

Муромцев Сергей Андреевич

ЧТО ТАКОЕ ДОГМА ПРАВА?*

Предисловие

Настоящая работа появилась впервые в «Юридическом Вестнике» 1884 года в №№ 4, 6 и 8. Теперь я представляю ее своим читателям вновь, в виде исправленном и дополненном. По своему происхождению она имеет характер полемический, будучи направлена главным образом против некоторых мнений, высказанных в нашей литературе гг. Пахманом и Гольмстеном; этого своего характера она не могла вполне утратить и в настоящем своем виде. В журнальных статьях, из которых возникла эта брошюра, вопрос о догме права был рассмотрен в связи с вопросом о преподавании римского права в русских университетах; теперь я разделил эти два вопроса и, останавливаясь на первом вопросе, оставляю за собою право коснуться вновь второго в другой раз и в другом месте.

Автор. Москва, 19 Февраля 1885 г.

ЧТО ТАКОЕ ДОГМА ПРАВА?

I. Воззрение на задачи правоведения.

Мы исходим из того воззрения на задачи правоведения, которое сложилось под влиянием позитивизма. С точки зрения этого воззрения задача правоведения как *науки* состоит в том, чтобы изучать *законы* определенной группы социальных явлений, которые своею совокупностью образуют право. Поставленное таким образом правоведение должно стать отделом социологии; как вообще законы социологии, так и законы правоведения были бы законами сосуществования (статика) и преемственности (динамика). Социологию не смешивают с историей; так и социологическое изучение гражданского права не следует смешивать с историей этого последнего, а, в частности, история не то же самое, что - динамика. Отношение истории к обеим частям социологии - и к динамике, и к статике - одинаковое: история дает тот материал, из дальнейшей переработки которого получают и динамические, и статические законы (хотя не на одной только истории они основываются). - В настоящее время часто говорится, что задача *истории* - открытие законов развития человечества; этот, не совсем точный, оборот речи не следует понимать в том смысле, что история поглощает собою социальную динамику. Вовсе нет. Если мы остановимся на истории отдельного народа, то такая история вообще не способна привести к открытию законов; обыкновенно она может служить лишь к проверке законов, открытых другим путем. К открытию законов приводит история, взятая в ее целом и, в частности, историко-сравнительное исследование. Но законы, открываемые в этом случае, суть только те «исторические» законы, которые основаны на мето-

* Печатается по изданию: Муромцев С.А. Что такое догма права? М., Типография А.И. Мамонтова и Ко., 1885. 35 с. При переиздании в текст работы были внесены (минимальные) изменения, соответствующие современным правилам орфографии и пунктуации, уточнены библиографические данные цитируемых источников. Общая авторская стилистика текста сохранена (*Прим. ред.*).

де простого перечисления (*per enumerationem simplicem*); в их числе одинаково могут быть и законы последовательности, и законы сосуществования. Далее требуется внести эти законы на высшие обобщения психологии и социологии или, другими словами, соединить их в одно целое при помощи дедукции из психологических и социологических законов. Эту задачу призваны исполнить социальные динамика и статика. Было высказано мнение, что различие истории и динамики есть дело устаревшее (Гольмстен)¹; но, думается нам, устареть не может различие, которое основано на действительном различии предметов.

II. Задача догмы права. Есть ли догма статика?

Спрашивается, как при изложенной постановке вопроса о задачах правове­дения определяется положение догмы права? Под догмою разумели и понимают *систематическое* изложение начал (принципов) действующего права какой-либо страны и какого-либо времени. Такое изложение *описывает, обобщает, определяет и классифицирует* (ср. ниже) и в конце концов не имеет ничего общего с исследованием законов. Если систематическое изложение служит подготовительною стадиею к этому последнему, то мы имеем дело с описательным правове­дением как частью истории; если же систематическое изложение требуется в виду известных практических целей, то мы имеем догму права в строгом смысле этого слова: догма представляет в надлежащей стройности тот правовой порядок, который юрист-практик *должен* осуществлять в своей деятельности. Догма составляет отрасль юридического искусства; и как бы ни был разрешен вопрос о положительной науке гражданского права, право догмы на существование остается неприкосновенным.

Было высказано мнение, что догма права соответствует как раз тому отделу науки, который юристы-позитивисты понимают под статикой (Гольмстен). В таком мнении кроется глубокое заблуждение, хотя не трудно открыть его источник. Этот последний надо искать в очевидном желании сохранить в целостности современный строй юридической науки, не вступая в то же время в открытое столкновение с новыми требованиями; напротив, при такой постановке вопроса в самом позитивизме надеются найти опору для сохранены правове­дения в современном его виде. Споры о плане науки при­даются такой характер, как будто бы он шел о словах. В истории права желают видеть динамику, а в догме - статику. Был прежде юрист-догматик, знал он догму и историю; но вот появляется позитивист и утверждает, что должна существовать динамика и статика права. Юристу-догматику как бы досадно, что его упрекают в недостатке чего-то; и он спешит удовлетворить пришлеца: «вот вам динамика» - и с этими словами он подает историю, «а вот и статика» - и подает догму, - решение простое и спокойное, но, к сожалению, неосновательное. История по-прежнему остается историей, догма - догмой, а динамики и статики нет как нет. И другое недора-

¹ Цитируя этого автора как на этой, так и на последующих страницах, мы имеем в виду его «Этюды» («Этюды о современном состоянии науки права» - *Прим. ред.*), напечатанные в Журнале гражданского и уголовного права, 1884 г., №№ 3 и 5.

зумение находит в этом случае свое место. Почему-то предполагают, что юрист-позитивист должен вовсе отвергнуть догму как самостоятельный отдел правоведения; и вот думают, что оправдают существование догмы, доказав, что она есть лишь один из отделов позитивной юриспруденции: догма есть статика. Такой путь защиты очень рискован: если только доказательство не удастся, то придется заключить, что догма не должна существовать вовсе. Незачем уступать своим противникам более того, чем сами они требуют. За догму говорит вековой опыт юриспруденции и позитивист охотно признает в ней отдел правоведения как *искусства*. Нечего, конечно, претендовать на то, что в догме не признают *науки* в строгом смысле этого слова; такая квалификация не умаляет значения догмы. Физиология - наука, медицина - искусство; психология - наука, теория воспитания - искусство; и конечно, сделать исследование или написать трактат по медицине или воспитанию не менее почтенно, чем по физиологии или психологии, и для юриста-догматика нет беды, если позитивист, оставаясь верен своей терминологии, не назовет его предмет наукой, и достоинство его нисколько не потерпит, если он не отстоит во что бы то ни стало своего положения как деятеля «науки».

Наконец, воззрение на догму как на статику подрывает самое себя, потому что в конце концов ведет к полному отрицанию догматического способа изучения как независимого от истории. В самом деле, согласимся на минуту, что догма есть статика. Но, как показано выше (§ I), задача социологического изучения (и статики, и динамики) состоит в построении научных законов, *предметом же этого изучения служат исторические (эмпирические) законы*; другими словами, - *только чрез посредство исторического изучения* можно придти как к динамике, так и к статике и, стало быть, догме-статике, вопреки прямому намерению самих ее защитников, приходится вступить в тесное соприкосновение с историей! - Справедливость такого соображения не умаляется, когда в ответ на него утверждают, что юридическая статика не имеет ничего общего со статикой Конта и Милля. Напротив, такое возражение лишь обнаруживает силу нашего утверждения. С обеих сторон оказывается одинаково признанным, что статика - в том виде, как ее понимали Конт и Милль, а за ними другие сторонники позитивной доктрины - оказывается не тождественною с догмою права; лишь под условием изменения этого понятия статики возможно придти к подобному отождествлению. Но прежде чем изменять, не следует ли тщательно обдумать необходимость изменения? Легко отступить тут и там от отдельных положений позитивной системы, переделывая их по-своему; но легко ли будет потом сохранить ее целостность и единство, понаделав в ней многие бреши?

Юридическая статика есть часть юридической *науки*, догма права есть часть юридического искусства. Статике предстоит исследовать законы сосуществования, догма же лишь описывает, обобщает, определяет и классифицирует, т.е. занимается теми процессами, которые ничего общего с исследованием законов не имеют. В догме нет ничего индуктивного и ее обобщения суть не более как обобщения *понятий* и *предложений*; в самой догме нет и силлогизма, и строить силлогизмы приходится лишь юристу-практику, когда отдельные догматические положения он применяет к разрешению казусов. Мы должны раз-

вить эти утверждения.

III.

Итак, что такое догма права?

1. Догма права в строгом смысле.

Догма права в строгом смысле есть исследование какого-либо действующего права в интересах применения его на практике. Тип этой догмы выработан в литературе римского права, - романистами, исходившими из той мысли, что римское право (с теми или иными видоизменениями его) есть действующее в строе современного правопорядка. Пухта особенно содействовал тому, чтобы сообщить вполне стройную обработку этому типу и, может быть, до сих пор этот писатель остается наиболее цельным и последовательным догматиком господствующей школы. Вне пределов Германии, где римское право не имело непосредственно действующей силы, догматическая разработка его держалась на том предположении, что оно представляет собою *нормальное* право, в тех или других границах *долженствующее* иметь силу. Повсюду с развитием местного законодательства и литературы, ему посвященной, догматическая разработка была приложена к местному праву.

Догматическое исследование состоит из следующих процессов:

1) **Описание.** Догматик *описывает* разнообразные юридические формы, своею совокупностью образующие право или данный отдел его. Право есть порядок *деятельности* и потому простейший способ описания его достигается при употреблении глагола как сказуемого: «Каждый человек почитается субъектом гражданского права», «каждый предполагается добросовестным, пока противное не доказано» и т.п. Подобные предложения передают (описывают) нам какую-либо часть правового порядка, - какую-либо категорию фактов, из ряда тех фактов, совокупность которых мы называем правом. Однако цель догмы простирается несколько далее. Догма составляется для того, чтобы указать гражданину и особенно - юристу-практику, какие отношения *должны* пользоваться юридическою защитою и какие не должны иметь ее. Потому в устах догматика каждое из вышеприведенных предложений получает характер повеления, правила (юридическая норма) и имеет, напр., такой смысл: «Каждый человек *должен* пользоваться тою защитою, которая присвоена субъекту гражданского права», «каждый *должен* предполагаться добросовестным, пока противное не доказано» и т.п. Вся догма состоит из правил и это обстоятельство характеризует ее как искусство. «Повелительное наклонение есть характеристическая черта искусства в отличие от науки. Все, что говорит правилами или предписаниями, а не утверждениями, относящимися к фактам, есть искусство» (Милль)*.

Факты, передаваемые догмою, разделяются на два рода. Прежде всего догма передает правила, которые предусматриваются и предписываются зако-

* Здесь и далее С.А. Муромцев ссылается на одно из изданий работы Джона Стюарта Милля «Система логики силлогической и индуктивной», первый выпуск которой датирован 1843 г. – *Прим. ред.*

нами и иными «источниками» права; но этим не ограничивается назначение догмы. Задача догматика состоит также в том, чтобы подсказать решение на случай неполноты закона и чтобы устранить противоречия, какие встречаются в законе. Закон может быть неполон, но догматик выходит из предположения его полноты; закон может быть противоречив в своих постановлениях, но догматик предполагает полную солидарность всех его постановлений между собою. Потому догматик постановляет правила даже на те случаи, о которых молчит закон или относительно которых сам закон устраняет себя своим противоречием. Процесс формулирования подобных правил входит в состав общего процесса юридического творчества, в котором догматик действует наряду с судьей и законодателем. Этот процесс заслуживает особого анализа (см. ниже § V); пока мы ограничиваемся анализом самой догмы. Правила, выработанные в дополнение закона и в устранение его противоречий, входят в общий состав ее материала и наравне с остальным материалом подлежат догматической разработке.

2) **Обобщение.** Форма догматического обобщения есть принцип или начало: принцип есть юридическая норма, обнимающая своим содержанием общие существенные черты многих частных правил или норм. Выбираем, как пример, принцип объективной оценки сделки². Этот принцип предписывает, что неблагоприятные юридические последствия сделки распространяются на участвующих лиц (контрагентов и их преемников) лишь настолько, насколько обстоятельства, которые обуславливают те последствия, были своевременно известны им. В такой своей форме принцип объективной оценки выражает общую существенную черту следующих частных правил: смысл договора определяется в тех пределах, в которых обе договорившиеся стороны одинаково могли и должны были сознавать его; сторона, обманутая при заключении сделки своим контрагентом, может требовать уничтожения сделки, пока новое, ни в чем не повинное лицо не стало к ней причастным; сторона, обманутая третьим, посторонним лицом, не имеет права на уничтожение сделки; впадшая в такую ошибку также не должна иметь подобного права; и т.д. Как частная норма, так и принцип выражает требование, чтобы с такими-то обстоятельствами связывались такие-то юридические последствия; но вместе с тем существует важное различие между нормой и принципом. Обычный тип частной нормы может быть представлен такою формулою: «с совокупностью таких-то обстоятельств предписывается связывать совокупность таких-то последствий», причем та и другая совокупность может быть обозначена для краткости особым названием (напр., давность - право собственности). Напротив, принцип разбивает эти совокупности на составные их части и формулирует связь какого-либо отдельного обстоятельства с каким-либо отдельным юридическим последствием. Таков тип принципа и он обуславливается именно тем, что принцип - форма обобщения

² См. Муромцев С.А. Гражданское право Древнего Рима. М.: Типография А.И. Мамонтова и Ко., 1883. 697 с. С. 582. (См. современное издание этой книги: Муромцев С.А. Гражданское право Древнего Рима. Науч. ред. В.С. Ем; Отв. ред. А.Д. Рудоквас; Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова. Кафедра гражданского права юридического факультета. М.: Статут, 2003. 684 с. (Классика российской цивилистики). (Прим. ред.)).

или отвлечения. Отсюда явствует практическое значение юридического принципа. С одной стороны, он сразу проливает ясный свет на юридическое значение известного обстоятельства; с другой стороны, судья должен помнить, что на практике редко бывает, чтобы спор имел своим предметом лишь одно обстоятельство. Почти всегда конкретное положение судебного спора таково, что требуется с *совокупностью* обстоятельств связать ту или другую *совокупность* юридических последствий; связь, указанная одним принципом, может противоречить связи, предписываемой другим принципом, и судье не остается другого исхода как приискать подходящий компромисс. Серия однородных компромиссов, в свою очередь, может быть обобщена в принцип, но за всем тем судье всегда останется обширное поле для самостоятельного творчества, другими словами, судебное творчество составляет необходимое дополнение к догме. Но из этого не следовало бы заключать об относительно неважном значении самой догмы. Совершенно напротив. Если догматик не в силах овладеть всем разнообразием конкретных положений, то не его дело браться за эту задачу; но этим не умаляется значение другой задачи - формулирования принципов. Здесь мы подходим к давно известной истине. Хорошим законом справедливо почитается такой, который наименее казуистичен; то же самое, и еще в большей степени, прилагается к догме.

Пока мы говорим о принципах как догматической форме в пределах одной какой-либо правовой системы. Будучи результатом обобщения, принцип не содержит в себе ничего сверх тех частных правил, которые он обобщает. Господствующее учение о толковании закона игнорирует это обстоятельство. По этому учению, при пополнении пробелов закона путем аналогии, процесс пополнения состоит в том, что юрист восходит к некоторому правилу или принципу и выводит из него решение по отношению к данному, законом непредвиденному, случаю. Неправдоподобность такого объяснения явствует уже из того, что аналогию - прием индуктивного свойства - оно изображает так, как будто бы она была приемом дедуктивным. Сущность юридической аналогии разъясняется в связи с общим процессом юридического творчества. Первый результат ее состоит всегда в формулировании нового частного правила; вслед за тем раздвигается принцип сообразно найденному правилу и только, наконец, (что имеет значение проверки совершенного обобщения) от принципа опять переходят к правилу. Этот переход обыкновенно называют выводом и вообще в догме постоянно говорят о *выведении* частных правил из принципов. Такая терминология также неправильна: говоря языком логики, мы имеем здесь лишь кажущийся вывод (Милль, кн. II, гл. 1, § 2). Также неправильно употребляется слово «выведение» и в другом случае. Смотря по надобности одно и то же правило может быть выражено на разные лады; ошибочно говорить здесь о *выводе* одного правила из другого, тогда как на самом деле здесь происходит так называемое превращение предложений (см. там же). *Это смешение кажущегося вывода и превращения предложений с выводом действительным и служит источником той распространенной ошибки, по которой дедукция признается одним из методов юридической догмы.*

3) **Определение.** Категории юридических фактов, которые передаются

правилами (нормами) или принципами, получают свое особое название и каждое такое название подлежит *определению*. Догма изобилует определениями; так, цивилист определяет, напр., «источники» права, закон, обычай, право юристов или: субъект права, объекты его, юридические акты или отдельные их виды и принадлежности, или: право вещное, право собственности, право по сервитуту и т.д., и т.д. Немцы называют такие определения «определениями понятия» (Begriffsbestimmung) - терминология, которая проникла в русскую литературу и которая не согласуется с требованиями логики (см. Милль, кн. 1, главы I и VIII). - Не трудно усмотреть, что каждое догматическое определение распадается на два определения. Во-первых, догматик определяет лицо, предмет, акт, положение, с которыми связываются известные юридические последствия; во-вторых, он определяет самые эти последствия. «Вещь есть внешний относительно личности предмет, предназначенный для полного подчинения ее воле» (Пухта)*; «условие есть будущее, неизвестное, по произволу сторон избранное обстоятельство, в зависимость от которого поставляется существование сделки или та или другая ее части», «купля-продажа есть консенсуальный договор, по которому одна сторона обязывается к тому-то, а другая - к тому-то» - вот примеры, где соединяются оба рода определений. В других случаях они разделяются, напр.: «обязательство есть правовое отношение, по которому одно лицо имеет право (требование) на действие другого лица» (Пухта) - здесь определяется юридическое последствие, которое может быть связано со многими положениями и событиями. - Из приведенных примеров видно, в чем состоит сущность *юридического* названия. Оно созначает сумму всех тех обстоятельств, с совокупностью которых связаны данные юридические последствия, и сумму всех тех юридических последствий, которые связаны с этими обстоятельствами; определение названия поэтому перечисляет все обстоятельства и все последствия, которые созначают данное название. Юриста не интересует одно сочетание обстоятельств, если с ним не связывается никакое юридическое последствие; и его не интересует также какое бы то ни было последствие, если оно не вызывается никаким положением. Если он определяет «договор», то потому, что с договором связываются многие последствия, и если его интересует не менее того определение «обязательства», то единственно потому, что обязательство связывается как последствие с событиями самого разнообразного свойства.

Каждое догматическое определение выражает вместе с тем и определенное юридическое правило (норму), которое утверждает связь таких-то обстоятельств с такими-то последствиями. Вышеприведенное определение вещи перелагается в правило, которое предписывает защищать господство лица над вещью, как скоро таковое установлено; вышеприведенное определение обязательства перелагается в правило, по которому каждый раз как в каком-либо случае признается существование обязательства, одно из лиц (должник) должно

* Цитирование Георга-Фридриха Пухты дается, видимо, по его работе «Курс римского гражданского права», перевод с последнего немецкого издания (проф. Рудорфф) и публикация которого (том 1) была в Москве (Типография Ф.Н. Плевако) в 1874 году.

быть принуждаемо к выполнению некоторого действия в пользу другого лица (кредитора) и т.д. Это переложение определения в правило часто, и притом совершенно неправильно, называют «выведением» правила из определения, - точно так же как неправильно говорить о «выведении» частных правил из принципов (ср. выше § III.1. «Обобщение». Абз. 2).

Если мы припомним, что факты правовой области передаются именно правилами (см. выше § III.1. «Описание». Абз. 1) и что правильное определение названия есть то, «которое высказывает факты, обнимаемые значением названия» (Милль), то процесс переложения определений в правила осветится в наших глазах сам собою. В диалектическом развитии догмы правила будут представляться как бы выходящими из определений; на самом деле определения вырабатываются из правил. Известно, что построение определений вообще дело не особенно легкое; известно также, что успех науки не зависит непосредственно от успеха ее определений. Эти общие истины равно приложимы и к юриспруденции, откуда следует, что «выведение» правил из определений или так называемое «развитие» определений не может и не должно играть исключительной роли в догматическом построении.

4) **Классификация** и основанное на ней расположение юридических правил, принципов и определений в систему составляет высший и последний процесс догмы (ср. ниже § V. Абз. 6).

Таковы процессы догматического исследования; если догме приписывают иную роль, чем описанная выше, то это происходит оттого, что исчисленные процессы смешивают с другими логическими процессами, ничего общего с ними не имеющими.

2. Общая догматическая теория.

Есть ли в догматическом исследовании индукция?

Еще римские юристы, излагая свое право, невольно сравнивали его постановления с соответствующими постановлениями других, известных им прав; таким образом слагались общие понятия о гражданских институтах. В современной юридической литературе, при постоянном сопоставлении римского права с местным законодательством и потом - различных местных законодательств между собою, указанное сравнение приобрело обильную пищу и привело к выработке многих общих понятий. Их выделение в особую область как предмета особой (общей) догматической теории представляет свои выгоды и отчасти осуществлено уже в ряде монографий. Остается ожидать появления общих сочинений по этому предмету.

Область сравнения простирается, разумеется, так же далеко, как самое сходство между постановлениями различных прав. Однако, чем шире в пространстве и во времени будет взята нами эта область, тем менее сходства мы обнаружим, - тем менее получится обобщений и тем шире будут они. Так, можно было бы ввести в сравнение все право прошедшего и настоящего, не ограничиваясь ни временем, ни местом; но в таком случае, благодаря постоянной изменчивости правовых форм, мы получили бы только одно общее понятие: понятие о праве. Такое широкое распространение границ сравнения, несомненно,

имеет свою цену; оно дает наиболее общие понятия, определения и классификацию, подготовливающие правовой материал к индукции.

Но оно не представляет особой *догматической* цены. Задача *догматической* теории состоит в том, чтобы дать правила и определения, способные руководить судебного практика и облегчить ему его трудное дело. Чрез сравнение черезчур широкое приобретает слишком мало истин, пригодных для такого употребления; необходимо сузить границы сравнения, опуститься несколько ниже на лестнице обобщений и увеличить самое число их. Сами главные защитники общей теории не долго останавливаются на наиболее общих принципах, каковы: «целое больше своей части», «нельзя передать другому более того, что сам имеешь» и в своих дальнейших пояснениях выбирают такие примеры, каковы определения корреалитета и солидаритета, давности и преклюзивного срока и т.п.³, - т.е. определения, относящиеся к институтам права на известной, относительно высокой ступени его развития. Служа потребности современного правосудия, общая догматическая теория должна ограничиться сравнением тех гражданских законодательств, которые стоят на уровне со-временного развития гражданской жизни образованных наций; желательно бы иметь общую догматическую теорию современного гражданского права образованных наций.

Логические процессы этой теории должны быть обычные процессы догматического исследования, описанные нами выше. Общая теория дает нормы, принципы и определения, которые получаются чрез обобщение норм, принципов и определений многих отдельных прав. - Коренная ошибка такого труда, как только что цитованная речь Пахмана, состоит именно в том, что обобщение, которое принадлежит к разряду процессов, подготовляющих факты к индукции (Милль, кн. IV; Бэн, кн. I, гл. 2, ср. кн. IV*), принято автором за самое индуктивное обобщение, откуда уже само собою выходило, что общие догматические принципы суть, будто бы, законы (Пахман). По другому очевидному недоразумению, автор принял за законы - определения, выраженные в форме предложений (Бэн, там же) или, что - то же, словесные предложения - за реаль-

³ См. Пахман С.В. О современном движении в науке права. (Полные библиографические данные указанной работы: О современном движении в науке права: Речь, произнесенная в годовом собрании Юридического общества, состоящего при Санкт-Петербургском университете, 14 февраля 1882 года. – Санкт-Петербург: Типография Правительствующего Сената, 1882. - 68 с. (*Прим. ред.*)). Я оставляю в стороне два вопроса: во-первых, в какой степени принципы, приведенные в тексте, суть *юридические* принципы; во-вторых, вопрос о том, не составляет ли второй из них достояния только относительно развитого права и не появился ли он лишь в связи с понятием о преемстве в правах, - понятием вообще позднего происхождения. Ср. по этому последнему предмету: Муромцев С.А., Определение и основное разделение права М.: Тип. А.И. Мамонтова и Ко, 1879. - 250 с., § 40 (См. современное издание этой книги: Муромцев С.А. Определение и основное разделение права. Вступ. ст., коммент. Ю.И. Гревцова. СПб.: Издательский Дом Санкт-Петербургского государственного университета, 2004. 224 с., (Антология теории права и государства) (*Прим. ред.*)); Его же. Гражданское право Древнего Рима. С. 661.

* Здесь и далее С.А. Муромцев ссылается на Александра Бэна «Логика» (1870), VII и VIII главы книги V которой в русском переводе под названием «Логика общественных наук» были опубликованы в журнале «Юридический вестник», 1882, № 6.

ные (Милль, кн. I, гл. 6), - ошибка, впрочем, весьма распространенная и, как показывает логика, всегда служившая источником важных заблуждений. Что предложения вроде: «обязательство солидарное отличается от корреляльного такими-то признаками, что преклюзивный срок, в отличие от давности, есть то-то, или что между покушением и оконченным преступлением существует такое-то различие»⁴ - суть не более как словесные предложения, это не подлежит никакому сомнению (см. ниже § IV.2. Абз. 3). - Выше был указан источник того заблуждения, - что дедукция входит в догматическое исследование; теперь мы знакомимся с происхождением другого заблуждения - касательно индукции. *Предположение о том, что индукция составляет один из главных методов юридической догмы, основано на том хорошо известном логике заблуждении, которое процесс образования общих понятий смешивает с индуктивным обобщением и не отличает словесных предложений от реальных.*

Это относится, конечно, к индукции в смысле Милля и Бэна, т.е. к так называемой несовершенной индукции. Иначе будет, если пристать к тому взгляду, по которому индукцией признается также суммирование предложений; так как суммирование предложений, несомненно, свойственно догме, то отсюда пришлось бы заключить, что и догме не чужда индукция. Так именно думает Гольмстен. Но по неправильному ли пониманию соответствующего места у Милля (кн. 3, гл. 2) или по другой причине, он предполагает, что это - взгляд Уэвелля. Взгляд Уэвелля относится не к суммированию предложений (Милль, там же, § 1), но к связыванию фактов (там же, §§ 3 и 4), и если надо было в этом случае опереться на авторитеты, то можно было бы найти их достаточное количество среди сторонников так называемой совершенной индукции. Для сохранения престижа догмы-статистики можно, пожалуй, называть суммирование предложений индукцией, но остается недоказанным, чтобы догме была известна настоящая или несовершенная индукция. - С обеих сторон остается, стало быть, бесспорным, что догме неизвестна индукция в строгом смысле этого слова. Лишь под условием уклонения от этого смысла возможно противоположное утверждение. Нет сомнения, что как для этого, так и для других уклонений в том же роде всегда найдется опора в том или другом громком имени, - если не в Уэвелле, то в каком-нибудь другом; достаточно обратиться к старым логикам или к логикам вроде Дживонса, чтобы найти там немало воззрений, противоречащих Миллю и Бэну. Но мы полагаем, что лишь следующая точка зрения обеспечивает правильный путь. Милль и, опираясь на него, Бэн дали нам наиболее полную и стройную обработку логики. Другие, не менее крупные писатели, как, напр., Уэвелль, могли высказывать, по тому или другому поводу, особые логические воззрения, но они не исполнили такой полной работы по логике как двое названные. В системе этих последних отдельные положения взаимно обуславливают одно другое; кто отвергает одно из них, тот вместе с тем

⁴ Пахман С.В. Указ. соч. С. 43. - По мнению автора, в приведенных предложениях не выражается никакого повеления. Мы полагаем, напротив, что они перелагаются в ряд повелений, а именно: юридические последствия, которые связаны с солидаритетом, предписывается соединять лишь с теми обязательствами, которые тем-то отличаются от корреляльных и т.д.; ср. выше § III.1. «Определение». Абз. 2.

берет на себя ответственность и по отношению к другим положениям, которые могут зависеть от отвергаемого. Дело ли юриста, не задумывающего коренной перестройки всей логики, брать на себя такую ответственность? Не лучше ли нам, юристам, смотреть на свою задачу более скромным образом? Не постараемся ли мы прежде всего воспользоваться тем богатством, которое кроется в системе Милля и Бэна, а потом уже примемся за ее исправление? От того или другого воззрения на индукцию зависит очень многое; от него зависит и построение дальнейшей теории индукции, и вопрос об отношении индукции к дедукции (особенно в социальных науках), и, наконец, вопрос о законах. К чему же решаться на такую ломку руководящих понятий? И из-за чего? - исключительно из-за того, чтобы иметь удовольствие встретить индукцию также в догме.

Итак, требование о сохранении юриспруденции в смысле «общей теории права» имеет свой смысл, если ввести его в надлежащие пределы. Но возведение этой теории на степень законченной науки и полное отчуждение ее от других отраслей правоведения основывается на ряде логических недоразумений. Не помогает делу и тогда, когда догму превращают в «статическую», потому что статические законы или законы сосуществования в большинстве случаев сами происходят от законов последовательности или динамических (ср. Милль, кн. III, гл. 22). Самолюбие юриста должно удовлетвориться тем заключением, что, поскольку он не работает непосредственно для практики, он подготавливает явления юридического мира для индукции и дедукции, которыми займется правоведение как часть социальной науки; значение его работы от того несколько не умаляется, ибо она навсегда останется необходимою ступенью в общем ходе научного исследования. Замкнуться же в цепь однажды выработанных понятий, оторваться от жизни, их вызвавшей, и отдаться всецело «исследованию внутренней природы права как права и, следовательно, лишь логической конструкции юридических понятий» (Пахман) значило бы не пойти далее диалектики и постоянно рисковать вернуться в область схоластики. Такой оборот игнорирует не только все успехи современной логики, но и успехи самой догматической юриспруденции, которая, начиная с сороковых годов настоящего столетия, настойчиво требует реального исследования взамен диалектического. Думается нам, что сами защитники юриспруденции как «конструкции юридических понятий» не согласятся со всеми выводами, которые проистекают из их требования, и что многое обусловлено в этом случае неточностью употребляемых выражений. Что-нибудь одно: или совсем не обращать внимания на требование индуктивной логики и продолжать вращаться в сфере старых методологических понятий; или же, принимая сказанные требования за исходные в своих суждениях⁵, сохранять повсюду надлежащую последовательность.

⁵ Пахман не отрицает положительных воззрений на науку, но лишь стремится доказать, что юриспруденция - наука (Указ. соч. стр. 34 и сл.); Гольмстен в самом начале своего этюда примыкает к воззрениям Милля и Конта на науку. Положение было бы проще, если бы открыто отрицался самый критерий положительного исследования; тогда весь спор был бы неуместен, так как вопрос шел бы о сравнительном достоинстве разных критериев (что подлежит исследованию философии и логики, но не юриспруденции).

IV.

Законы, в научном смысле этого слова, не следует смешивать ни с юридическими принципами, ни с юридическими определениями. Если мы избежем такого смешения, то не усомнимся в том, что догма права не занимается вовсе законами права.

1. *Различие закона и юридического принципа*⁶.

Очевидно, что закон принимается нами не в узком смысле государственного постановления, которое содержит какое-либо юридическое определение или правило, но в совершенно другом, философско-историческом или, вернее, общенаучном смысле. Под законом мы разумеем постоянство, которое существует *в силу природы вещей* в отношениях между явлениями или явлениями и их условиями и последствиями. Формула закона гласит: при таких-то условиях происходит то-то. Это отношение установлено не человеком, но естественными свойствами данных условий, - иначе говоря, самую природою.

Когда в юридическую науку проникла впервые идея закономерности исторических явлений, тогда этой идее было придано неправильное выражение. На историческое развитие человечества, общества и права смотрели как на процесс откровения объективно абсолютного разума, - процесс постепенного осуществления высших принципов жизни. Между прочим, развитие права представлялось как постепенное осуществление высших принципов (начал) справедливости. Закономерность исторических явлений усматривалась в необходимости их как результата логически-исторического развития принципов, которые таились в высшем разуме, в высшей справедливости. При таком взгляде закон сливался с принципом; и это смешение царит в юриспруденции по сию пору. Когда говорят о законах развития права, тогда понимают под ними обыкновенно некоторые общие юридические принципы. Но такое отождествление двух названных предметов содержит глубокую ошибку. Принцип имеет то сходство с законом, что также указывает на связь двух явлений (напр., преступления и наказания); но связь эта установлена в принципе не природою, а человеком. Поэтому принцип относится к совершенно иной категории предметов, нежели закон. Принцип, в чем бы он ни состоял, есть не более как явление.

Наука различает строго явления и их законы. Под явлениями разумеются вообще изменения в положении или состоянии предметов; под законами - постоянство отношений, замечаемое при этих изменениях. Явления составляют проявления закона, который неизменен и постоянен. Закон может быть парализован в своем действии; но он не может быть устранен как скоро присутствуют условия, к которым он относится. Так, можно препятствовать сближению двух тел; но нельзя устранить самого закона тяготения, который будет продолжать свое действие, например, в форме давления на препятствие. В области человеческого мира каждое действие человека образует явление; установленное дей-

⁶ Под этой рубрикой здесь перепечатывается в исправленном виде соответствующий параграф (§ 5) из моей книги «Определение и основное разделение права».

ствием либо иным событием конкретное отношение человека (напр., власть его над вещью, лицом) есть также явление. Точно также имеют значение явления правило, которое руководит в данное время и в данном месте поступками людей, и порядок, в который слагаются их отношения. Принцип же есть только обобщенное выражение совокупности общих свойств («общего смысла») существовавшего или существующего порядка, существовавших или существующих правил, отношений, действий. Таким образом, юридический принцип выражает собою явление истории права или, точнее, некоторую совокупность историко-юридических явлений. Юридический принцип служит формулой, которая характеризует так или иначе известную группу правовых отношений и соответствующих им правовых постановлений. Напротив, закон составляет формулу, которая указывает на отношение этих отношений и постановлений как исторических фактов между собою или к другим историческим фактам. Так, например, формула, которая утверждает, что договоры влекут устанавливаемые ими последствия, коль скоро соблюдена предписанная форма; - или что обманувший кого-либо обязан вознаградить его за вред, причиненный ему обманом; - или что каждый предполагается добросовестным, пока противное не доказано, - подобная формула есть известное явление истории права. Напротив, формулы, которые утверждают, например, что в жизни каждого народа период свободного развития юридических идей предшествует периоду формализма; что такие-то изменения в гражданском обороте сопровождаются признанием преступности обмана; что юриспруденция образованного общества склонна предполагать в каждом лице добросовестность, - подобные формулы выражают собою законы. В первом приведенном нами примере закон означает, что известный род явлений (формализм) предшествует всегда другому их роду; в двух других - что известные явления сопровождаются всегда другими известными явлениями. Юридический принцип указывает на то, что должно быть; закон - на то, что есть в силу свойств человека, общества и мира. Юридический принцип составляет продукт человеческой деятельности; закон стоит над нею. Юридический принцип может быть нарушен человеком; нарушение закона свыше человеческих сил. Юридический принцип подлежит критике; критика закона не имеет смысла.

Если даже допустить, что высшие принципы существуют сами по себе, что история человечества есть только постоянное стремление к осуществлению подобных принципов, то и в таком случае, они не будут иметь ничего общего с законами. По предположенному воззрению, этим принципам будет принадлежать абсолютное господство в идеальном будущем. Но в прошедшем и настоящем они постоянно нарушаются людьми. Человек должен познать и усвоить высший принцип для того, чтобы подчиниться ему. Напротив, закон действует совершенно независимо от того обстоятельства, известен или неизвестен он человеку. Человек подчинялся закону тяготения с самого начала своего существования, хотя ничего не знал об его существовании. Народы проходили последовательно известные периоды своего развития, хотя ничего не знали ни о необходимости этих периодов, ни вообще о закономерности своего исторического движения. Знакомство человека с законами ничего не изменило в них. Оно по-

служило только к тому, что посредством изменения *данных условий* действия закона, человек стал руководить по своим соображениям *направлением* этого действия. Свойства электричества не изменились от открытия Гальвани, Эрштеда и др.; но, комбинируя известным образом условия проявления электричества, человек устроил телеграфы, электрические машины, электрический свет. При данных условиях исторического развития у нас наступит экономическое и нравственное разложение общества точно так же, как оно наступило в древнем Риме и многих других странах. Но мы можем устранить либо задержать наступление этого результата путем некоторого воздействия на расположение условий нашего общественного развития. Располагая иначе причины, можно достигнуть иных результатов; но нельзя уничтожить самое действие причин.

Без особых замечаний ясно, что закон в смысле государственного постановления, относится к области явлений, но не к области законов в научном смысле.

Иногда определяют принцип как «общую мысль, проходящую сквозь целый ряд явлений» и путем такого определения думают сблизить принцип с законом (Гольмстен). Однако это есть как раз выражение того воззрения, с которым борется позитивизм. Положение о «мысли, проходящей чрез целый ряд явлений» есть не более как перефразировка того утверждения, что мировая жизнь есть постоянное и последовательное осуществление идей в ряде явлений; так учили Шеллинг и др., но не тому учит позитивизм.

2. Различие закона и юридического определения⁷.

Закон следует отличать также от определений. Определение не связывает двух явлений, но, относясь к *названию* одного явления, перечисляет признаки этого последнего. Определить название - значит указать с точностью предмет, им означаемый; это указание и достигается чрез перечисление всех признаков данного предмета. Таким образом, напр., предложения: «возвратить значит - отдать обратно полученное», «корреальное обязательство есть обязательство, обладающее такими-то свойствами», суть (несовершенные) определения терминов «возвратить» и «корреальное обязательство». Определения, однажды сделанные, могут быть разложены на части путем их словесного преобразования; или же возможно определение одного названия сопоставить с определением другого названия и путем словесного превращения обоих определений получить новые предложения; все такие предложения не будут содержать в себе ничего такого, что не содержалось бы уже в определениях, из превращения которых они получены. Так, из определения термина «возвратить» мы можем получить предложение: «возвращается только то, что получено», а из сопоставленных определений корреального и солидарного обязательств мы можем придти к предложению: «корреальное обязательство отличается от солидарного

⁷ Под этой рубрикой мы помещаем параграф, вновь написанный для книги «Определение и основное разделение права» и еще не напечатанный (Изменение и дополнение указанной работы впоследствии так и не состоялось – *Прим. ред.*).

обязательства такими-то признаками».

Юристу приходится руководствоваться не одними специально-юридическими истинами; он подчиняется также истинам более общего свойства. Так, в догматической юриспруденции находят свое приложение истины вроде: «целое больше своей части», или «нельзя передать другому более того, чем сам имеешь»; но происхождение этих утверждений не дает основания называть их законами. Первое из них получается из определения «целого» или «части», второе - из определения термина «передать». Нельзя определить «целое» и «часть», не указав на то, что целое больше части, а часть - меньше целого; нельзя также определить действие, означенное глаголом «передать» или существительным «передача» без того, чтобы не указать на то, что передается нечто, состоящее в обладании передающего. Таково же происхождение, напр., известного положения: «закон (в смысле государственного постановления) не имеет обратного действия», если только слово истолковать в наиболее широком значении. В самом деле, нельзя определить термин «возникновение», не указав на то, что предмет возникает, как скоро начинается какое-либо его действие на окружающий мир; другими же словами это обозначает, что где нет «возникновения», там нет и действия, а, стало быть, ничто, в том числе и постановление власти, не имеет обратного действия. Если же в разбираемом предложении: «закон не имеет обратного действия» слово «действие» истолковать в тесном смысле юридических последствий, то мы получим не более как юридический принцип, который предписывает, что юридические последствия (напр., наказание), которые данное постановление связывает с известным событием (напр., преступлением), *не должны* применяться к событиям, происшедшим ранее издания этого постановления; как всякий принцип, этот принцип не безусловен и подлежит нарушению. Не только судья по ошибке или злоупотреблению может придать любому постановлению законодателя обратное действие, но сам законодатель может повелеть, что такое-то его постановление должно применяться к событиям, которые произошли ранее его издания. Если сказать (как говорит это Пахман), что в этом последнем случае принцип не нарушается, так как повеление законодателя указывает лишь на то, что «прошедшие события должны обсуждаться как позднейшие», то такой аргумент будет не более как игра словами. Прошедшее во всяком случае остается прошедшим, хотя бы судья мысленно переносил его в позднейшее время; и если судья - по своей ли инициативе или по воле законодателя - прилагает к таким событиям постановление, которое издано после того, как они приключились, то это значит, что постановление получает обратную силу.

Закон утверждается предложением реальным, определение - предложением словесным; другими словами, утверждая закон, мы утверждаем о каком-либо предмете какое-либо новое свойство, напротив, в определении мы связываем это свойство с предметом как его известный признак. Но каждое реальное предложение, утверждающее о каком-либо предмете какое-либо новое свойство, по доказательстве своем может быть обращено в словесное предложение, которое связывает это свойство с предметом как его признак. Таким образом, имея об образованном обществе известное понятие, мы можем связать с ним

новое свойство, напр., доказать, что каждое образованное общество разделяет такой-то юридический принцип, а как скоро это последнее будет доказано, то следование данному принципу может стать, в наших глазах, признаком образованного общества и войти в состав его понятия. После этого утверждение: «каждое образованное общество разделяет такой-то принцип» приобретает характер словесного предложения.

V. О процессе непосредственного юридического творчества и его отношении к догме права.

В основе каждого юридического исследования - будет ли оно предпринято с целями практическими или теоретическими, будет ли это работа судьи, юрисконсульта, законодателя или ученого догматика - лежит процесс непосредственного юридического творчества. Он состоит в поиске ответов на вопросы новые, действующими юридическими нормами неразрешенные. Судье, юрисконсульту и законодателю эти вопросы подсказывает гражданско-правовая жизнь; догматик же, формулируя их, пользуется как указаниями жизни, так и указаниями собственного воображения и предусмотрительности.

Ответ получается или в форме казуального решения, или в форме юридической нормы. Судья и юрисконсульт творят право преимущественно в форме решений; но, особенно в наше время, судебное творчество проявляется также в формулировании юридических норм (решения кассационных судов, обязательные для ряда однородных дел). Законодатель преимущественно творит право юридическими нормами; точно так же поступает догматик.

Процесс непосредственного юридического творчества, по существу своему, не отличается ничем от процесса творчества вообще и, в частности, относится к категории практических построений (Бэн, Психология, кн. II, гл. VI, § 12*). Юрист вызывается к творчеству распрю двух сторон или взаимным столкновением интересов многих, - распрю и столкновением, не умиротворяемыми действующим правовым порядком и угрожающими его прочности и господству. Стимул, руководящий юристом, состоит в стремлении охранить правовой порядок, его ближайшая цель - умиротворить происшедшую распрю или столкновение, приведя столкнувшиеся стороны и интересы в гармонию с остальными частями правового порядка. Вопрос, разрешаемый в таком случае юристом, состоит в том, - какия отношения следует предписать столкнувшимся сторонам, чтобы достигнуть сказанного умиротворения и гармонии. Что те или другие отношения будут соответствовать такой цели - это отчасти чувствуется, отчасти проверяется суждением и затем последующею практикою. «Качество ума, называемое суждением, имеет значение, будучи ясным чувством искомой цели и чувством, удостоверяющим, что построение соответствует цели» (Бэн). Совокупное действие индукции и дедукции составляет существенный элемент юридического творчества, как и всякого построения. Индукция и дедукция не вращаются в этом случае только в области юридических идей; напротив, не менее того они оперируют идеями из других областей. Целесообразность решения

* Речь о работе Александра Бэна «Психология». Пер. с англ., 2-е изд-е, доп. - СПб., 1887.

или нормы, подсказываемых творчеством, определяется критерием, который опирается не только на факты права, но в равной степени - на факты экономии, нравственности, религии и т.д.; чтобы оценить эту целесообразность судья, законодатель и т.д. призывают на помощь всю совокупность своих познаний о человеке и обществе, руководствуются всею житейскою практикою. Чем менее юрист приурочивает свое творчество к специально-юридической сфере, т.е. к сфере уже выработанных и общепризнанных юридических идей, тем более оно оригинально и плодотворно.

Здесь и надо искать точку соприкосновения догматики с индукцией и дедукцией. Выше мы указали как участвует догматик в процессе непосредственного юридического творчества (§ III.1. «Обобщение». Абз. 2); и насколько он участвует в нем, настолько догматическое исследование покоится на исследовании индуктивном и дедуктивном. Взятое само по себе, в строгом смысле, догматическое исследование есть лишь воспроизведение той или другой системы права; но как скоро эта система воспроизводится в видах применения ее на практике, т.е. в интересах ее господства в будущем, то необходимо предусмотреть естественные рост и развитие правового порядка, которые должны произойти в этом будущем; необходимо пополнить запас юридических норм, раздвинуть принципы и определения, привести их в известной мере в текущее состояние, дабы они могли овладеть предстоящим развитием. Таков именно тот строй догматической работы, который соответствовал бы высказанным в наше время требованиям, чтобы догма приобрела конструктивный, творческий характер. В этой своей роли догматик приближается к законодателю и догматический элемент его работы переплетается с творческим. Вместе с тем еще раз обнаруживается вся неосновательность того воззрения, которое приурочивает догму к статике и желает освободить догматика от всякого влияния идеи развития. Напротив, развитие и здесь определяет основную, исходную точку зрения на предмет.

Снова нам приходится повторить некоторые мысли, уже выраженные в другом месте⁸. Систематическое изложение юридических норм, предназначенных к применению на практике, будет вполне плодотворно лишь в том случае, если последует указание целей, для достижения коих нормы назначены; определение института удовлетворит своему назначению, если представит верно соотношение его различных свойств. Догматическое определение не назначено только для того, чтобы отличить как-нибудь определяемый институт от другого. Напротив, оно служит юристу указанием на то, в каком соотношении находятся различные свойства института. Подчиняясь этому указанию, юрист стремится к поддержанию того же соотношения на практике. Если же указание сделано неверно, то и практика юриста получит неверное направление: он будет стремиться к осуществлению такого соотношения различных свойств института, которое противоречит его природе. Следовательно, для того, чтобы догматическое определение могло удовлетворить своему назначению, необходимо, чтобы оно было выведено из изучения природы института; другими словами,

⁸ См.: Муромцев С.А. Определение и основное разделение права, 1879, § 13.

необходимо изучение всего развития его. Только таким путем познается источник различных свойств института, их значение и взаимное соотношение. При пренебрежении этим путем легко впасть в односторонность, отдав излишнее предпочтение свойству, почему-либо бросившемуся в глаза. Ничто, например, не кажется проще и вернее определения: право собственности есть полное юридическое господство над вещью. С точки зрения этого определения, каждое стеснение собственника представляется не иначе как ограничение права собственности, - как некоторая измена логическому совершенству понятия. Отсюда возникает недружелюбное отношение юриста к ограничениям собственности на практике и стремление его к строгому толкованию их. В полном неограниченном господстве над вещью юрист видит единственный нормальный тип собственности и блюдет за его чистотой в действительной жизни. Между тем историко-культурное изучение права собственности обнаруживает, что «ограничения» его не составляют чего-либо враждебного ему по своей природе, но вытекают из тех же источников, как и сама собственность. Обе формы обладания вещами - частная и совместная или общая - служат в руках общества орудиями для одинаково важных целей и потому обе заслуживают одинакового внимания. Мы узнаем, что право собственности, подобно каждому другому праву, есть лишь средство к достижению некоторых культурных целей и должно оцениваться с точки зрения этих целей. Познание же целей и их соотношения приобретаетс через изучение права как социального явления.

Идея развития должна отразиться также на догматической *классификации*. В настоящее время в догме гражданского права общепринята довольно простая система, соответствующая описательному назначению догмы. Единицею группировки служит *институт*, общие принадлежности всех институтов излагаются в так называемой общей части и вся масса отдельных институтов размещается в том или ином порядке в так называемой особенной части. Самый порядок размещения подчиняется по преимуществу точке зрения описания и институты располагаются сообразно их внешнему сходству и различию. - Эти приемы не отвечают всем требованиям творческой догмы. Вместо группировки институтов по их внешнему виду здесь часто может встретиться надобность в группировке их по интересам, которые они представляют в гражданской жизни; догматическая классификация приблизится, пожалуй, к классификации исторической, и тут и там должна будет принять во внимание исторический генезис права. Кроме того, не всегда окажется целесообразным удерживать институт как единицу; размещение материала по *принципам* может принести большие выгоды. Задача исследователя будет состоять в том, чтобы уловить в праве, на прострстве всех его институтов, принципы растущие и падающие, оценить их взаимное соотношение в жизни, их практическое значение и, излагая их, тем самым изобразить те основные тенденции, за или против которых судебной практике предстоит бороться. В какое отношение этот способ догматической классификации станет к способу господствующему - этого вопроса мы не касаемся и, может быть, ответ на него надо предоставить будущему. Да позволено будет лишь одно замечание. Господствующая догматическая классификация возникла в школе и удовлетворяет прежде всего (по своей простоте и относи-

тельной конкретности) школьным требованиям; но помимо школы догматическое исследование должно воздействовать на *движение* гражданского правосудия, руководить этим движением и в этой сфере, может быть, имеют свою цену приемы классификации, несколько отличные от общепринятых.