

св. 688 / 1884

СВОБОДНОЕ

ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВО

ВЪ

РИМСКОМЪ ГРАЖДАНСКОМЪ ПРАВѢ.

„Per extraneam personam nihil acquiri posse, dicitur.“
Gajus.

ИСТОРИКО-ЮРИДИЧЕСКОЕ ИЗСЛѢДОВАНИЕ.

Л. КАЗАНЦЕВА.

Приватъ-доцента Университета Св. Владиміра.

КИЕВЪ.

Въ университетской типографіи.
1884.

688.
x

Розу
K. 2

1. The first part of the paper is devoted to a discussion of the general principles of the theory of the structure of the human brain.

2. The second part of the paper is devoted to a discussion of the general principles of the theory of the structure of the human brain.

3. The third part of the paper is devoted to a discussion of the general principles of the theory of the structure of the human brain.

347.
Госуд. Книжный Фонд

3115



СВОБОДНОЕ ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВО

ВЪ

РИМСКОМЪ ГРАЖДАНСКОМЪ ПРАВѢ.

„Per extraneam personam nihil acquiri posse, dicitur.“
Gajus.

ИСТОРИКО-ЮРИДИЧЕСКОЕ ИСЛѢДОВАНИЕ.

6181. (m)
Лекція 1-я по Казанцеву

Л. КАЗАНЦЕВА.

Приватъ-доцента Университета Св. Владимира.

КИЕВЪ.

Въ университетской типографіи.

1884.

Оттисекъ изъ Университетскихъ Извѣстій 1884 г.
Печатано по опредѣленію Совѣта Университета св. Владиміра.

Посвящается

Валлинику Андреевичу

МИТЮКОВУ.

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Вопросу о представительствѣ посчастливилось вновь стать моднымъ вопросомъ въ западной (нѣмецкой) литературѣ. Одна за другой появляются монографіи, посвященныя объясненію этого правоваго понятія и опредѣленію отношенія къ нему положительнаго права—и въ особенности права римскаго. Ученые ¹⁾, вновь посвятившіе себя этому труду, пытаются подорвать выработанное усиліями предшествовавшихъ писателей господствующее теперь мнѣніе и при томъ подорвать его не только въ частностяхъ, но и въ самомъ существѣ его. До сихъ поръ только *Ф. К. фонъ-Савиньи* стоялъ одиноко съ своей протестующей теоріей, утверждая, въ противоположность господствующему мнѣнію, что римское право представительство знало и признавало. Но вотъ появляются новые поборники этой-же идеи, идущіе не по стопамъ Савиньи, но приходящіе къ тому-же результату. Римское право рѣшительно и очевидно признавало представительство. Мнѣніе противниковъ—не болѣе какъ одна сплошная ошибка или недоразумѣніе. Свидѣтельства—въ источникахъ. Масса фрагментовъ изъ пандектовъ, кодексовъ, институцій приводится въ подтвержденіе этого положенія и масса

¹⁾ *Hellmann Fr.* Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften. 1882. Отчасти и *Schlossmann Siegm.* Der Besitzerwerb durch Dritte nach röm. und heutigem Rechte. Ein Beitrag zur Lehre von der Stellvertretung. 1881. *Eisele F.* Cognitur und Procuratur. Untersuchungen zur Geschichte der prozessualen Stellvertretung 1881.

II

труда и таланта тратится на сообразное съ цѣлью толкованіе этихъ фрагментовъ. Господствующая теорія, поставленная на твердомъ основаніи Мюленбрухомъ ²⁾ и Бухвой ³⁾ и много разъ обработанная послѣдовавшими учеными до Циммермана ⁴⁾ вѣлчительно, колеблется въ своемъ основаніи и грозитъ паденіемъ. Послѣдователи ея должны собрать всѣ свои силы и глубже обосновать свое ученіе, если хотятъ его спасти ⁵⁾. Моментъ повидимому критическій; но только повидимому. Несомнѣнная заслуга новаторовъ—ученыхъ состоитъ въ томъ, что они глубже проникли въ источники, обставили свое мнѣніе бѣльшими деталями; но ихъ интерпретація, ихъ толкованіе источниковъ едва-ли можетъ быть признано справедливымъ и удачнымъ.—Задачей настоящаго труда было взвѣсить всѣ про и contra относительно спорнаго вопроса и на основаніи надлежащаго обсужденія относящихся сюда фрагментовъ попытаться опредѣлить, что ближе къ истинѣ. И намъ кажется, что не старая теорія должна склонить свою голову предъ новой, какъ побѣжденная, а напротивъ новая должна ступеваться предъ старой.

²⁾ Die Lehre v. d. Cession der Forderungsrechte.

³⁾ Die Lehre v. d. Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen.

⁴⁾ Die Lehre v. d. stellvertretende Negotiorum Gestio.

⁵⁾ *Baron*. Разборъ сочиненія Hellmann'a въ Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. N. F., Bd. V H, I p. 44.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Принципъ римскаго гражданскаго права.

Представительство, въ современномъ его понятіи, есть основанная на полномочіи и явная замѣна одного лица другимъ при совершеніи юридическихъ дѣйствій, которыя въ силу этого совершаются на имя заступаемаго (принципала) и производятъ права и обязанности прямо для послѣдняго безо всякаго отношенія ихъ къ представителю ¹⁾. Предста-

¹⁾ Представительство признается, хотя и съ нѣкоторыми отступленіями отъ выставленнаго понятія, въ Allgemeines Landrecht I tit. 13 § 85; Codex Maximilianus p. 4 с. 9 § 7.—Затѣмъ въ Oesterreichische bürger. Gesetzbuch § 1002, 1017, 1018; Bürgerliche Gesetzbuch für d. Königreich Sachsen § 788; Züricher Gesetzb. § 949; Allgem. Deutsche Handelsgesetzbuch art 52 и др., Code civil art. 949, 1984, 1998; Сводъ законовъ Россійской Имперіи т. X ч. 1 ст. 2326, т. X ч. 2 ст. 193. Уставъ торговый ст. 705.—*Buchka* ib. p. 121—252. *Windscheid*. Pandectenr. § 73. *Laband*. въ Zeitschrift für d. gesammte Handelsrecht. Bd. X. H 2 p. 184—188. *Wächter* Württemberg. Privatrecht Bd. 2. p. 679. *Unger* System d. oesterreichischen allgem. Privatrechts. Bd. 2 § 90. *Förster* Theorie und Praxis d. preus. Privatr. Bd. 1. p. 196 fg. *Troplong* Du mandat (Droit civil expliqué) p. 479 s. et p. 562 s. *Molitor* Cours de droit romain (les obligations) T. I p. 109. *Нерсесовъ*. Понятіе добровольнаго представительства въ гражд. правѣ р. 153 слѣд. *Гордонъ*. Представительство въ гражд. правѣ. р. 39 слѣд. *Цитовичъ*. Лекціи торговаго права р. 300.—Опредѣленіе понятія представительства, обособленіе его отъ

витель такимъ образомъ дѣйствуетъ юридически, ибо онъ изъявляетъ свою волю, при двустороннихъ актахъ онъ вмѣстѣ съ другимъ участвующимъ лицомъ устанавливаетъ правила, опредѣляющія актъ (*lex contractus*), другими словами онъ есть контрагентъ въ (двустороннемъ) юридическомъ актѣ. Этими чертами представитель отличается отъ другаго (фактическаго) пособника, нерѣдко участвующаго въ совершеніи акта—отъ нунція. Нунцій только передаетъ волю пославшаго его, актъ совершается черезъ него, но не имъ, а самимъ пославшимъ его; этотъ послѣдній, а не посланный облакаетъ предварительные переговоры въ дѣйствительный договоръ. Нунцій можетъ участвовать своимъ рѣшеніемъ въ предварительныхъ переговорахъ и приготовленіяхъ къ акту и наоборотъ дѣйствія представителя могутъ быть здѣсь точно опредѣлены принципаломъ; но въ отношеніи къ другому контрагенту второй является выразителемъ своей собственной воли, а первый—только переносчикомъ оферта и акцепта своего принципала. Слѣдовательно различіе между этими посредниками лежитъ не въ объемѣ предоставляемаго имъ принципаломъ усмотрѣнія, а въ способѣ выступленія передъ другимъ контрагентомъ. Въ качествѣ чего выступаетъ посредникъ, это должно опредѣляться, при устномъ заключеніи акта, способомъ выраженій ²⁾, при письменномъ—подписью акта.—Итакъ представитель, облакая предварительные переговоры и предположенія, опредѣленныя его или принципала усмотрѣніемъ, въ надлежащую для акта форму, является самъ совершающимъ этотъ актъ; но тѣ послѣдствія, которыя долженъ вызвать его актъ, направляются имъ прямо и непосредственно на принципала,—себя представитель не хочетъ ни

сходныхъ съ нимъ юрид. явленій и анализъ его сдѣланы мною въ другомъ трудѣ: Ученіе о представительствѣ въ гражд. правѣ. Недостатокъ времени лишилъ меня возможности обработать предположенное для настоящаго сочиненія введеніе, въ которомъ я намѣренъ былъ повторить сказанное мной въ вышеназванномъ трудѣ со нѣкоторыми существенными дополненіями и измѣненіями.

²⁾ Я утверждаю это, несмотря на новыя рѣзсужденія Hellmann'a (ib. p. 13—24). Фразы, употребляемыя посредниками, могутъ быть различны, могутъ быть иногда темны и смыслъ ихъ можетъ служить предметомъ спора (*quaestio facti*); но все таки въ концѣ всегда можно отыскать, въ качествѣ кого говорилъ онъ.

обязать, ни управомочить. Актъ, совершенный представителемъ производить права и обязанности прямо и исключительно въ правовой сферѣ принципала. Это обстоятельство объясняется съ одной стороны явнымъ намѣреніемъ представителя, который свои дѣйствія совершаетъ на чужое имя, съ другой—волей принципала, который въ своемъ порученіи и полномочіи представителю заранее присвоиваетъ себѣ и признаетъ все то, „что тотъ законно совершить“ ³⁾. Этимъ моментомъ непосредственности въ возникновеніи правъ и обязанностей для принципала представительство отличается отъ т. н. непрямого или посредственного представительства, гдѣ посредникъ свое желаніе дѣйствовать вмѣсто другаго не дѣлаетъ объективнымъ моментомъ сдѣлки, напротивъ направляетъ ее на себя, а потомъ приобрѣтенныя изъ нея права и обязанности переноситъ особымъ актомъ на принципала.—Моментъ непосредственности въ возникновеніи правъ и обязанностей сближаетъ представительство съ другимъ правовымъ явленіемъ, извѣстнымъ подъ именемъ договоровъ въ пользу третьяго; но въ другихъ сторонахъ этихъ правовыхъ явленій между ними лежитъ болѣе глубокое различіе, чѣмъ между представительствомъ и т. н. посредственнымъ представительствомъ. Достаточно сказать, что при договорахъ въ пользу третьяго лица, соотвѣтствующее представителю, совершаетъ не чужой актъ (здѣсь нѣтъ ни порученія, ни полномочія), а свой собственный, такъ что намѣренное и непосредственное направленіе правъ на 3-го стоитъ внѣ всякой связи съ волей этого лица ⁴⁾; здѣсь нѣтъ замѣны одного лица другимъ въ совершеніи юридическихъ дѣйствій.—Представитель есть контрагентъ (двусторонняго) акта, онъ воплощаетъ предварительныя предположенія въ надлежащую форму, поэтому всѣ условія, необходимыя для такой

³⁾ Многие ученые (*Savigny, Ruhstrat, Dernburg, Hellmann* и др.) и нѣдко судебная практика (ср. *Hellmann* p. 23) считаютъ контрагентомъ акта не представителя, а принципала. Не имѣя возможности входить здѣсь въ подробности этого интереснаго вопроса, а равно и близко связаннаго съ нимъ вопроса объ обоснованіи представительства, скажу только, что я держусь господствующаго мнѣнія (*Zimmermann ib. p. 41*).

⁴⁾ Примѣръ *donatio sub modo* передать подаренное черезъ определенное время другому *Fr. 3. D. 8. 55*. Ср. впрочемъ *Knaus Die s. g. Verträge zu Gunsten Dritter p. 6*.

дѣятельности, должны быть въ его лицѣ: свобода, серьезность воли, надлежащій возрастъ и проч.; напротивъ относительная способность къ приобрѣтенію извѣстныхъ правъ или обязанностей, намѣченныхъ актомъ, не требуется въ его лицѣ, а должна быть въ лицѣ принципала, всецѣло и непосредственно получающаго все произведенное актомъ.— Наконецъ надо еще отмѣтить, что представительство по различію оснований для полномочія представителя, распадается на два вида—свободное (добровольное) и необходимое (законное). Признакъ необходимости и свободы лежитъ здѣсь не въ лицѣ представителя, а представляемаго, который или по своему желанію выбираетъ себѣ представителя или ему назначается таковой закономъ, судебнымъ или административнымъ распоряженіемъ, напр. опекунъ, государственный чиновникъ по дѣламъ службы и нерѣдко представитель юридическаго лица.

„Jeder ist der Schmied seines Glücks.“

Ihering.

Вопросъ, которому посвященъ настоящій трудъ, состоитъ въ томъ: признавало-ли римское право свободное представительство?

Ученая литература, занимаясь этимъ вопросомъ съ давняго времени, выработала господствующее мнѣніе, рѣшающее данный вопросъ отрицательно. Но, какъ и всегда бываетъ, рядомъ съ этимъ мнѣніемъ стоятъ другія, рѣшающія вопросъ иначе,—и именно одно изъ такихъ мнѣній принадлежитъ коренной науки гражданского права, Ф. К. фонъ-Савиньи, другое, не менѣе рѣшительное, появилось въ послѣднее время ⁵⁾. Изученіе источниковъ приводитъ меня къ рѣшенію присоединиться къ мнѣнію господствующему и попытаться отстоять его правильность въ противоположность недавно сдѣланнымъ на него нападка́мъ.—Римское право не выработало точно и опредѣленно понятія представительства и не имѣло названія для этого юридическаго явленія. Поэтому, приступая къ обзорѣ источниковъ, слѣдуетъ сказать,

⁵⁾ Въ сочиненіи Hellmann'a, упомянутомъ выше.

что выраженія ихъ относительно даннаго вопроса неопредѣленны и не рѣдко неясны, что взгляды свой на этотъ вопросъ Римляне высказываютъ, трактуя о другихъ матеріяхъ, нерѣдко даже случайно и безсознательно.

Свидѣтельство относительно невозможности представительства при нѣкоторыхъ видахъ юридическихъ дѣйствій мы имѣемъ еще изъ времени полнаго господства *juris civilis*—именно мнѣніе юриста К. М. Сцеволы (см. ниже). Но общее правило, что представительство вообще невозможно, можно извлечь только изъ сочиненій классическихъ юристовъ. Я остановлюсь на мнѣніяхъ двухъ юристовъ: Гая и Павла.

Гай говорить ⁶⁾:

Ex his apparet, per liberos homines, quos neque juri nostro subjectos habemus, neque bona fide possidemus.... nulla ex causa adquiri posse, et hoc est, quod dicitur: per extraneam personam nihil adquiri posse.

Павель говорить ⁷⁾:

Per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, acquiri nobis nihil potest.

Итакъ черезъ свободныхъ, неподчиненныхъ власти или постороннихъ лицъ по римскому праву нельзя было ничего приобрѣсть. Анализируя это постановленіе, остановимся прежде всего на словахъ: *libera persona*. Выраженіе: *libera* употреблено здѣсь не въ смыслѣ *status libertatis*, а вообще въ смыслѣ свободы отъ подчиненія другому лицу, т. е. подчиненія его *potestas*, *manus*, *mancipium*; поэтому выраженіе Гая: *extranea persona* лучше выражаетъ сущность дѣла. Если нельзя было приобрѣсть черезъ свободныхъ, неподвластныхъ или постороннихъ лицъ; то *argumento a contrario* приобрѣтеніе чрезъ свободныхъ, но подвластныхъ лицъ должно было признаваться. И оно дѣйствительно признавалось. Всѣ подчиненныя чужой власти свободныя лица могли приобрѣтать и даже необходимо приобрѣтали для своего властелина всякаго рода права. Что это юридическое явленіе не есть еще однако представительство, объ этомъ будетъ рѣчь во второй главѣ

⁶⁾ *Institutiones*. II § 95.

⁷⁾ *Receptae Sententiae*. V. tit. 2 § 2. Ср. еще того-же автора *Fr.* 15 D. 13. 5; *Fr.* 12 p. D. 42 5.

настоящаго труда.—Далѣе, изъ сопоставленія приведеннаго мѣста Гая съ его-же II § 86 очевидно, что здѣсь имѣется въ виду юридическая, а не фактическая дѣятельность посредника. Затѣмъ должно сказать, что фраза: *per liberam personam acquiri nihil potest*—выражена слишкомъ обще. Римское право исключало не всякое приобрѣтеніе черезъ свободныхъ постороннихъ лицъ, а только непосредственное приобрѣтеніе, т. е. такое, гдѣ приобрѣтаемое право возникаетъ прямо въ лицѣ принципала, не касаясь вовсе правовой сферы посредствующаго лица. Посредственное приобрѣтеніе правъ, когда лице приобрѣтаетъ права хотя и для другаго, но такъ, что они возникаютъ прежде всего въ его правовой сферѣ, а потомъ уже въ силу особаго акта переносятся къ тому, для котораго они приобрѣтены,—такое приобрѣтеніе для свободныхъ лицъ допускалось римскимъ правомъ⁸⁾; но и оно отличается существенно отъ свободного представительства, какъ увидимъ въ той-же второй главѣ. Въ виду сказаннаго положеніе: чрезъ постороннее свободное лице нельзя ничего приобрѣсть—слѣдовало-бы замѣнить болѣе точнымъ: чрезъ постороннее свободное лице нельзя ничего приобрѣсти *непосредственно*. Подъ эту формулу запрещенія вполнѣ подходитъ свободное представительство, какъ мы опредѣлили его въ началѣ; тамъ, какъ и здѣсь, имѣетъ мѣсто также непосредственное приобрѣтеніе чрезъ другое (для римскаго права—постороннее, свободное) лице.

Приведенныя выраженія юристовъ захватываютъ однако гораздо болѣе обширную область юридическихъ дѣйствій, чѣмъ представительство. Они обнимаютъ собой не только это послѣднее, но еще и другое юридическое явленіе, называемое договорами въ пользу третьяго⁹⁾. Договоръ въ пользу третьяго происходитъ тамъ, гдѣ третье лице, не будучи заступаемо ни однимъ изъ контрагентовъ, но однако согласно съ волей и намѣреніемъ ихъ приобрѣтаетъ непосредственно собственное самостоятельное право. Очевидно, что такое юридическое явленіе также какъ и представительство подходитъ подъ выставленное выше запретительное правило римскаго права. Римскіе юристы не различали конечно этихъ двухъ понятій (представительства и договоровъ

⁸⁾ Напр. Fr. 135 § 2 D. 45, 1; Fr. 59 D. 41 1.

⁹⁾ *Vangerow*. Pandectenr. § 508 p. 308. *Schlossmann* ib. p. 78.

въ пользу третьяго), и одно и тоже правило устраняло возможность того и другаго.

Разлагая далѣ приведенныя выше выраженія Гая и Павла, мы видимъ, что содержащееся въ нихъ запретительное правило имѣетъ всеобщій характеръ относительно объекта, ибо въ немъ говорится: *ni-hil acquiri potest*, и относительно юридической причины приобрѣтательнаго акта, такъ какъ тамъ сказано: *nulla ex causa*.—Наконецъ должно сказать, что правило это формулировано нѣсколько узко еще потому, что содержащееся въ немъ выраженіе: *acquiri*—не можетъ выразить собою всего разнообразія юридическихъ дѣйствій ¹⁰⁾; между тѣмъ этого слѣдовало ожидать отъ правила, выставляющаго общій принципъ. *Acquiri* означаетъ приобрѣтеніе правъ, но несомнѣнно, что римское право съ такой же силой, если еще не болѣе, отвергало и прекращеніе, потерю правъ посредствомъ посторонняго свободнаго лица. Уже и само по себѣ естественно положеніе, что римское право, неблагоприятно взирая на непосредственное приобрѣтеніе черезъ постороннихъ лицъ, должно было столь же неблагоприятно смотрѣть на прекращеніе правъ черезъ нихъ. Но можно найти и подтвержденіе этого положенія. Такъ можно указать на то, что римское право различаетъ *melior conditio* и *deterior conditio* и опредѣляетъ каждое различными нормами ¹¹⁾.—Въ виду этого запретительное правило, выраженное болѣе опредѣленно, должно было бы принять такую формулу: черезъ постороннихъ свободныхъ лицъ непосредственно нельзя ничего ни приобрѣсть, ни потерять ¹²⁾.—Эго правило захватываетъ собой и представительство. Оно не говоритъ объ этомъ прямо, оно не содержитъ въ себѣ нѣкоторыхъ другихъ признаковъ представительства; но этого нельзя было и ожидать, ибо оно сложилось въ то время, когда о представительствѣ Римляне не

¹⁰⁾ *Schlossmann* ib. p. 48.

¹¹⁾ *Naturalis enim simul et civilis ratio suavit alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriore non posse.* Fr. 39 D. 3 5. Ср. еще Fr. 133 D. 50. 17; Fr. 22 D. 46 3.

¹²⁾ Конечно здѣсь ничего не говорится еще объ осуществленіи и охраненіи правъ. Но можно-ли было этого и ожидать? Относительно (судебной) защиты правъ будетъ сказано ниже.