшивъ возвратиться къ нему послѣ, такъ какъ, говорить онъ, въ настоящемъ сочиненіи (Zweck) я обращаюсь къ каждому вопросу въ подобающемъ ему мѣстѣ.⁴⁾ Но воззрѣнія Геринга на обычное право настолько ясно высказаны въ Geist'ѣ, что упрекать его въ игнорированіи этой формы права — поло- жительно невозможно. Во второмъ томѣ «Zweck im Recht» также есть мелькомъ сдѣланное указаніе на особый, какъ бы переходный, характеръ обычнаго права.⁵⁾

Нападая на Геринга за его опредѣленіе государства какъ «внѣшняго аппарата принужденія», Данъ заявляетъ, что если принять это опредѣленіе, то не будетъ разницы между госу- дарствомъ и — разбойничьей шайкой⁶⁾. Герингъ игнорируетъ постулатъ разума, opinio necessitatis; онъ забываетъ еще одинъ важный моментъ понятія нормы, какъ права — признаніе, die Anerkennung.⁷⁾ Одного правоваго чувства для объясненія

1) O. c., S.S. 25, 44, 45—46. „Alle Culturanfänge... werden unwill- kürlich, unbewusst producirt: mit dem Recht kann es nicht anders stehen“, S. 25.

2) O. c., S.S. 85—86: „...eine Ordnung, eine bewusste Ordnung mit der opinio necessitatis der Vernunftverbindlichkeit, der Pflicht des Gehorsams“...

3) Ihering, Das Zweck im Recht, Erster Band, S. 331, Anm **).

4) O. c., Zweiter Band, S. XXI.

5) O. c., S. 246.

6) Dahn, o. c., S.S. 34, 36.

7) O. c., S.S. 36, 39, 47, 49, 86.

возникновенія и развитія права—недостаточно: не темное, неясное, туманное *чувство* нужно намъ, а ясная какъ день *логика, разумъ права*.¹⁾

Не преминулъ также Данъ указать на неправильное якобы мнѣніе Геринга (мы видѣли однако, что Герингъ такъ вовсе не думалъ), будто право *всегда* устанавливается путемъ борьбы.²⁾

Данъ былъ бы правъ, еслибы..... еслибы онъ критиковалъ Геринга, а не созданіе собственной фантазіи. Неоконченное сочиненіе рискованно критиковать и дожидись Данъ появленія втораго тома «Zweck im Recht» — большая часть его книги «Vernunft im Recht» оказалась бы лишней. Въ этомъ второмъ томѣ Герингъ прямо указываетъ, что однихъ эгоистическихъ побужденій недостаточно для правильнаго функционированія общественнаго организма, что для этого нужны еще неэгоистическія или этическія побужденія; что для общества необходимы и вознагражденіе и принужденіе (Lohn und Zwang), безъ нихъ обойтись нельзя; но что тѣмъ не менѣе не всего при ихъ помощи можно достигнуть: напимѣръ никакое насиліе и никакія обѣщанія не въ состояніи были бы создать хорошую мать и жену.³⁾ Мало того—успѣшное дѣйствіе вознагражденія и принужденія невозможно безъ внутренняго стремленія людей къ поддержанію общественнаго порядка; какъ хорошій работникъ полагаетъ въ работѣ свою честь, свою гордость, такъ истинный гражданинъ тотъ, кто свято блюдетъ законы, а не обходитъ ихъ; безъ этого внутренняго побужденія въ управляемыхъ никакое право не было бы въ силахъ создать прочный общественный порядокъ.⁴⁾ Въ высшей степени ошибочно старое мнѣніе, будто право отъ морали отли-

1) О. с., S. 81.

2) О. с., S. 48.

3) R. Ihering, Der Zweck im Recht, Zweiter Band, 2-e Auflage, 1886, S.S. 1—2; 4.

4) О. с., S.S. 7—9.

чается тѣмъ, что право занимается исключительно внѣшними поступками, а мораль исключительно внутренними побужденіями человѣка. Нѣтъ—обѣ эти сферы этического порядка тѣсно между собою связаны: право также не можетъ исполнить своей миссіи безъ внутренняго побужденія, какъ мораль—безъ принужденія.¹⁾ Всѣ нравственныя нормы суть общественныя велѣнія (*gesellschaftliche Imperative*), нравственность существуетъ ради общества (*die Gesellschaft ist Zwecksubject des Sittlichen*), нравственно то, что для общества полезно или необходимо.²⁾ Моментъ принужденія также существенъ для понятія нравственности, какъ и для права; механическому принужденію государства въ правѣ соотвѣтствуетъ психологическій моментъ принужденія силою общественнаго мнѣнія въ нравственности.³⁾ Герингъ подробно разсматриваетъ цѣлый рядъ социальныхъ императивовъ, снабженныхъ въ разной степени и внутренней и внѣшней принудительной силой—какъ то мода, обычаи, мораль, право (*Mode, Sitte, Moral, Recht*), но мы не будемъ слѣдить за нимъ въ этихъ подробностяхъ, а лишь укажемъ весьма интересное обстоятельство—что у Геринга проглядываетъ идея права какъ этического минимума. И мораль и право одинаково необхо-

1) О. с., S.S. 10—11.

2) О. с., S.S. 104, 156, 192, 214: „Sittlich ist das gesellschaftlich Nützliche oder Nothwendige“.

Эта точка зрѣнія подробно развита Герингомъ въ статьѣ „Die geschichtlich-gesellschaftlichen Grundlagen der Ethik“, *Jahrb. f. Gesetzgeb., Verw. und Volkswirtschaft*, 6-er Jahrg (1882). Нравственность обязана своимъ происхожденіемъ обществу; нравственно для индивидуума то, что отъ него общество требуетъ (S. 5); нравственность есть высшая форма эгоизма, эгоизмъ общества; когда человѣкъ достигаетъ сознанія, что необходимымъ условіемъ для его существованія является общество, то чувство самосохраненія возвышается въ немъ до степени нравственнаго чувства (S. 7); что не надо убивать, грабить и красть—этому научился человѣкъ изъ опыта, опытъ указалъ ему, что при такихъ условіяхъ существованіе общества немислимо (S. 10).

3) *Der Zweck im Recht*, 2-er B., S. 181.

димы обществу: механическое принужденіе права имѣеть преимущество въ томъ, что его вліяніе опредѣленнѣе, вѣрнѣе; оно хорошо достигаетъ цѣли тамъ, гдѣ оно умѣстно; но не вездѣ, какъ мы видѣли, оно умѣстно. Поэтому необходима мораль съ ея преимущественно внутренней принудительной силой. И такъ слѣдовательно два общественныхъ порядка? Каково же ихъ взаимоотношеніе? Ихъ взаимоотношеніе таково, что область морали шире области права.¹⁾ Къ сожалѣнію Іерингъ не развилъ въ подробностяхъ эту въ высшей степени плодотворную мысль, а ограничился лишь приведеннымъ бѣглымъ замѣчаніемъ.

Таковы идеи, высказанныя Іерингомъ во второмъ томѣ «Zweck im Recht», и еслибы Данъ дождался его появленія, то критика его во многихъ отношеніяхъ была бы ненужной.²⁾ Но можетъ быть Іерингъ всталъ на эту точку зрѣнія подъ вліяніемъ указаній его критиковъ? О нѣтъ! Уже въ первомъ томѣ «Zweck im Recht» Іерингъ высказалъ вкратцѣ все то, что такъ подробно разработалъ во второмъ. Даже не надо было ждать втораго тома, надо было лишь внимательнѣе прочитать первый томъ и не увлекаться желаніемъ во что бы то ни стало раскритиковать его. Заключительныя фразы перваго тома³⁾ содержатъ въ себѣ указаніе на недостаточность эгоистическихъ побужденій къ поддержанію общественнаго порядка и на необходимость побужденій этическихъ. И это не единственная страница въ «Zweck im Recht», гдѣ высказывается эта мысль.⁴⁾ Въ одномъ мѣстѣ⁵⁾ Іерингъ указываетъ, что

1) О. с., S.S. 182—183.

2) Это замѣчено Bahnsen'омъ, который, кстати сказать, самъ въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ критикуетъ Іеринга. Bahnsen, „Dahn, Dr. Felix, Die Vernunft im Recht“, Zeitschr. f. d. Vergl. R.-Wiss., 3-er Bd. (1882), S. 18.

3) Zweck im Recht, Erster Band., S. 570.

4) О. с., S.S. 60—61, 143, 188, 236, 316, 319, 379, 381 и др.

5) О. с., S.S. 248—249.

есть случаи, когда не сила предшествуетъ праву, а правовое убѣжденіе, норма, предшествуетъ силѣ. Въ другомъ мѣстѣ силу, не одушевленную сознаниемъ долга, Іерингъ прямо называетъ не властью, а произволомъ. ¹⁾

Проповѣдуя и развивая свою точку зрѣнія далѣе, Данъ возражаетъ противъ идеи Іеринга о саморегулированіи власти: откуда, спрашиваетъ онъ, государство почерпаетъ правила для этого саморегулированія власти? Само собою разумѣтся изъ разума. Не сила есть право, а подчиненіе силы разуму. ²⁾ Но такъ такъ разумъ не есть нѣчто имманентное, то мы въ свою очередь спросимъ Дана—а чѣмъ руководится въ данномъ случаѣ разумъ? Да конечно ничѣмъ другимъ, какъ интересами—интересами обезпеченія жизнеспособности общества. Неужели Іерингъ недостаточно разъ повторилъ и мало подчеркнул эту истину?

Далѣе, утвержденіе Іеринга, что принужденіе есть существенный элементъ права, Данъ опровергаетъ, приводя въ примѣръ такія нормы права, которыя не могутъ осуществляться путемъ принужденія и тѣмъ не менѣе не теряютъ своего правового характера. Таковы случаи невозможности взыскать долгъ съ разорившагося должника, невозможность исполнить приговоръ надъ преступникомъ вслѣдствіе его бѣгства; таковы вообще нормы международного права. ³⁾ Здѣсь кстати будетъ указать, что Августъ Тонъ выставляетъ это же возраженіе Іерингу, подкрѣпляетъ его тѣми же примѣрами и лишь прибавляетъ примѣръ нормъ государственнаго права, касающихся дѣятельности высшихъ учрежденій и главы государства, какія нормы также не могутъ осуществляться принудительно. ⁴⁾ Странно читать такія возраженія, когда Іерингъ уже въ пер-

1) О. с., S. 245.

2) F. Dahn, Die Vernunft im Recht, S.S. 40—41.

3) О. с., S.S. 35—36; 80.

4) A. Thon, Rechtsnorm und Subjectives Recht, S.S. 6—7.

вомъ томъ «Zweck im Recht» объяснилъ все дѣло. Нормы международного и государственнаго права, говоритъ онъ, не могутъ осуществляться принудительно. Какъ же примирить съ этимъ фактомъ признаніе принужденія за существенный элементъ права? Одни ученые пытаются разрѣшить сомнѣніе, отвергая за этими нормами характеръ права; другіе жертвуютъ моментомъ принужденія и не считаютъ его существеннымъ для понятія права. Но болѣе правильнымъ будетъ такой взглядъ, что нормы международного и государственнаго права суть несомнѣнно нормы права, но что для организациіи принудительнаго осуществленія ихъ существуютъ непреодолимые препятствія. Не можетъ же государственная власть, творецъ и носитель права, монополистъ принужденія—быть кѣмъ либо принуждаема. Равнымъ образомъ—такъ какъ надъ суверенными государствами нѣтъ высшей власти, то нормы международного права не могутъ быть принудительно осуществляемы, а исполняются добровольно, какъ на примѣръ рѣшенія международныхъ третейскихъ судовъ.¹⁾ Что же касается исключительныхъ случаевъ невозможности осуществить какое нибудь конкретное предписаніе права, то и они объясняются физической невозможностью исполненія *въ данномъ случаѣ*, что конечно не лишаетъ эти нормы вообще признака принудительности.—Наконецъ для опроверженія все той же мысли Геринга Данъ говоритъ, что не всякая принудительная норма есть правовая норма, на примѣръ педагогическія нормы, преподаваемые отцомъ или учителемъ.²⁾ Но вѣдь Герингъ и не утверждаетъ, что *всякая* принудительная норма есть норма права; хотя съ другой стороны—возможность принудительнаго осуществленія какихъ бы то ни было требованій, въ томъ числѣ и педагогическихъ нормъ, дается въ общественной организациіи ничѣмъ инымъ, какъ правомъ.

¹⁾ Ihering, Zweck im Recht, Erster Band, S.S. 323—327.

²⁾ Dahn, Die Vernunft im Recht, S. 79.

Какъ выше было сказано, мы не будемъ излагать критики Иеринга другими писателями, такъ какъ всѣ возраженія ихъ касаются тѣхъ же самыхъ пунктовъ, которые разобраны Даномъ; одни писали ранѣе его, другіе позднѣе, но сущность возраженій все таже. Напримѣръ у насъ въ Россіи Азаревичъ, критикуя первый томъ «Zweck im Recht», говоритъ: «. . . . сказать, что все право, всѣ правоположенія, вторгаются съ побѣднымъ кликомъ противно положительнымъ даннымъ»: указываетъ, что «безъ нравственнаго элемента невысказано ни одно право, невысказано поэтому и общежитіе»; что «борьба за право вовсе не есть обязанность каждаго»; что сугубъ нельзя признавать за людей образцоваго поведенія и т. д. ¹⁾ Съ такой же точки зрѣнія критикуетъ теорію борьбы за право, напримѣръ, Kohler. ²⁾

Какое же заключеніе выведемъ мы относительно воззрѣній Иеринга послѣ ознакомленія съ его идеями въ подлинникѣ и разсмотрѣнія главныхъ возраженій, дѣлаемыхъ ему его критиками?

Если понимать Иеринга такъ, какъ поняли его критики, если приписать ему воззрѣнія, что всякая норма права возникаетъ путемъ борьбы, вторгается съ побѣднымъ кликомъ; что право всегда происходитъ изъ силы; что право есть сила; что внутренняго элемента въ правѣ нѣтъ—то придется согласиться съ критиками Иеринга. Но мы видѣли, что теорія Иеринга не такова. Взявъ не одинъ первый томъ «Zweck im Recht», а всѣ главнѣйшія его сочиненія, нами выше разобранныя, мы не можемъ не признать, что его воззрѣнія замѣчательно вѣрны и изложены съ достаточной полнотой. Онъ

¹⁾ Азаревичъ, „Рудольфъ фонъ Иерингъ“, Ж. Гр. и Уг. Права, 1882, Декабрь, стр. 88, 91, 105—106, 111.

²⁾ J. Kohler, Recht und Pflicht, Arch. f. bürg. Recht. 6-er Bd. (1892), S. 183.

учить, что право имѣеть задачей установить и охранять извѣстный необходимый для общежитія порядокъ, обеспечивая каждому возможность наиболѣе полного осуществленія своихъ интересовъ; что право тѣсно связано съ нравственностью, имѣеть сферу дѣйствія болѣе узкую чѣмъ нравственность, но что и то и другая имѣють и внутреннюю и внѣшнюю санкцію, такъ какъ задачи и дѣли у нихъ общія; онъ учитъ, что древнѣйшая форма права есть обычное право, какъ переходная ступень между нравственностью и правомъ; что право однако происходитъ не только незамѣтнымъ путемъ превращенія нравственныхъ нормъ въ правовыя, но на каждомъ шагу мы встрѣчаемъ возникновеніе его изъ столкновенія и борьбы интересовъ; что съ теченіемъ времени обычное право оказывается малоприспособною формой права и замѣняется закономъ; что существенный признакъ закона есть его внѣшняя принудительность, организованная—въ противоположность внѣшней же, но неорганизованной принудительности морали и обычнаго права; что высшая принудительная власть сосредоточивается въ рукахъ государства, почему право (въ настоящее время) есть созданіе государственной власти, она есть творецъ и носитель права.

Конечно Герингъ не избѣжалъ ошибокъ—не ошибается только тотъ, кто ничего не дѣлаетъ. Такъ его экскурсіи въ область якобы исторіи права—прямо не выдерживаютъ критики; нѣкоторыя его фразы, взятыя отдѣльно, могутъ возбудить серьезныя недоразумѣнія; иногда онъ прямо даетъ невѣрныя характеристики и опредѣленія, на примѣръ опредѣляя право обыкновенно какъ охрану интересовъ, онъ вдругъ говоритъ, что право есть охраненный интересъ, между тѣмъ какъ по правильному замѣчанію Азаревича «обезпеченность не можетъ быть въ то же время самимъ обезпеченнымъ. ¹⁾—

¹⁾ Азаревичъ, О. с., стр. 91. Но впрочемъ по внимательномъ разсмотрѣніи вопроса и здѣсь дѣло сводится почти къ недоразумѣнію. Гарансъ очень хорошо разъяснилъ дѣло. Когда право, говоритъ онъ, отграничи-

Но въ общемъ и цѣломъ теорія Геринга вѣрна и составляетъ, по сравненію съ теоріей исторической школы, несомнѣнный прогрессъ въ наукѣ.

ваетъ извѣстную сферу дѣятельности данному субъекту, то управомоченное лицо получаетъ возможность противопоставить свою волю волѣ лицъ, посягающихъ на его интересъ. Благодаря этому субъективное право стали называть „защищеннымъ интересомъ“, такъ какъ защищенный правомъ интересъ сообщаетъ своему субъекту (субъекту интереса) извѣстную силу и власть надъ внѣшнимъ міромъ. Carl Gareis, Encyclopaedie und Methodologie der Rechtswissenschaft, 1887, S.S. 15 und 17.

Глава 7-я.

Послѣ „Kampf um's Recht“ и „Zweck im Recht“.

Сторонники исторической школы.

Какъ въ концѣ пятидесятихъ годовъ и затѣмъ въ шестидесятихъ и семидесятихъ годахъ, послѣ появленія «Geist des Römischen Rechts» продолжали издаваться сочиненія въ строгомъ духѣ исторической школы, такъ и послѣ двухъ кардинальныхъ работъ Теринга «Kampf um's Recht» и «Zweck im Recht», не смотря на огромное впечатлѣніе, произведенное ими, не мало все таки было издано книгъ, написанныхъ съ точки зрѣнія исторической школы.

Въ 1880 году G. v. Wächter издалъ учебникъ Карла Георга фонъ Вехтера, въ которомъ право называется эманацией общей воли (ein Ausfluss des allgemeinen Willens). Источники или формы права—обычное право и законъ. 1) Обычное право есть норма, образуемая изъ долгаго примѣненія съ сознаниемъ юридической необходимости. 2) Также характеризуется обычное право въ пятомъ изданіи системы австрійскаго гражданскаго права Унгера 3).

1) C. G. Wächter, Pandekten, 1880, Herausgegeben von G. v. Wächter, I, S. 6.

2) O. c., I, S. 103.

3) O. c. J. Unger, System des Oesterreichischen allgemeinen Privatrechts, 5-e Aufl. 1891, I, S.S. 37—38.

Въ 1883 году вышло восьмое изданіе институцій Адольфа Шейрля, повторяющаго, что право творится народнымъ духомъ, что оно есть общая воля, что законодатель есть органъ народной воли, что не примѣненіе нормъ создаетъ обычное право, такъ какъ источникъ права есть народное убѣжденіе, а примѣненіе нормъ есть лишь средство познанія обычнаго права.¹⁾ Генрихъ Дербургъ называетъ право порядкомъ жизненныхъ отношеній, устанавливаемымъ общей волей. Воля эта выражаетъ существующее въ народѣ правовое убѣжденіе. Дербургъ признаетъ, что не всегда обычное право происходитъ изъ народнаго убѣжденія, что иногда его создаютъ разныя побочныя обстоятельства, даже случайности, какъ на примѣръ простое подражаніе; но состояніе государства и общества, въ которомъ возможно такое правообразование, Дербургъ называетъ *нездоровымъ*.²⁾ Вильгельмъ Шуппе долженъ быть также причисленъ къ прямымъ послѣдователямъ исторической школы, хотя повидимому старается быть оригинальнымъ и для этого облачаетъ свои воззрѣнія въ своеобразную, вычурную и нѣсколько даже странную форму. Эти свои взгляды онъ развиваетъ въ цѣломъ рядѣ статей и книгъ. Когда говорятъ, что право чего нибудь хочеть, то зная, что право есть понятіе, обнимающее собою цѣлый рядъ тѣсно связанныхъ между собою явленій и измѣненій, мы должны заключить, что слѣдовательно не «право» хочеть, а какая то намъ неизвѣстная воля.³⁾ Эта воля есть объективная воля, то есть воля, покоящаяся на основныхъ, общихъ всѣмъ людямъ свойствахъ и отношеніяхъ къ окружающему міру (Wertschätzung)

¹⁾ Ad. v. Scheurl, Lehrbuch der Institutionen, Achte verbesserte Auflage, 1883, S.S. 2, 4, 5.

²⁾ Heinrich Dernburg, Pandekten, Erster Band, 1884, S.S. 43, 51.

³⁾ W. Schuppe, Der Begriff des Rechts, Zeitschr. f. pr. u. öff. Recht, X Bd. (1883), S.S. 362, 368.

и потому *общая* воля. ¹⁾ Въ книгѣ, озаглавленной «Der Begriff des Subjectiven Rechts», Шуппе болѣе подробно развиваетъ эти же мысли. Право есть совокупность нормъ, выражающихъ общую волю. Общая воля—это *родовая* воля юдей; то, что въ процессахъ чувствованія, мышленія и хотѣнія отдѣльныхъ конкретныхъ личностей мы признаемъ за общее цѣлому виду или роду, то является, слѣдовательно, общимъ для всѣхъ членовъ этого рода и имѣетъ силу для всѣхъ ихъ (d. h. es gilt für alle). ²⁾ И то, что является несогласнымъ съ этими общими свойствами процессовъ мышленія, чувствованія и хотѣнія, называется безнравственнымъ или даже преступнымъ, если не признается болѣзненнымъ явленіемъ. Въ этомъ смыслѣ воля есть объективная, т. е. имѣющая силу для всѣхъ; такая воля и есть объективное право. Мы можемъ это понятіе назвать абстракціей, но фикціей считать его нельзя. ³⁾ Когда объективное право обязываетъ кого нибудь, то это совершается или въ интересахъ обязываемаго, или въ интересахъ другихъ людей. ⁴⁾ При этомъ объективная воля или предъявляетъ свои требованія безусловно, или почерпаетъ содержаніе своихъ велѣній изъ воли индивидуумовъ. Въ первомъ случаѣ объективная воля прямо опредѣляетъ, чего она хочетъ; во второмъ она, при извѣстныхъ условіяхъ, хочетъ того, чего индивидуумъ хочетъ и лишь потому, тогда и настолько—почему, когда и насколько хочетъ индивидуумъ. ⁵⁾ Здѣсь Шуппе дѣлаетъ примѣчаніе, что о безвольныхъ субъектахъ онъ будетъ говорить ниже; ⁶⁾ а ниже онъ говоритъ о безвольныхъ субъектахъ слѣдующее: и малолѣтніе и сумасшедшіе являются субъектами права, потому

1) W. Schuppe, Die spezifische Differenz im Begriffe des Rechts. Zeitschr. f. pr. u. öff. Recht, XI Bd. (1884), S.S. 164 - 175.

2) W. Schuppe, Der Begriff des subjectiven Rechts, 1887, S. S. 6—7.

3) О. с., S. 7.

4) О. с., S. 30—31.

5) О. с., S. 45.

6) О. с., S. 45, Anmerkung.

что объективное право охраняет их интересы. ¹⁾ Права их охраняются не ради будущей их воли, такъ какъ было бы неосновательно ради будущаго игнорировать настоящее; права их охраняются потому, что отсутствіе у нихъ воли предполагается какъ нѣчто временное, болѣзненное и вообще преходящее, потому что объективное право зиждется на понятіи объективной воли, свойственной человѣку какъ существу, имѣющему общія свойства съ другими членами своего вида. ²⁾

Мы причислили Шуппе къ сторонникамъ исторической школы потому, что онъ источникомъ права считаетъ общую волю и даже до извѣстной степени объективируетъ её. Но во многихъ отношеніяхъ онъ даже и эту точку зрѣнія не выдерживаетъ и—то вдается въ такой апіоризмъ, которому историческая школа непричастна, то какъ бы приближается къ воззрѣніямъ Геринга. Право по его ученію—то, что желается объективной волей. Объективная воля или желаетъ опредѣленныхъ поступковъ (Thun und Unterlassen) или предоставляетъ, въ извѣстныхъ предѣлахъ, индивидууму желать. Но такъ какъ не всякій индивидуумъ способенъ желать, то Шуппе говоритъ, что у безвольныхъ субъектовъ предполагается нормальная воля сообразно предполагаемому у нихъ воззрѣніямъ (Werthschätzungen, Ansichten).—Но, слѣдовательно, рѣшающимъ моментомъ здѣсь является уже не воля, а интересъ; и самъ Шуппе, какъ мы видѣли, иногда говоритъ объ охранѣ интересовъ правомъ. Съ другой стороны, самое понятіе общей воли не выдерживаетъ критики. Право не создается общей волей, потому что прежде всего общей воли нѣтъ; какъ особая отъ индивидуальныхъ волей—общая воля не можетъ соз-

¹⁾ О. с., S. 297.

²⁾ О. с., S. 301: „...dass das ganze objective Recht auf der Voraussetzung einer objectiv-gültigen Wertschätzung beruht, einer Norm des Fühlens und Wollens, welche das (gattungsmässige) Wesen des Menschen ausmache“... (Курсивъ мой).

давать право; признать это значить объективировать народный духъ. Какъ сумма индивидуальныхъ волей общая воля также не можетъ быть принята, потому что такое предположеніе привело бы насъ къ договорной теоріи права, давно уже отвергнутой наукой; сверхъ того, если обычное право еще можно бы назвать выраженіемъ общей воли, то по отношенію къ закону этого сказать никакъ уже нельзя. Шуппе называетъ законодателя органомъ общей воли.¹⁾ Но изъ этого выходитъ только нелѣпость: самъ Шуппе общую волю призналъ, если не фикціей, то во всякомъ случаѣ абстракціей—и вдругъ эту абстракцію онъ надѣляетъ органами!

Въ другой книгѣ, «Das Gewohnheitsrecht», Шуппе тѣ же воззрѣнія доводитъ до утомительнѣйшихъ мелочей и частныхъ. Первоначально право возникаетъ въ человѣческомъ обществѣ произвольно и безсознательно. Это то, что называютъ обычнымъ правомъ (самъ Шуппе называетъ его «ursprüngliches Recht»). Это «первоначальное» право создается «примарной волей» (der primäre Rechtswille) и надо отличать отъ нея волю «секундарную», которая создаетъ государство и вообще учрежденія и органы, предназначенные реализовать примарную волю.²⁾ Кромѣ того онъ отличаетъ волю «генеральную» и «спеціальную»: генеральная воля—это та, которая установление частныхъ правилъ (Specialitäten) въ каждомъ конкретномъ государствѣ предоставляетъ государственной власти этого государства, которая и издаетъ для этого законы;³⁾ спеціальная воля—это та воля, которая непосредственно создаетъ нормы, т. е. это сама «примарная» воля или воля органовъ государственной власти.⁴⁾—Въ большія подробности мы входить не будемъ, такъ какъ и приведенныя достаточно характеризуютъ разбираемаго автора; но не можемъ не сказать, что въ массѣ

1) О. с., S. 8.

2) W. Schuppe, Das Gewohnheitsrecht, 1890, S.S. 31, 52.

3) О. с., S. 92.

4) О. с., S.S. 31, 92.

такихъ метафизическихъ умствованій у Шуппе встрѣчаются иногда очень дѣльные замѣчанія, къ которымъ мы будемъ имѣть случай обратиться.

Подобно Шуппе, идеи исторической школы облачаютъ въ своеобразную форму изложенія А ф ф о л ь т е р ь. Мы приписываемъ извѣстнымъ отношеніямъ качество правильности, называемъ ихъ правыми отношеніями¹⁾; эти сужденія подсказываются намъ чувствомъ, которое прирождено человѣку и которое называется правовымъ чувствомъ. Такое представленіе о правомъ отношеніи мы называемъ правовоззрѣніемъ (*Anschauung*).²⁾ Сумма правовоззрѣній, понимаемая какъ цѣлое, называется правомъ.³⁾ Господствующая теорія, говоритъ Аффольтеръ, сводитъ право къ понятію императива, нормъ. Но это неправильно: императивъ является лишь слѣдствіемъ уже существующаго правовоззрѣнія; если иногда обязанность и правомочіе (*das Sollen und Dürfen*) возникаютъ какъ слѣдствіе извѣстнаго императива, то всетаки не сама норма устанавливаетъ эту обязанность и доставляетъ правомочіе, но то лицо, которое установило эти нормы (*die rechtsetzende Person*), такъ какъ право состоитъ изъ правовоззрѣній, а правовоззрѣнія суть достояніе лица, а не нормы.⁴⁾ Принужденіе не является существеннымъ элементомъ права. Право начертываетъ планъ для дѣятельности и для разрѣшенія столкновеній; а осуществленіе, примѣненіе этого плана къ дѣлу, имѣетъ съ нимъ лишь внѣшнее соотноше-

1) A. Affolter, Untersuchungen ueber das Wesen des Rechts, 1889, s. 2: „Die Eigenschaft des Richtigen, Rechten, legen wir dem Verhalten bei“.

2) О. с. S. 3. Аффольтеръ, помимо праваго чувства, называетъ еще волю источникомъ правовоззрѣнія, но не указываетъ, каково взаимоотношеніе этихъ двухъ элементовъ, создающихъ правовоззрѣніе—воли и чувства?

3) О. с., S. 7.

4) О. с., S.S. 12—16.

ніе. ¹⁾ Эта теорія Аффольтера является замаскированной, перифразированной теоріей исторической школы: правовое чувство и правовоззрѣніе Аффольтера — это ничто иное какъ народное убѣжденіе исторической школы, но съ отгѣнкомъ теоріи народнаго суверенитета, потому что Аффольтеръ понимаетъ народное убѣжденіе, правовоззрѣніе, какъ сумму правовоззрѣній отдѣльных индивидуумовъ.

Совершенно такія же воззрѣнія на обычное право высказываетъ О т т о Ш т о б б е. Источникъ обычнаго права — народное правовое убѣжденіе, а примѣненіе нормъ играетъ второстепенную роль. Штоббе идетъ въ этомъ отношеніи даже далѣе самого Пухты. Послѣдній признаетъ, что обычное право можетъ иногда образоваться изъ простаго обыкновенія, а Штоббе оспариваетъ это мнѣніе и говоритъ, что такимъ образомъ изъ обыкновенія обычное право никогда не образуется. ²⁾ Подобно Безелеру Штоббе отличаетъ народное право (Volksrecht) и право юристовъ (Juristenrecht) и смотритъ на ихъ взаимоотношеніе совершенно глазами Безелера, хотя самъ сознается, что это различіе не имѣетъ большаго значенія. ³⁾

Изъ не-юристовъ на точкѣ зрѣнія исторической школы стоитъ В и л ь г е л ь м ь В у н д т ь, полагающій, что право и самая государственная власть имѣютъ своимъ источникомъ

¹⁾ О. с., S. 21, 22, 26 Тоже мнѣніе высказываетъ Аффольтеръ въ статьѣ *Der Rechtssatz und seine Geltung*, *Zeitschr. f. pr. u. öff. R.*, 18. Bd. (1891), S.S. 727 ff. Противъ утвержденія Аффольтера, будто принужденіе не является существеннымъ элементомъ права, возражалъ Herzfelder, *Zur neueren Litteratur über das Wesen des Rechts*, *Arch. f. öff. R.*, VII Bd. 2 Heft (1892), и сдѣлалъ небезинтересное маленькое *reductio ad absurdum* идей Аффольтера на стр. 248 этой статьи.

²⁾ O. Stobbe, *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, 3-e Aufl. 1893 (1-e Aufl. 1871), I, S.S. 165, 168—169.

³⁾ O. с., S.S. 172—174.

правовое убѣжденіе и вытекающую изъ него общую волю народа ¹⁾.

Въ 1895 году была издана семнадцатымъ изданіемъ система нѣмецкаго частнаго права Гербера въ новой переработкѣ Конрада Козака, причемъ однако основная точка зрѣнія осталась неизмѣненной: источникъ права есть общее правовое убѣжденіе народа, проявляющееся въ фактическомъ примѣненіи нормъ въ жизни, т. е. проводятся воззрѣнія Пухты ²⁾. Наконецъ, горячимъ сторонникомъ исторической школы является Отто Гирке. Еще въ 1883 году онъ жестоко нападалъ на новое, реалистическое, направленіе въ наукѣ права: голый позитивизмъ, ищущій точки опоры въ исключительно матеріальной силѣ и въ началахъ утилитаризма, никогда не будетъ въ состояніи упрочить надолго свое вліяніе; оно можетъ быть лишь переходною ступенью, интермедіей въ великой драмѣ развитія человѣческаго духа; безъ идеальнаго содержанія наука пуста и бесплодна ³⁾. Въ 1895 году появился учебникъ нѣмецкаго частнаго права Гирке въ «Handbuch» Биндинга. Въ этомъ учебникѣ Гирке весьма настойчиво и послѣдовательно проводитъ точку зрѣнія исторической школы. Объективное право есть совокупность нормъ, выражающихъ народное правовое убѣжденіе и разграничивающихъ сферы свободнаго проявленія воли отдѣльныхъ лицъ ⁴⁾, т. е. по Гирке право есть разграниченіе воль. Но въ противоположность большинству сторонниковъ исторической шко-

1) Wilhelm Wundt, Ueber das Verhältniss des Einzelnen zur Gemeinschaft, Deutsche Rundschau, Bd. LXVIII (Juli—Aug.—Sept. 1891), S. 203.

2) C. F. Gerber, System des deutschen Privatrechts, ... neubearbeitet von Konrad Cosack, 17-e Aufl., 1895, S. 29.

3) Otto Gierke, Naturrecht und Deutsches Recht, 1883, S. 11—12.

4) Otto Gierke, Deutsches Privatrecht, 1895; въ Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft Karl'a Binding'a, I, S. 113, 117, 116; „Das Recht wurzelt in Ueberzeugung. Seine Sätze sind... Vernunftaussagen über die zu einer gerechten Lebensordnung erforderlichen Willensabgrenzungen; „S. 119:“ „Das Recht ist erklärte Ueberzeugung einer Gemeinschaft“.

лы — Гирке не находят возможнымъ опредѣлить право какъ общую волю; если признать право общей волей, то мы должны бы признать его лишь видомъ силы; воля можетъ подчинить себѣ другую волю силой, но никакая воля сама по себѣ не можетъ создать границъ другой волѣ; необходимо *убѣжденіе*, чтобы могло возникнуть право ¹⁾. Право само по себѣ есть сила, но сила внутренняя (*eine innere, nicht äussere Macht*) — поэтому оно нуждается для своего осуществленія въ организованной силѣ; задачу осуществленія права путемъ внѣшняго принужденія беретъ на себя государство ²⁾. Но при этомъ не надо упускать изъ вида, что принужденіе не принадлежитъ къ существеннымъ признакамъ понятія права — многія нормы не могутъ осуществляться принудительно, какъ напримѣръ нормы международного права, нормы права государственнаго, касающіяся дѣятельности высшихъ органовъ. Для понятія права существенно лишь то, что оно *можетъ* осуществляться принужденіемъ ³⁾. Право не есть сила — возможна неправомѣрная сила (или власть) и возможно бессильное право. Но впрочемъ такое противорѣчіе долго не можетъ существовать: велѣнія фактической власти въ концѣ концовъ начинаютъ признаваться за правовыя велѣнія, а право, которое не можетъ осуществляться принудительно, постепенно теряетъ свой характеръ права и такъ сказать умираетъ ⁴⁾. Право, тѣмъ не менѣе, не отождествляется съ силой, оно есть совершенно особенная функція человѣческаго общенія, созданіе народнаго духа, который дѣйствуетъ въ народѣ, какъ цѣломъ, и проявляется въ отдѣльныхъ лицахъ,

1) О. с., I, S. S. 116—117.

2) О. с., I, S. S. 117—118.

3) О. с. I, S, 114.

4) О. с. I, S. 119. Здѣсь нельзя не замѣтить довольно серьезнаго противорѣчія: если право безъ принудительнаго осуществленія теряетъ свой характеръ права, то значитъ моментъ принужденія не можетъ не считаться важнымъ элементомъ понятія права.

как членахъ или органахъ ¹⁾). Право можетъ существовать въ трехъ формахъ—закона, обычнаго права и права юристовъ. Законъ устанавливается государственной властью. Обычное право возникаетъ постепенно изъ фактическаго примѣненія нормъ съ сознаниемъ юридической необходимости. Нѣтъ необходимости полагать, что правовое убѣжденіе возникаетъ ранѣе фактическаго примѣненія нормъ; можетъ быть и наоборотъ—правовое убѣжденіе возникаетъ мало по малу вслѣдствіе долгаго и единообразнаго примѣненія данныхъ нормъ. Обычное право различается какъ народное обычное право и какъ право юристовъ, судебная практика ²⁾).

Своеобразный интересъ представляютъ мысли, которыя излагаетъ *И о с и ф ъ К о л е р ъ* въ одной журнальной статьѣ. Статья написана въ защиту идеальныхъ началъ въ правѣ противъ утилитаризма вообще и утилитарной теоріи права въ особенности—и въ то же время, если взглянуть на разсужденія Колера съ надлежащей точки зрѣнія, во всей этой статьѣ нѣтъ ни одного возраженія противъ утилитарной теоріи. Я буду говорить объ идеалахъ, такъ начинается Колеръ. Право должно стремиться не только къ тому, чтобы сдѣлать человѣка счастливымъ, оно должно возвышать его ³⁾. Не достиженіе счастья даннаго общества въ данную минуту, а обезпеченіе прогресса человѣчества, служеніе цѣлямъ культуры, моральнымъ, эстетическимъ и религіознымъ интересамъ, должно быть нашей задачей вообще и руководящимъ принципомъ въ правѣ въ частности ⁴⁾. И на самомъ дѣлѣ, продолжаетъ Колеръ, мы видимъ, что нравственные, интеллектуальные и духовные интересы дѣйствительно охраняются правомъ неза-

1) O. c. I, S. 119: „... und in den Einzelnen als Gliedern dieses Ganzen sich bethätigt“.

2) O. c., I, S. S. 128, 164, 165, 170, 127, 165.

3) J. Kohler, Die Ideale im Recht, Arch. f. bürg. Recht, 5-er Band (1891), S. 162.

4) O. c., S. 163.

висимо отъ ихъ матеріальной стороны. Неполученіе общанныхъ денегъ послѣ свадьбы—не даетъ права на искъ объ убыткахъ, такъ какъ бракъ не коммерческая сдѣлка; по той же причинѣ не подлежатъ защитѣ правомъ притязанія, возникающія изъ маклерскихъ сдѣлокъ по дѣламъ брачнымъ ¹⁾. По идеальнымъ причинамъ не дѣйствительны договоры о доставленіи служебныхъ мѣстъ и наградъ ²⁾; недѣйствительны договоры, заключаемые съ безнравственной цѣлью ³⁾, договоры о принятіи къмъ либо на себя обязанности отбыть наказаніе за другаго ⁴⁾, недѣйствительны договоры, стѣсняющіе свободу промышленности; ⁵⁾ собственность часто охраняется съ идеальной цѣлью, я могу напримѣръ запретить ходить по моему саду не потому что это вредитъ насажденіямъ, а просто потому, что оскорбляется мое эстетическое чувство ⁶⁾ ⁷⁾. Колеру можно бы возразить въ нѣкоторыхъ частностяхъ, можно бы указать, что не всегда договоры и вообще дѣйствія, нарушающія свободу промышленности—лишены охраны; напримѣръ ради общей пользы могутъ существовать государственныя монополіи, иногда дается признаніе и охрана промышленнымъ синдикатамъ или трестамъ и т. п. Но мы не будемъ входить въ эти мелочи, мы можемъ спокойно согласиться съ Колеромъ, что идеальные интересы человѣческой культуры охраняются и должны охраняться и развитіе ихъ должно поощряться всеми мѣрами; но это нисколько не опровергаетъ утилитарную теорію морали и права. Все указываемыя Колеромъ идеальныя стороны человѣческой культуры развиваются и подбираются какъ полезныя виду качества. Колеръ воюетъ съ вѣт-

1) О. с., S.S. 164—165; 166—169.

2) О. с., S. 187.

3) О. с., S.S. 200, 240.

4) О. с., S. 206.

5) О. с., S.S. 209, 213, 219.

6) О. с., S. 251.

7) На такой же точкѣ зрѣнія стоитъ Колеръ въ ранѣе изданной имъ брошюрѣ—*Das Recht als Kulturerscheinung*, 1885, S. 24—25.

ряными мельницами и его возраженія являются скорѣе аргументами за утилитарную теорію права, чѣмъ противъ нея.

Мы видимъ такимъ образомъ, что традиціи классической исторической школы до сихъ поръ свято хранятся многими очень серьезными учеными.¹⁾ Не смотря на почти цѣлыхъ два десятилѣтія, прошедшія со времени изданія перваго тома «Zweck im Recht» — идеи Геринга еще далеко не общепризнаны и едва ли вскорѣ достигнутъ такого признанія. Это объясняется съ одной стороны тѣми огромными положительными заслугами, которыя имѣеть за собой историческая школа: заслуги эти такъ импонируютъ, что невольно заставляютъ принять возрѣвнїя исторической школы цѣликомъ — отбросить изъ нихъ что либо кажется какъ бы кощунствомъ. Съ другой стороны въ высшей степени вѣрные и прогрессивные взгляды Геринга иногда облакаются у него въ нѣсколько несоответствующую форму: слишкомъ увлекаясь онъ, какъ мы видѣли, иногда впадаетъ въ односторонность, отчего его выводы являются иногда преувеличенными, утрированными. Все это не можетъ не дѣйствовать нѣсколько расколаживающимъ образомъ даже на непредубѣжденнаго читателя, такъ что многими по этой причинѣ Герингъ остался не оцѣненнымъ по достоинству.

Тѣмъ не менѣе за послѣднее время идеи его приобрѣтають все болѣе и болѣе сторонниковъ, къ ознакомленію съ сочиненіями которыхъ мы и переходимъ.

1) Кромѣ перечисленныхъ писателей сторонниками исторической школы являются Grünckmann, Brandis и Böhlau, сочиненій которыхъ мнѣ не удалось достать и которыхъ я вълѣдствіе того цитирую по Zittmann'у, Arch. f. Civ. Praxis, 66 Bd. (1883) „Gewohnheitsrecht und Irrthum“, S.S. 376, 378, и по Sturm'у, Der Kampf, S. 4, Anm¹⁾. Сюда же относится теологизирующій юристъ Ш т а л ь.

Глава 8-я.

Послѣ „Kampf um's Recht“ и „Zweck im Recht“

Переходныя воззрѣнія.

Весьма рѣдко случается, что какая нибудь точка зрѣнія сразу устанавливается въ наукѣ и получаетъ всеобщее признаніе. Напротивъ, чаще всего новымъ воззрѣніямъ приходится пробивать себѣ дорогу, постепенно преодолевая сопротивленіе, и завоевывать мало по малу поле распространенія. Не составляютъ исключенія и взгляды Геринга. Мы познакомились съ мнѣніями ученыхъ, не подчиняющихся авторитету Геринга; теперь намъ предстоитъ перейти къ его сторонникамъ. Но прежде слѣдуетъ обратить вниманіе, что есть нѣсколько писателей, которые лишь отчасти усвоили себѣ взгляды Геринга, отчасти же остаются при старыхъ воззрѣніяхъ; эти писатели весьма интересны, потому что они какъ бы невольно, нехотя поддаются дѣйствию идей Геринга и тѣмъ конечно свидѣтельствуютъ, насколько велико и неотразимо ихъ вліяніе.

Уже въ 1877 году Пауль Мюллеръ заявлялъ рѣшительное намѣреніе слѣдовать реалистической методѣ, основывающейся не на свойственномъ вообще нѣмцамъ стремленіи выводить научныя законы изъ высшихъ спекулятивныхъ идей, а на наблюденіи фактовъ дѣйствительности.¹⁾—но не выдер-

¹⁾ Paul Müller, Die Elemente der Rechtsbildung und des Rechts. Zur Grundlegung für die Realistische Begründung des Rechts. 1877, S. 8, 14.

жалъ эту методу вполнѣ и впалъ до извѣстной степени въ осуждаемый имъ способъ апріористическихъ построений.— Жизнь человѣка, говоритъ онъ, есть борьба за существованіе. Вслѣдствіе жизни въ постоянномъ общеніи въ людяхъ постепенно вырабатываются одинаковыя понятія о нормальной или правильной постановкѣ взаимныхъ отношеній.¹⁾ Такъ возникаютъ первыя правоположенія, познаются судьями и распространяются, примѣняясь въ жизни, причемъ слѣдуетъ замѣтить, что правоположенія эти не создаются а ргіогі, а извлекаются абстракціей изъ жизненныхъ отношеній. Иногда судьи примѣняютъ возникшія въ народѣ нормы; иногда нормы, созданныя судьями, проникаютъ впослѣдствіи въ жизнь и регулируютъ отношенія помимо судовъ.²⁾ Но такъ какъ образованіе права въ народѣ и въ судахъ происходитъ медленно и иногда даже теряетъ характеръ единообразнаго и нормальнаго развитія, то государство постепенно сосредоточиваетъ правообразовательную функцію въ своихъ рукахъ.³⁾ Но всетаки, говоритъ Мюллеръ—и этимъ начинается рядъ его противорѣчій— право создаваемое законодательствомъ покоится на общемъ правовомъ убѣжденіи народа,⁴⁾ чему доказательствомъ служатъ примѣры отмѣны законовъ обычнымъ правомъ.⁵⁾ Однако мы не можемъ такое доказательство признать убѣдительнымъ: обычное право отмѣняетъ иногда законъ, потому что, какъ и всякій человѣкъ вообще, законодатель можетъ ошибаться. Но замѣна одной формы права другою еще не означаетъ тождественности въ основахъ

¹⁾ О. с., S. 61, 65.

²⁾ О. с., S. 67. Ясно, что здѣсь Мюллеръ говоритъ о судебныхъ обычаяхъ; а въ другомъ мѣстѣ (S. 435) онъ отрицаетъ возможность возникновенія судебныхъ обычаевъ.

³⁾ О. с., S. 70.

⁴⁾ О. с., S. 71: „Auch das von der Gesetzgebung erzeugte Recht.... ruht auf der allgemeinen Rechtsüberzeugung der Volksgemeinschaft“.

⁵⁾ О. с., S. 71.

той и другой; и вѣдь самъ Мюллеръ указывалъ, что образованіе права въ нѣдрахъ народа, и даже въ классѣ юристовъ, постепенно вытѣсняется законодательствомъ — вслѣдствіе серьезныхъ своихъ недостатковъ. А ниже онъ прямо называетъ народное убѣжденіе, народный духъ — элементомъ незрѣлымъ, полнымъ противорѣчій.¹⁾ Самыя воззрѣнія его на процессъ образованія права изъ народного духа также полны противорѣчій. Въ одномъ мѣстѣ онъ говоритъ, что люди къ дѣятельности побуждаются потребностями, рождающими интересы. Дѣятельностью силъ и обстоятельствъ (durch das Fortwirken der Kräfte und Dinge), опредѣляющихъ человѣческія взаимоотношенія, создается извѣстный порядокъ въ человѣческомъ обществѣ, регулируемый правомъ.²⁾ Поэтому говоритъ далѣе Мюллеръ, подъ понятіемъ народного духа не слѣдуетъ разумѣть что-либо таинственное или метафизическое; народный духъ — это общность психическихъ свойствъ въ членахъ данной націи, основанная на общности цѣлей, потребностей и интересовъ.³⁾ А въ другихъ мѣстахъ той же книги онъ оставляетъ эту реалистическую, утилитарную точку зрѣнія и не только слѣдуетъ исторической школѣ, но даже ударяется въ метафизическій апріоризмъ. Напримеръ, онъ говоритъ о безсознательномъ возникновеніи обычнаго права (naturwüchsige, unbewusste Entstehung);⁴⁾ рядомъ же съ этимъ говоритъ, что источникъ обычнаго права лежитъ не въ народномъ убѣжденіи и не въ фактическомъ примѣненіи нормъ, а въ соотношеніи нормъ обычнаго права съ объективной правдой;⁵⁾ а эта объективная правда (das reale Rechte) опредѣляется Мюллеромъ то какъ порядокъ

1) О. с., S. 204: „der Volksgeist. . . . ein unfertiges, widerspruchvolles Gebilde ist“.

2) О. с., S. 73—74.

3) О. с., S. 188.

4) О. с., S. 427.

5) О. с., S. 428 (..... as reale Rechte.....)

общежитія, сдѣлавшійся для людей привычнымъ,¹⁾ то уже какъ нѣчто совершенно метафизическое, какъ какой-то высшій порядокъ.²⁾

Къ числу писателей переходнаго характера долженъ быть отнесенъ Эрнстъ Рудольфъ Бирлингъ, не потому, что онъ выставилъ теорію, въ которой частью повторылись бы идеи исторической школы, частью же приняты были бы воззрѣнія Геринга, а потому, что стремясь создать совершенно оригинальную теорію, этотъ несомнѣнно высокообразованный и талантливый юристъ первоначально выставилъ, самъ того не сознавая, теорію весьма близкую къ теоріи исторической школы; а впослѣдствіи отступился отъ этого первоначальнаго взгляда и придалъ своей теоріи совершенно иной смыслъ—на этотъ разъ весьма сходный съ формулой «сила есть право».

Въ изданномъ въ 1877 году первомъ томѣ «Kritik der juristischen Grundbegriffe» Бирлингъ опредѣляетъ право какъ совокупность нормъ, служащихъ правилами для совмѣстной жизни опредѣленной группы людей, и предпринимаетъ изслѣдованіе вопроса, въ чемъ лежитъ основа обязательной силы правовыхъ нормъ? Воззрѣнія различныхъ ученыхъ на этотъ предметъ могутъ быть сведены въ двѣ группы; первая группа исходитъ изъ понятія о субъектѣ, устанавливающемъ нормы, вторая исходитъ изъ самаго понятія о нормахъ.³⁾ Въ первой группѣ Бирлингъ различаетъ три направленія—теократическое, натуралистическое и идеалистическое. Натуралистическое воззрѣніе признаетъ, что право устанавливается властью; Бирлингъ опровергаетъ это воззрѣніе разсужденіемъ, что фак-

¹⁾ О с., S. 65.

²⁾ О, с., S. 152—153: „die höhere Ordnung..... ist nicht abhängig von der Nothwendigkeit.....“ На стр. 158 онъ говоритъ объ „имманентныхъ“ нормахъ, регулирующихъ міровой порядокъ.

³⁾ E. R. Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Erster Band, 1877, S. 19.

тической силы недостаточно для созданія права, такъ какъ въ противномъ случаѣ всякія самыя тяжкія преступленія, какъ грабежъ, изнасилованіе и т. п., пришлось бы признать правовыми дѣйствіями.¹⁾ Идеалистическое воззрѣніе, принимающее, что право творится народнымъ духомъ, покоится на несомнѣнно произвольномъ постулатѣ—будто есть какой-то самостоятельно существующій народный духъ, отдѣльный отъ душъ индивидуумовъ.²⁾—Во второй группѣ Бирлингъ различаетъ также три воззрѣнія—обосновывающее право на общей волѣ или убѣжденіи; на внѣшнемъ принужденіи; и выводящее право изъ понятія нравственности. Первое воззрѣніе представляется въ трехъ видахъ: а) Договорная теорія, сводящая все право къ постулату обязательности договоровъ; между тѣмъ доказано, что на примѣрѣ въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ обязательность договоровъ, какъ общій принципъ, не признавалась.³⁾ б) Теорія народнаго суверенитета, которую также нельзя признать правильной. Единогласное выраженіе воли народа невысказано; но разъ поднимается вопросъ о большинствѣ, то мы вправѣ спросить,—почему же большинство обязываетъ меньшинство? и какое большинство должно обязывать?⁴⁾ Наконецъ, факты убѣждаютъ насъ, что обязываетъ обыкновенно меньшинство, а большинство обязывается. в) Историческая школа, сторонники которой учатъ, что право создается народнымъ убѣжденіемъ. Народное убѣжденіе, говоритъ Бирлингъ, не можетъ создать права, потому что понятіе народа предполагаетъ уже существованіе права. Какъ бракъ не можетъ считаться основой семьи, потому что бракъ предполагаетъ уже существованіе извѣстныхъ нормъ права, возникшихъ именно въ семьѣ, такъ и народъ долженъ считаться продук-

1) О. с., I, S.S. 42, 44.

2) О. с., I, S.S. 61, 65.

3) О. с., I, S. 76.

4) О. с., I, S.S. 78, 79, 80.

томъ, а не источникомъ нормъ права. ¹⁾ — Признавая правильной критику Бирлинга относительно договорной теоріи и теоріи народного суверенитета, мы не можемъ однако согласиться съ разсужденіемъ Бирлинга объ исторической школѣ. Это разсужденіе не выдерживаетъ никакой критики. Если согласиться, что народъ создается правомъ, то придется признать право за нѣчто имманентное, само по себѣ существующее, придется удариться въ теорію естественнаго права; поэтому непременно надо признать, что народъ, люди, создаютъ право—но какъ? Этотъ вопросъ требуетъ разрѣшенія. Да и самъ Бирлингъ, какъ увидимъ ниже, въ своей теоріи признанія (*Anerkennung*) въ сущности воспроизводитъ ни что иное, какъ теорію народного убѣжденія.—Противъ втораго воззрѣнія, обосновывающаго право на внѣшнемъ принужденіи, Бирлингъ повторяетъ ужѣ ранѣе сказанное, что сила сама по себѣ не есть право и не можетъ создать права. Стоитъ лишь предположить, продолжаетъ Бирлингъ, что всѣ стали добровольно исполнять предписанія права, и мы сейчасъ увидимъ, что не принужденіе создаетъ право. ²⁾ Наконецъ, мы видимъ, говоритъ онъ, что на примѣръ нормы государственнаго права часто не подлежатъ принудительному осуществленію. ³⁾ Третье воззрѣніе, выводящее право изъ нравственности, Бирлингъ опровергаетъ указаніемъ, что нормы права отличаются отъ нормъ нравственности признаніемъ со стороны членовъ даннаго общественнаго союза. ⁴⁾ Какъ будто нормы нравственности такимъ признаніемъ не пользуются! И кромѣ того, эта ссылка на признаніе, какъ отличительный признакъ права, есть *petitio principii*, такъ какъ разбираемая книга Бирлинга посвящена именно выводу, что обязательная сила права основывается на признаніи со стороны членовъ общества.

¹⁾ О. с., I, S.S. 90, 93, 98—99.

²⁾ О. с., I, S.S. 140, 143, 144, 145.

³⁾ О. с., I, S. 147.

⁴⁾ О. с., I, S. 170.

Отвергнувъ всё теоріи обязательности нормъ права, Бирлингъ излагаетъ свою теорію—состоящую въ голословномъ утвержденіи, что обязательная сила нормъ права основывается на признаніи ихъ со стороны слагающихъ данную общественную группу индивидуумовъ. ¹⁾ Для читающаго въ первый разъ «Kritik» Бирлинга, при ознакомленіи съ первымъ томомъ не возникаетъ никакого сомнѣнія, что авторъ употребляетъ слово «признаніе» (Anerkennung) въ прямомъ общеупотребительномъ смыслѣ. Но такъ какъ позднѣе, во второмъ томѣ «Kritik», и еще позднѣе въ «Juristische Prinzipienlehre», Бирлингъ придаетъ термину «Anerkennung» совершенно иной смыслъ и заявляетъ, что и ранѣе, въ первомъ томѣ «Kritik», онъ употреблялъ этотъ терминъ въ томъ же смыслѣ. —мы должны нѣсколько подробнѣе разсмотрѣть значеніе, которое Бирлингъ придаетъ этому термину въ разбираемой нами первой части «Kritik». Вышеприведенныя цитаты ясно выражаютъ мысль Бирлинга; но если мы обратимся къ тѣмъ разъясненіямъ, которыя онъ даетъ своей теоріи по поводу предполагаемыхъ и возможныхъ возраженій, то не останется никакого сомнѣнія въ томъ, что подъ «Anerkennung» въ первомъ томѣ «Kritik» Бирлингъ понимаетъ именно «признаніе», а не что либо иное. Противъ теоріи признанія сразу является возраженіе—неужели же нормы права обязательны для каждаго человѣка лишь постольку и дотолѣ, поскольку и доколѣ онъ ихъ признаетъ? Имѣя въ виду такое возраженіе, Бирлингъ говоритъ, что въ большинствѣ случаевъ, когда поверхностное наблюденіе мо-

¹⁾ O. c., I, S. 12: нормы права—это тѣ нормы, которыя... „als Regel des staatlichen Lebens seitens der Staatsgenossen fortgesetzt anerkannt werden“; S. 82: „Es ist endlich speciell als rechtliche Anerkennung die Anerkennung gewisser Grundsätze innerhalb eines gewissen Kreises und zwar als Normen des Zusammenlebens bezeichnet worden“; S.S. 113, 121; S. 138: „Nach alledem können auch Staatsgesetze nur verpflichtende Kraft haben, weil und soweit sie als bindende Gemeinschaftsnormen anerkannt sind von den Staatsgenossen“.

жетъ привести къ заключенію, будто во многихъ случаяхъ признаніе нормъ отсутствуетъ, на самомъ дѣлѣ существуетъ лишь противодѣйствіе, противоположеніе нормамъ, пользующимся не смотря на это признаніемъ.¹⁾ Но такъ какъ это не представляется исчерпывающимъ опроверженіемъ указаннаго возраженія, то Бирлингъ вынужденъ былъ допустить, что достаточно признанія одного положенія «законамъ надо повиноваться», чтобы всѣ остальные нормы права считать разъ на всегда уже признанными.²⁾ Это допущеніе въ сущности опровергаетъ теорію Бирлинга: вѣдь это единственное положеніе, «законамъ надо повиноваться», можетъ быть внушено силою, что же останется тогда отъ Бирлинговскаго «Anerkennung»? А вѣдь Бирлингъ самъ допускаетъ, что признаніе можетъ быть и вынужденнымъ и даже безсознательнымъ.³⁾ Вынужденное признаніе въ связи съ оговоркой Бирлинга, что достаточно признать лишь одно указанное положеніе, чтобы всѣ нормы права были признаны, ведетъ къ отрицанію самой теоріи Бирлинга; *безсознательное же признаніе* есть явное *contradictio in adjecto*.⁴⁾ Наконецъ, помимо всѣхъ прочихъ соображеній, «признаніе» Бирлинга ничѣмъ не отличается отъ «народнаго убѣжденія» исторической школы, противъ котораго Бирлингъ такъ возстаетъ.

Сознавая всю неудачность своей теоріи признанія, Бирлингъ во второмъ томѣ «Kritik der Juristischen Grundbegriffe» и въ «Juristische Prinzipienlehre» отказался отъ первоначаль-

1) О. с., I, S. 135: „nur ein Zuwiderhandeln, Zuwiderbehaupten gegen gleichzeitig dennoch anerkannte Normen...“ Т. е. здѣсь у Бирлинга какъ бы проглядываетъ идея борьбы за право.

2) О. с., I, S. S. 135—136, 138.

3) О. с., I, S. 82: Auch die unfreiwillige Anerkennung ist noch Anerkennung und zwar umfasst dieselbe nicht nur die abgenöthigte, erzwungene, sondern auch die unbewusste, unwillkürliche Anerkennung“.

4) Это замѣчено напр. Aguiléra, L'idée du droit en Allemagne, p. 306. Во 2-мъ томѣ „Kritik“ Бирлингъ, очевидно сознавая это, говоритъ, что „unbewusst“ есть слабая степенъ „des Bewusstseins“. „Kritik“, II, S. 359.

наго взгляда и заявилъ, что «Anerkennung» онъ принимаетъ въ томъ смыслѣ, какъ это понимается въ словахъ «Anerkennung der Wahrheit»¹⁾, т. е. по-русски въ смыслѣ *усвоенія*. Утвержденіе, что достаточно признанія одного положенія, «законамъ надо повиноваться», чтобы всѣ нормы оказались тѣмъ самымъ признанными, Бирлингъ здѣсь толкуетъ какъ логическую необходимость признать выводы, разъ посылки признаны.²⁾ Это «усвоеніе» можетъ быть и безсознательное и даже вынужденное.³⁾—Но вѣдь такимъ образомъ, если принять, какъ было говорено нами выше при разборѣ перваго тома «Kritik», что достаточно усвоить одно правоположеніе, чтобы и всѣ остальные оказались усвоенными, и если принять цитированное мнѣніе Бирлинга, что усвоеніе этого одного положенія можетъ воспослѣдовать вслѣдствіе принужденія—то окажется, что теорія Бирлинга признаетъ силу правомъ. А вѣдь самъ Бирлингъ такъ горячо противъ этого возражаетъ и принужденіе не считаетъ даже существеннымъ элементомъ права.—Помимо этого противорѣчія, Бирлингъ впадаетъ въ другія подобныя. Напримѣръ, въ «Prinzipienlehre», придавая «Anerkennung» смыслъ «усвоенія», онъ въ одномъ мѣстѣ говоритъ, что норма права является содержаніемъ правообязанности для даннаго индивидуума, поскольку онъ её призналъ актомъ своей воли.⁴⁾ А ранѣе, какъ мы видѣли, онъ это отвергалъ.⁵⁾

1) Kritik der Juristischen Grundbegriffe, II, S. 257—359; Juristische Prinzipienlehre, S. 42.

2) Kritik, II, S. 359: „Wer die Prämissen anerkennt, anerkennt auch die Consequenzen“. Въ Prinzipienlehre онъ называетъ это „indirecte Anerkennung“, S. 46, 112.

3) Prinzipienlehre, S. 47; 45—46: „....Auch diejenige Normen-Anerkennung, die mit Gewalt abgerungen ist, muss als wahre Rechtsanerkennung crachtet werden“.

4) Prinzipienlehre, S. 171: „Eine Rechtsnorm erscheint dem Rechtsgenossen als Inhalt seiner Rechtspflicht, sofern er diese Norm als seinem eigenen Wille anerkannte weiss“.

5) См. выше, стр. 144, примѣч. 1).

Настолько теорія «Anerkennung» Бирлинга темна и неудовлетворительна, что напримѣръ Беккеръ въ статьѣ, посвященной разбору перваго тома «Kritik», признавъ эту теорію правильной, тѣмъ не менѣе тотчасъ же, повидимому безсознательно, видоизмѣнилъ её до неузнаваемости. Есть, говорить онъ, два рода права—право охраненное (напр. частное право) и право неохранный (напримѣръ международное); первое основывается на безвозвратномъ признаніи его, второе на факультативномъ (irrevocable und revocable Anerkennung); безвозвратное признаніе онъ называетъ подчиненіемъ (Untergewfung).¹⁾ Но вѣдь подчиненіе можетъ основываться, какъ сказано, исключительно на силѣ. Что же станется съ признаніемъ?

Слѣдующій писатель изъ числа составляющихъ какъ бы переходную группу между сторонниками исторической школы и послѣдователями Иеринга—Августъ Тонъ. Право онъ называетъ общей волей, выражающейся въ рядѣ велѣній.²⁾ Но воля эта направлена къ охранѣ интересовъ: не послушаніе само по себѣ требуется правомъ, ему дороги послѣдствія послушанія въ интересахъ общества.³⁾ Сходясь съ Иерингомъ въ этомъ взглядѣ на интересъ какъ на основу права, Тонъ кореннымъ образомъ расходится съ нимъ по вопросу о значеніи момента принужденія (въ подробности мы здѣсь не входимъ, такъ какъ этимъ вопросомъ мы будемъ имѣть случай серьезно заняться въ третьей части нашей книги). «Цѣль въ правѣ» въ это время была уже издана, но Тонъ во многихъ отношеніяхъ не соглашается съ Иерингомъ и въ частности именно въ вопросѣ о значеніи принужденія.⁴⁾ Въ этомъ же смыслѣ, противъ признанія принужденія существеннымъ эле-

¹⁾ Bekker, Ueber den Rechtsbegriff, Zeitschr. f. vergl. R.-Wiss., I Bd. (1878), S.S. 110, 111, 113.

²⁾ A. Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, 1878, S.S. 1, 3.

³⁾ O. c., S.S. 3, 4.

⁴⁾ O. c., S.S. 5--7; 19.

ментомъ права, Тонъ еще разъ высказывается въ одной статьѣ, напечатанной въ 1880 году.¹⁾ Брунсъ также долженъ быть отнесенъ къ этой группѣ. Онъ расходится съ Герингомъ, потому что совершенно отрицаетъ утилитарный принципъ въ правѣ; право ничего общаго не имѣетъ съ вопросомъ о благосостояніи людей.²⁾ Но въ то же время онъ далеко не согласенъ и съ точкой зрѣнія исторической школы. Право, говоритъ онъ, нельзя выводить изъ народнаго убѣжденія.³⁾ Завоеватель и узурпаторъ могутъ создать право—но гдѣ же тутъ народное убѣжденіе? Это ошибочное мнѣніе о происхожденіи права изъ народнаго убѣжденія, продолжаетъ Брунсъ, ведетъ къ ложному заключенію, будто законъ есть средство познанія права (Erkenntnissmittel), а не источникъ его.⁴⁾ А далѣе Брунсъ говоритъ, впадая совершенно въ тонъ исторической школы, что право возникаетъ произвольно, по внутренней необходимости, изъ національнаго правоваго чувства, что процессъ его образования есть наивное примѣненіе нормъ силою національнаго правоваго сознанія.⁵⁾ Эдуардъ Хельдеръ въ учебникѣ пандектъ говоритъ, что право возникаетъ двоякимъ путемъ: изъ дѣятельности и взаимоотношеній отдѣльныхъ лицъ—это будетъ правообразование оригинальное (обычное право); или правообразование является производнымъ—черезъ дѣятельность особыхъ органовъ (законъ). Въ противоположность производному—оригинальное правообразование является произвольнымъ; Хельдеръ отрицаетъ значеніе первичной сдѣлки и первичнаго судебнаго рѣшенія въ дѣлѣ правообразования; онъ

1) A. Thon, Der Rechtsbegriff, Zeitschr. f. priv. u. öff. Recht, 7-er Bd. (1880), S.S. 242—248.

2) C. G. Bruns, Das heutige Römische Recht, въ Encyclopaedie Holtzendorf'a, 1890, S. 434: „Das Recht ist an sich unabhängig von der öffentlichen Wohlfart und für die Anwendung des bestehenden Rechts hat man sogar den Satz aufgestellt: „fiat justitia, pereat mundus!“

3) O. c., S. 435.

4) O. c., S. 436.

5) O. c., S.S. 437, 438.

говорить, что всякая сдѣлка и всякое судебное рѣшеніе не могутъ основываться ни на чемъ иномъ, какъ на существующихъ уже нормахъ. ¹⁾ Но мы этотъ вопросъ будемъ подробно разсматривать и убѣдимся, что это не такъ. Говоря объ обычномъ правѣ, признавая его возникновеніе за произвольное, Хельдеръ однако отрицаетъ всякое значеніе народнаго праваго убѣжденія (*opinio necessitatis*), какъ источника обязательности обычнаго права. Обязательность обычнаго права есть слѣдствіе примѣненія его нормъ; люди начинаютъ чувствовать необходимость примѣненія данныхъ нормъ единственно потому, что онѣ примѣняются постоянно въ этомъ фактѣ и лежитъ специфическій характеръ обычнаго права; такое сознание необходимости примѣнять данную норму въ силу самаго факта предшествующаго примѣненія—мало по малу превращается въ правовое сознание. ²⁾ Слѣдующій писатель этой группы, Фердинандъ Регельсбергеръ, говоритъ, что право есть продуктъ человѣческаго духа; не духа отдѣльныхъ людей, а духа цѣлаго общества; и не духа общества всѣхъ людей, а духа отдѣльныхъ большихъ союзовъ, на которые дѣлится человечество. Право возникаетъ вслѣдствіе присущаго людямъ стремленія къ порядку въ обществѣ, а самое содержаніе нормъ, регулирующихъ этотъ порядокъ, опредѣляется интересами общества. ³⁾ Регельсбергеръ какъ бы приближается къ воззрѣніямъ Геринга, говоря, что хотя существуютъ права неосуществимыя принужденіемъ, на примѣръ нормы права международнаго, но что тѣмъ не менѣе принужденіе есть существенный элементъ права, что вся-

¹⁾ Eduard Hölder, Pandekten, 1891, S. 27, 28.

²⁾ О. с., S. 30. Это воззрѣніе совершенно правильно—какъ мы увидимъ впоследствии. Въ этомъ смыслѣ Хельдеръ говоритъ въ „Ueber die Natur des Rechts“, 1891, что общая воля опредѣляется волей отдѣльныхъ личностей, S. 9.

³⁾ Regelsberger, Pandekten, 1893; въ Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, Binding'a, S. 59.

кое право стремится къ принудительности, что неосуществимыя принудительнымъ порядкомъ права суть права несовершенноя. ¹⁾ Въ ученіи объ обычномъ правѣ онъ принимаетъ теорію исторической школы, указывая на правовое убѣжденіе и фактическое примѣненіе нормъ, какъ на условія возникновенія обычнаго права. ²⁾ А по отношенію къ закону напротивъ отрицаетъ всякое значеніе народнаго убѣжденія, такъ какъ законодатель по многимъ вопросамъ часто не могъ бы найти народнаго убѣжденія, которое онъ желалъ бы взять въ качествѣ содержанія для издаваемаго закона. ³⁾

Къ переходной группѣ также долженъ быть отнесенъ Георгъ Френцель. Книга Френцеля посвящена изслѣдованію о томъ, что такое положительное право. Начинается это изслѣдованіе съ обычнаго права. Въ качествѣ признаковъ обычнаго права, говоритъ онъ, указываются слѣдующіе:

Правовая норма (Rechtssatz);

Правовое убѣжденіе (opinio necessitatis);

Отсутствіе ошибки (Abwesenheit von Irrthum);

Рядъ дѣйствій членовъ общества (Uebung der Gemeinschaftsgenossen);

Единообразіе и продолжительность этихъ дѣйствій (Gleichförmigkeit und Dauer der Uebungshandlungen);

Разумное содержаніе (Rationabilität);

Соизволеніе законодателя (Genehmigung des Gesetzgebers). ⁴⁾

Но, говоритъ Френцель, всѣ эти признаки несущественны, кромѣ факта наличности извѣстныхъ дѣйствій (Uebung). ⁵⁾

¹⁾ О. с., S. 63.

²⁾ О. с., S. 94.

³⁾ О. с., S. 85.

⁴⁾ G. Frenzel, Recht und Rechtssätze, 1892, S. 11.

⁵⁾ До сихъ поръ слово „Uebung“ я переводилъ какъ „фактическое примѣненіе нормъ“, какъ всѣ писатели это понимаютъ; но Френцель утверждаетъ, что нормы не являются существеннымъ признакомъ права (!), почему для изложенія его воззрѣній я долженъ былъ принять другой переводъ.

Наличность нормъ не принадлежитъ къ числу существенныхъ признаковъ права. ¹⁾ Положенія, правила, нормы (Sätze, Regeln, Normen) суть сочетанія представленій и какъ таковыя дѣйствительно существуютъ только въ представляющей душѣ. Въ явленіяхъ внѣ души человѣческой—правила не существуютъ. ²⁾ Въ душѣ человѣческой, въ свою очередь, правила существуютъ не какъ чувства, потому что въ чувствахъ нѣтъ представленій а слѣдовательно и сочетаній представленій; между тѣмъ правила суть именно сочетанія представленій. ³⁾ Мы знаемъ, продолжаетъ Френцель, что исчерпывающее знаніе нормъ права въ настоящее время является лишь достояніемъ класса юристовъ, да и тѣ, впрочемъ, едва ли имѣютъ дѣйствительно исчерпывающее знаніе нормъ права, такъ какъ ученая разработка права еще продолжается и слѣдовательно не все еще намъ извѣстно. ⁴⁾ Значить—право и совокупность правовыхъ нормъ не тождественны, т. е. нормы не суть необходимый признакъ права. ⁵⁾

Здѣсь мы сразу должны заявить о полной невозможности присоединиться къ мнѣнію Френцеля. Основоположеніе его, что правила существуютъ лишь въ душѣ чловѣка какъ сочетанія представленій, высказано имъ голословно и не выдерживаетъ критики. Право есть общественный порядокъ, т. е. извѣстное единообразіе въ дѣятельности людей, характеризуемое опредѣленными признаками. Этотъ порядокъ устанавливается или самъ собою или создается намѣренно, прямыми предписаніями поступать извѣстнымъ образомъ. Въ первомъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ обычнымъ правомъ, во второмъ—съ законодательствомъ. Изучая обычное право, какъ общественный

1) O. c., S. 5: „die Rechtssätze nicht zum Wesen des Rechts gehören“.

2) O. c., S. 1.

3) O. c., S. 2.

4) O. c., S.S. 3—4.

5) O. c., S.S. 3, 5.

порядокъ, мы замѣчаемъ въ немъ извѣстное единообразіе и это подмѣченное нами единообразіе мы выражаемъ нормами. Слѣдовательно мы въ правѣ сказать, что нормы являются существеннымъ признакомъ обычнаго права, потому что онѣ суть ничто иное какъ выраженіе извѣстнаго единообразія, присущаго явленіемъ обычнаго права. Конечно мы не будемъ утверждать, что норма права всегда присутствуетъ въ сознаніи людей, ее примѣняющихъ, но мы утверждаемъ, что въ обычно-правовыхъ дѣйствіяхъ нормы всетаки примѣняются. Пѣвецъ напимѣръ знаетъ, какъ надо пѣть, и *умѣетъ* пѣть, но физиологическіе процессы, происходящіе при этомъ въ его горлѣ и съ точностью по желанію имъ въ любой моментъ воспроизводимые, ему самому могутъ быть совершенно неизвѣстны. Такъ же и человекъ, поступающій по обычному праву, примѣняетъ извѣстный порядокъ дѣйствій и порядокъ этотъ нами формулируется въ видѣ нормы, хотя можетъ быть самъ примѣняющій и не въ состояніи этого сдѣлать.

Обращаясь къ закону, мы видимъ, что посредствомъ законодательства создается людьми извѣстный правовой порядокъ путемъ предписаній дѣйствовать въ опредѣленныхъ обстоятельствахъ извѣстнымъ образомъ; слѣдовательно въ этомъ случаѣ мы безъ всякаго сомнѣнія должны признать нормы существеннымъ признакомъ права, такъ какъ правовой порядокъ самымъ существованіемъ своимъ обязанъ этимъ нормамъ. — Разъ же мы отвергли утвержденіе Френцеля, будто нормы, правила, существуютъ лишь въ познающей душѣ человека, то и его мнѣніе — что правоположеніе, норма, не есть признакъ обычнаго права — само собою падаетъ.

Отвергнувъ — и какъ мы видимъ весьма неудачно — первый признакъ, Френцель переходитъ къ другимъ. Правовое убѣжденіе, какъ признакъ обычнаго права, онъ отвергаетъ на томъ основаніи, что обычное право примѣняется не вслѣдствіе обсужденія въ каждомъ данномъ случаѣ, какъ надо поступить, а по ассоціаціи идей, причемъ психическій процессъ

не идетъ выше простаго чувства и не принимаетъ, слѣдовательно, форму убѣжденія, *opinio necessitatis*.¹⁾

И съ этимъ положеніемъ Френцеля нельзя согласиться, но критику его мы отложимъ, ради удобства, до критики признака «*Uebung*».

Признакъ отсутствія ошибки въ обычномъ правѣ, говоритъ Френцель, не существенъ, такъ какъ вопросъ объ ошибкѣ есть вопросъ о примѣненіи, а не о сущности права. Требованіе разумности содержанія Френцель также отвергаетъ на томъ основаніи, что задача его изслѣдованія — разсужденіе о томъ, что обычное право *есть*, а не о томъ, чѣмъ оно *должно быть*. Соизволеніе законодателя также не можетъ считаться признакомъ обычнаго права, потому что исторія доказываетъ намъ возможность возникновенія обычнаго права и безъ соизволенія законодателя.²⁾

Противъ этихъ возрѣній Френцеля мы не будемъ возражать. Мы съ нимъ соглашаемся, хотя — какъ это видно будетъ ниже — по первымъ двумъ пунктамъ и не вслѣдствіе тѣхъ соображеній, которыя высказываетъ Френцель.

Такимъ образомъ, продолжаетъ онъ, нами отвергнуты всѣ признаки, которыми пытаются характеризовать обычное право, кромѣ признака наличности извѣстныхъ дѣйствій (*Uebung*);³⁾ только «*Uebung*» является необходимымъ призна-

1) О. с., S. 19.

2) О. с., S.S. 20—21.

3) Здѣсь я не могу не указать еще на одну логическую уловку, которую Френцель дѣлаетъ для доказательства, что норма не есть признакъ права; онъ употребляетъ слово „*Uebung*“ безъ дополненія (если другіе авторы употребляютъ это слово также, то дополненіе „нормѣ“ у нихъ всегда подразумѣвается); по русски мы не можемъ сказать „упражненіе, употребленіе, примѣненіе“ безъ дополненія, а по нѣмецки это можно. Но такое словоупотребленіе даетъ поводъ къ недоразумѣнію. Если бы мы задались вопросомъ — „примѣненіе“ *чего?* — то должны были бы отвѣтить „нормѣ“ или „единообразнаго порядка дѣйствій“ и сразу видѣли бы, что признакъ нормы въ обычномъ правѣ отвергать нельзя. А разъ можно подобнаго вопроса избѣжать, то можно, при желаніи, дѣлать нелѣпое заявленіе, будто обычное право заключается въ „*Uebung*“, не упоминая о содержаніи этого „*Uebung*“.

комъ обычнаго права, а всѣ остальные—нѣтъ, въ томъ числѣ и правовое убѣжденіе. При намѣренныхъ дѣйствіяхъ (bei dem spontanen Handeln), говоритъ Френцель, совершаются извѣстные процессы въ области чувства и мысли, является представление объ извѣстныхъ обстоятельствахъ во внѣшнемъ мірѣ, вызывающее въ насъ сужденіе и соответствующее дѣйствіе. Но при дѣятельности въ силу обычая (bei dem gewohnheitsmässigen Handeln) мыслительный процессъ отпадаетъ и на его мѣсто становится простая ассоціація представлений, такъ что извѣстное событіе немедленно и непосредственно вызываетъ въ насъ опредѣленную реакцію. Процессы въ области чувства могутъ при этомъ наблюдаться, но могутъ и отсутствовать; напримѣръ они несомнѣнно отсутствуютъ въ обычаяхъ подавать въ извѣстные дни опредѣленные кушанья. Слѣдовательно даже чувство не является признакомъ, существеннымъ для понятія обычнаго права.¹⁾ Значить—обычай и обычное право между собою ничѣмъ не отличаются.²⁾ Въ этомъ отношеніи Френцель послѣдовательнѣе Адикеса и Циттельмана, которые отвергаютъ признакъ праваго убѣжденія за обычнымъ правомъ, но отрицаютъ разницу между обычаемъ и обычнымъ правомъ и совершенно отождествляютъ ихъ не рѣшаются.-- Но это послѣдовательное до конца проведеніе данной идеи является у Френцеля на нашъ взглядъ ничѣмъ инымъ, какъ *reductio ad absurdum* его собственной теоріи. Разницу между обычаемъ и обычнымъ правомъ отрицать невозможно. Во первыхъ, если мы вдумаемся въ психическіе процессы, сопровождающіе примѣненіе обычая и обычнаго права, мы увидимъ несомнѣнную разницу. Обычай, мы можемъ согласиться съ Френцелемъ, примѣняется иногда по бессознательной ассоціаціи; но обычное право примѣняется непременно

1) O. c., S.S. 12—13—14.

2) O. c., S. 18: „...es bleibt nichts uebrig, als das Handeln bei der gewohnheitsrechtlichen Uebung dem gewohnheitsmässigen Handeln gleich zu stellen“.

сь сознаниёмъ, что такъ поступать необходимо, потому что иначе поступить будетъ несправедливо, нехорошо; это сознание можетъ быть смутно, неопредѣленно, такъ сказать не дифференцировано, но оно есть несомнѣнно. Во вторыхъ, послѣдствія, которыя влечетъ за собою неисполненіе нормъ обычнаго права и простыхъ обычаевъ, совершенно различны: несоблюденіе обычая можетъ вызвать только нѣкоторое горькое чувство въ душѣ человѣка, порой даже необъяснимое для него самого, да развѣ еще сожалѣніе или сарказмъ сосѣдей; а неисполненіе нормы обычнаго права можетъ повлечь иной разъ весьма серьезныя послѣдствія и быть даже поводомъ къ судебному процессу. Наконецъ, самое разсужденіе Френцеля о томъ, что правовое убѣжденіе не есть существенный признакъ обычнаго права, не обставлено удовлетворительными доказательствами; онъ ограничивается голословнымъ утвержденіемъ, что примѣненіе нормъ обычнаго права совершается по ассоціаціи идей, а затѣмъ это голословное утвержденіе фигурируетъ у него уже въ качествѣ доказательства.

Переходя къ вопросу о законодательствѣ, Френцель говоритъ, что право создаваемое законами (Gesetzesrecht) также не имѣетъ своимъ существеннымъ признакомъ понятіе нормъ. Право основанное на законахъ есть—привычка повиноваться закону. ¹⁾ Нормы права служатъ для образованія правовыхъ привычекъ; ²⁾ если создается новый правовой порядокъ новыми законами, то новые законы исполняются въ силу уже существующей привычки повиноваться законамъ вообще. ³⁾—Это утвержденіе Френцеля покоится на тѣхъ же основаніяхъ, какъ его теорія обычнаго права,—и слѣдовательно не нуждается въ особомъ опроверженіи. Но помимо этого Френцель самую эту привычку повиновенія опредѣляетъ недостаточно точно. Одинъ разъ онъ говоритъ

¹⁾ О. с., S. 28.

²⁾ О. с., S.S. 77, 36, 37.

³⁾ О. с., S. 29: „Die neue Ordnung wurde dann zunächst Kraft der alten Gehorsamsgewohnheit befolgt“; то же S.S. 31, 35—36.

о привычкѣ повиновенія закону, т. е. даннымъ нормамъ;¹⁾ а другой разъ говоритъ о привычкѣ повиноваться законамъ вообще.²⁾ Однако, если мы допустимъ первое предположеніе, то придемъ къ нелѣпому выводу, будто законъ создаетъ право не съ момента изданія, а съ того времени, какъ образуется привычка повиноваться ему. Если же мы примемъ второе предположеніе, то тогда право окажется лишеннымъ всякаго содержанія и эта Френцелева «привычка повиноваться законамъ вообще» въ сущности ничѣмъ не будетъ отличаться отъ правоваго убѣжденія (*opinio necessitatis*), противъ котораго онъ такъ ратуетъ.³⁾

Несмотря на такую путаницу понятій Френцеля, онъ всетаки долженъ бы быть отнесенъ къ противникамъ исторической школы, такъ какъ отрицаетъ правовое убѣжденіе, этотъ краеугольный камень теоріи исторической школы. Но въ другихъ отношеніяхъ онъ повторяетъ такія ошибки этой послѣдней, что его никоимъ образомъ нельзя отнести къ сторонникамъ Геринговскаго направленія. Напримѣръ о процессѣ правообразованія вообще онъ говоритъ, что право не есть дѣло рукъ человѣческихъ, но покоится на загадочномъ дѣйствіи природы подобно росту живыхъ организмовъ.⁴⁾

1) О. с., S. 28: „...Gewohnheit dem Gesetz zu gehorchen“.

2) О. с., S.S. 29, 31, 35—36.

3) Бирлингъ въ *Prinzipienlehre*, въ обширномъ примѣчаніи на стр. 38—39, обращаетъ вниманіе еще на то обстоятельство, что согласно описанію, которое Френцель даетъ правовой привычкѣ, „*Rechtsgewohnheit*“, эта правовая привычка ничѣмъ не отличается отъ физиологическаго рефлекса.

4) О. с., S. 74: „Es ist ein Axiom der historischen Schule, dass das Recht nicht menschliches Machwerk sei, sondern auf einer räthselhaften Thätigkeit der Natur beruhe, gleichwie das Wachstum lebenden Organismen“.

Глава 9-я.

Послѣ „Kampf um's Recht“ и „Zweck im Recht“.

Противники исторической школы и послѣдователи Геринга.

Обозрѣніе ряда писателей—противниковъ исторической школы, сочиненія которыхъ появились послѣ 1877 года, мы начнемъ съ Циттельмана. Эрнстъ Циттельманъ въ замѣчательно содержательной, чисто классической, объемистой журнальной статьѣ излагаетъ свою теорію обычнаго права и критикуетъ главнѣйшія теоріи другихъ ученыхъ. Хотя эта статья написана по частному вопросу, однако для рѣшенія этого частнаго вопроса—о значеніи ошибки въ дѣлѣ образованія обычнаго права—Циттельману пришлось подвергнуть ревизіи всю теорію обычнаго права цѣликомъ. Существуетъ множество теорій обычнаго права; всѣ ихъ можно свести въ нѣсколько основныхъ группъ. Самая старая теорія—теорія соизволенія (Gestattungstheorie), которая обязательную силу обычнаго права основываетъ на явномъ или молчаливомъ согласіи государственной власти, чтобы нормы обычнаго права примѣнялись. Конечно, говорить Циттельманъ, идея о спеціальному для каждой нормы обычнаго права соизволеніи—есть фикція, этого никогда не бываетъ. Равнымъ образомъ нѣтъ ни въ одномъ кодексѣ общаго выраженія согласія законодателя—чтобы дѣйствовало обычное право: былъ такой законъ въ юстиніановскомъ правѣ, но въдь оно теперь не имѣетъ силы закона, гдѣ оно дѣйствуетъ—тамъ оно дѣйствуетъ какъ

обычное право. Опирается на возможность для закона отменить дѣйствіе обычнаго права—для доказательства теоріи соизволенія—также нельзя: вѣдь никто не станетъ утверждать, что онъ причина существованія своего сосѣда потому только, что онъ могъ бы этого сосѣда убить, если бы захотѣлъ.¹⁾ Другая теорія—волевая. Эта теорія утверждаетъ, что обычное право создается волей. Это можно понимать въ двоякомъ смыслѣ. Если принять, что обычное право создается волей отдѣльныхъ лицъ, все равно меньшинства или большинства, то тотчасъ же является вопросъ—какимъ же образомъ воля отдѣльныхъ лицъ можетъ создать право для всѣхъ?²⁾ Если же признать источникомъ права общую волю, то волевая теорія въ этомъ видѣ отождествляется съ теоріей народнаго убѣжденія, а эта послѣдняя, какъ мы сейчасъ увидимъ, говоритъ Циттельманъ, не выдерживаетъ критики.³⁾ Теорія народнаго убѣжденія, распадается на нѣсколько фракцій. Одни ученые полагаютъ, что обязательность обычнаго права основывается на правовомъ убѣжденіи отдѣльныхъ лицъ; но и здѣсь, какъ и въ волевой теоріи, сразу возникаетъ вопросъ—какимъ же образомъ правовое убѣжденіе отдѣльныхъ лицъ можетъ стать обязательнымъ для всѣхъ?⁴⁾ По этому главная масса юристовъ исторической школы говорятъ о всенародномъ убѣжденіи.⁵⁾ Эта теорія всенароднаго праваго убѣжденія опять таки распадается на нѣсколько разновидностей. Подъ народнымъ убѣжденіемъ можно понимать убѣжденіе народа, что данная примѣняемая въ извѣстномъ случаѣ норма—*есть* правовая норма; или народъ можетъ имѣть убѣжденіе, что данная норма *должна быть, долж-*

1) E. Zittelmann, Gewohnheitsrecht und Irrthum, Arch. für die civilistische Praxis; 66 Bd. (1883), S.S. 363—364.

2) O. c., S. 370.

3) O. c., S. 372.

4) O. c., S.S. 374—375.

5) O. c., S. 375.

на *стать* правомъ.¹⁾ Если мы возьмемъ послѣднее мнѣніе (такъ называемая Циттельманомъ *Gerechtigkeits-theorie*), буд-то народъ имѣеть убѣжденіе, что извѣстная норма *должна* дѣйствовать какъ норма права потому, что это будетъ справедливо—то такого убѣжденія мы не найдемъ по отношенію къ цѣлому ряду нормъ обычнаго права: развѣ можно быть убѣжденнымъ въ *справедливости* различныхъ численныхъ опредѣленій въ нормахъ права (*Zahlbestimmungen*), развѣ можетъ такое убѣжденіе существовать по отношенію къ формамъ сдѣлокъ и т. п.? ²⁾ Я даже утверждаю, говоритъ Циттельманъ, что въ настоящее время обычное право состоитъ почти исключительно изъ подобныхъ нормъ.³⁾ А если для цѣлаго ряда нормъ не требуется правоваго убѣжденія въ указанномъ смыслѣ, то и для остальныхъ такое убѣжденіе, само собою разумѣется, должно быть признано не имѣющимъ существеннаго значенія.⁴⁾ Если мы примемъ воззрѣніе втораго рода, если мы будемъ народное правовое убѣжденіе понимать какъ убѣжденіе народа, что данная норма *есть* норма права, почему и должна примѣняться, то и тогда теорія народнаго убѣжденія не выдерживаетъ критики, такъ какъ мы должны прежде всего поднять весьма важный принципиальный вопросъ, возможно ли вообще существованіе общаго народнаго убѣжденія?⁵⁾ Для того, чтобы допустить существованіе *общаго* убѣжденія, нужно было допустить, какъ это и дѣлаютъ сторонники Савиньи и Пухты, существованіе какаго-то коллективнаго психическаго существа (*ein psychisches Gesamtphänomen*), нужно было этого субъекта общенароднаго убѣжденія и поста-

1) О. с., S. 379.

2) О. с., S. 416.

3) О. с., S. 417.

4) О. с., S.S. 418, 445.

5) О. с., S. 419: "...gibt es ueberhaupt eine „allgemeine Rechtsueberzeugung“?"

зировать въ формѣ народнаго духа.¹⁾ Но мы этого допустить никакъ не можемъ, говорить Циттельманъ, хотя бы при отрицаніи этой идеи намъ пришлось заслужить упрекъ въ грубомъ эмпиризмѣ и плоскомъ материализмѣ. Убѣжденіе происходитъ изъ представленія; представленіемъ мы называемъ извѣстные психическіе процессы, совершающіеся въ извѣстныхъ индивидуумахъ; представленія вообще имѣютъ реальность лишь постольку, поскольку они подлежатъ наблюденію, т. е. они совершаются лишь въ отдѣльныхъ людяхъ, будучи связаны съ ихъ тѣлесной организаціей; и я не боюсь, продолжаетъ Циттельманъ, упрека въ тривіальности, ставя вопросъ—гдѣ тотъ мозгъ, который могъ бы служить вмѣстилищемъ, носителемъ этого общаго убѣжденія?²⁾ Но нельзя ли понять общенародное убѣжденіе какъ распространенное въ народѣ среди многихъ его членовъ соотвѣтствующее правовое убѣжденіе, не случайно возникающее, а основывающееся на общности психическихъ качествъ даннаго народа?³⁾ Но и это предположеніе, говоритъ Циттельманъ, не спасаетъ теоріи народнаго убѣжденія. Кто тѣ отдѣльныя личности, которыхъ убѣжденіе мы могли бы признать за убѣжденіе общее? Всѣ? Конечно нѣтъ, потому что есть цѣлыя классы и группы лицъ, непрічастныхъ дѣлу созданія нормъ обычнаго права. Такъ можетъ быть именно только заинтересованныя лица (*die Betheiligten*)? Но и этого нельзя допустить, какъ слишкомъ неопредѣленнаго предположенія, смахивающаго на фикцію; кто эти, причастныя образованію обычнаго права, лица?—Можетъ быть большинство? Но конечно одна необходимость обратиться къ идеѣ большинства должна убѣдить насъ въ непригодности теоріи народнаго убѣжденія: какъ мы можемъ убѣдиться, напримѣръ, въ томъ—существуетъ ли искомое боль-

1) О. с., S.S. 419, 375, 376.

2) О. с., S. 420.

3) О. с., S.S. 420, 421, 422.

шинство?¹) Очевидно, что теорія обще-народнаго убѣжденія не можетъ быть принята. Если бы наконецъ, не смотря ни на что, мы признали бы возможность существованія такого обще-народнаго правоваго убѣжденія, то и тогда бы возникъ вопросъ — по что же превращаетъ это народное убѣжденіе въ право? Въ сущности по моему мнѣнію, говоритъ Циттельманъ, ничто. Мнѣніе, будь оно общенародное мнѣніе, всегда останется только мнѣніемъ, которое обязательной силы имѣть не можетъ.²) Слѣдовательно, выводитъ заключеніе Циттельманъ, и въ этомъ состоитъ его собственное воззрѣніе, источникъ обязательности обычнаго права лежитъ не въ общемъ народномъ правовомъ убѣжденіи, а въ самомъ фактѣ продолжительнаго примѣненія данной нормы въ качествѣ нормы права.³) Единственно лишь сила фактовъ создаетъ обязательность обычнаго права; въ силу постоянного повторенія известной связи между явленіями человекъ начинаетъ считать эту связь необходимой; въ области правообразованія такимъ путемъ возникаетъ правовое чувство, которое, говоритъ Циттельманъ, я признаю, но вопросомъ о происхожденіи котораго я не занимаюсь.⁴) Вообще говоря — обычное право основывается на авторитетѣ долгаго примѣненія его нормъ и на ожиданіи, что такой порядокъ и впредь будетъ продолжаться.⁵)

Вполнѣ присоединяясь къ критикѣ Циттельмана, которую онъ даетъ различнымъ теоріямъ обычнаго права, и до известной степени соглашаясь съ его воззрѣніями на классическую теорію народнаго убѣжденія, мы не можемъ однако признать

1) O. c., S. 422.

2) O. c., S.S. 424—425.

3) O. c., S. 445: „...ein Rechtssatz entsteht dadurch, dass er längere Zeit hindurch da, wo er Anwendung zu finden hatte, auch thatsächlich als Rechtssatz angewendet, geübt worden ist.

4) O. c., S.S. 445, 446, 454, 464, 453.

5) O. c., S. 459.

шинство?¹) Очевидно, что теорія обще-народнаго убѣжденія не можетъ быть принята. Если бы наконецъ, не смотря ни на что, мы признали бы возможность существованія такого обще-народнаго правоваго убѣжденія, то и тогда бы возникъ вопросъ — но что же превращаетъ это народное убѣжденіе въ право? Въ сущности по моему мнѣнію, говорить Циттельманъ, ничто. Мнѣніе, будь оно общенародное мнѣніе, всегда останется только мнѣніемъ, которое обязательной силы имѣть не можетъ.²) Слѣдовательно, выводить заключение Циттельманъ, и въ этомъ состоитъ его собственное воззрѣніе, источникъ обязательности обычнаго права лежитъ не въ общемъ народномъ правовомъ убѣжденіи, а въ самомъ фактѣ продолжительнаго примѣненія данной нормы въ качествѣ нормы права.³) Единственно лишь сила фактовъ создаетъ обязательность обычнаго права; въ силу постояннаго повторенія извѣстной связи между явленіями человекъ начинаетъ считать эту связь необходимой; въ области правообразованія такимъ путемъ возникаетъ правовое чувство, которое, говоритъ Циттельманъ, я признаю, но вопросомъ о происхожденіи котораго я не занимаюсь.⁴) Вообще говоря — обычное право основывается на авторитетѣ долгаго примѣненія его нормъ и на ожиданіи, что такой порядокъ и впредь будетъ продолжаться.⁵)

Вполнѣ присоединяясь къ критикѣ Циттельмана, которую онъ даетъ различнымъ теоріямъ обычнаго права, и до извѣстной степени соглашаясь съ его воззрѣніями на классическую теорію народнаго убѣжденія, мы не можемъ однако признать

1) O. c., S. 422.

2) O. c., S.S. 424—425.

3) O. c., S. 445: „...ein Rechtssatz entsteht dadurch, dass er längere Zeit hindurch da, wo er Anwendung zu finden hatte, auch thatsächlich als Rechtssatz angewendet, geübt worden ist.“

4) O. c., S.S. 445, 446, 454, 464, 453.

5) O. c., S. 459.