

ОЧЕРКИ

по

РУССКОМУ ТОРГОВОМУ ПРАВУ.

А. Х. ГОЛЬМСТЕНА

ОРДИНАРНОГО ПРОФЕССОРА ВОЕННО-ЮРИДИЧЕСКОЙ АКАДЕМИИ.

ВЫПУСКЪ ПЕРВЫЙ.



С.-ПЕТЕРВУРГЪ.

Типографія Д. В. Чичибадзе, Невскій пр., № 88.

1895.

О Г Л А В Л Е Н И Е.

	СТРАН.
Предисловие	I—III
I. Наука русского торгового права.	1—17
II. Источники русского торгового права	20—29
III. Торговая право- и дѣлеспособность.	30—37
IV. Торговое предпрѣятіе	38—46
V. Фирма и торговыя книги	47—69
VI. Торговый персоналъ	70—82
VII. Торговые товарищества.	83—95
VIII. Товарищества съ переменнымъ капиталомъ . .	96—114
IX. Общая характеристика торговыхъ сдѣлокъ. . .	115—123
X. Заключеніе торговыхъ сдѣлокъ и ихъ предметъ	124—141
XI. Торговая купля-продажа	142—156
XII. Торговая поклажа	157—177
XIII. Биржевые сдѣлки	178—195
XIV. Банковые сдѣлки	196—202
XV. Коммиссионная сдѣлка	203—210

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Предлагаемыми «Очерками по русскому торговому праву»,—большая часть коихъ въ разное время была отпечатана въ «Юридической Лѣтописи» и въ «Журналѣ Юридического Общества»,—я желалъ внести и свою посильную лепту въ дѣло созданія науки *русскаго* торгового права. Наука эта находится въ периодѣ зарожденія. Все доселѣ сдѣланное несомнѣнно имѣть научную цѣну, но лишь въ тѣхъ частяхъ, гдѣ материаломъ разработки служили постановленія нашего торгового законодательства или гдѣ изслѣдователи касались чисто теоретической стороны вопросовъ торгового права. Главный материалъ,—какъ я постараюсь доказать,—изъ котораго только и можетъ быть, при дѣйствіи нынѣшняго торгового устава, построено зданіе русскаго торгового права, есть право обычное. Матеріалъ этотъ, не считая двухъ-трехъ монографій, не только не разработанъ, но и весьма мало извѣстенъ. Малоизвѣстность, однако, все-таки не неизвѣстность: кое-что по этой части

находится въ нашемъ распоряжениі и доступно для пользованія. Это-то кое-что я и утилизировалъ въ «Очеркахъ», извлекая торговые обычаи, какъ изъ судебныхъ рѣшений, такъ и изъ работъ исследователей торговаго быта. Но понятно само собой, что по тѣмъ вопросамъ, по которымъ имѣются опредѣленія въ торговомъ законодательствѣ, я послѣднимъ отвелъ первенствующее мѣсто.

Съ другой стороны, въ предлагаемыхъ очеркахъ мнѣ хотѣлось представить примѣръ того, что юристъ, оперирующей надъ такою областью общественнаго быта, въ которой экономическій элементъ выступаетъ столь рѣзко и выпукло, можетъ остаться юристомъ. Коммерсіалисты, въ большинствѣ случаевъ, находятся подъ столь сильнымъ вліяніемъ этого элемента, что незамѣтно для самихъ себя выпускаютъ изъ рукъ знамя юриста. Они забываютъ, что отъ нихъ требуется не бытовое описание, а юридическая квалификація и конструкція занимающихъ ихъ явленій. Въ предлагаемыхъ «Очеркахъ» я старался стоять на чисто юридической почвѣ.

Наконецъ, считаю нужнымъ замѣтить, что въ тѣхъ ученіяхъ, которые представляютъ собою лишь частичное видоизмѣненіе учений обще-гражданскихъ, я послѣднихъ почти не касаюсь,

III

а останавливаюсь только на торговыхъ осо-
бенностяхъ; напр., при изложениі ученія о тор-
говомъ законѣ я только указываю на особен-
ности этого закона; при изложениі торговыхъ
сдѣлокъ, находящихъ свой прототипъ въ граж-
данскомъ правѣ, я излагаю лишь торговые
особенности этихъ сдѣлокъ и т. д.

28-го января
1895 г.

А. Г.

I.

НАУКА РУССКАГО ТОРГОВАГО ПРАВА.

Торговое право, въ собственномъ смыслѣ этого слова, есть отрасль права гражданскаго; это одна изъ специальныхъ его отраслей, специальныхъ въ томъ смыслѣ, что частныя правоотношениа, коими занимается гражданское право, въ торговомъ правѣ изслѣдуются лишь постольку, поскольку они подвергаются измѣненію, упрощаются, осложняются, известнымъ образомъ комбинируются, сообразно потребностямъ и условіямъ торгового оборота. Торговое право, какъ и всякая другая юридическая наука, изслѣдуетъ жизненныя отношенія данного порядка не непосредственно, а при посредствѣ тѣхъ юридическихъ нормъ, коими эти отношенія опредѣляются; оно оперируетъ надъ нормами,— законами и обычными правилами,— въ коихъ и содержится то специфическое, что придастъ ему отличную отъ другихъ юридическихъ наукъ окраску, что выдѣляетъ его въ особую отрасль права гражданскаго. Между этими юридическими нормами, несомнѣнно, первенствующее място принадлежитъ закону. Какъ бы широко ни развились, какъ бы прочно ни установились

обычно-правовые нормы, онъ не въ состояніи такъ упорядочить бытовыя отношенія, какъ это въ силахъ сдѣлать законъ. На Западѣ относительно торгового права уже въ XVII в. пришли къ сознанію преимущества законодательныхъ правилъ передъ обычными, и принялись за изданіе торговыхъ законовъ. Законы эти, разъ кодифицированные, дали богатый материалъ для науки, и мы видимъ, какая оживленная, усиленная индуктивная работа идетъ вслѣдъ за новыми и новыми кодификаціями. Западнымъ коммерсіалистамъ есть надъ чѣмъ оперировать. Взгляните на любой курсъ торгового права — вездѣ вы увидите сложнѣйшія и труднѣйшія обобщенія, увидите тонкій, подчасъ доведенный до виртуозности, юридический анализъ — чего? Почти исключительно законовъ, содержащихся въ торговыхъ кодексахъ. Что же мы находимъ у насъ? Первый нашъ сборникъ торговыхъ законовъ появляется въ видѣ одного изъ уставовъ государственного благоустройства, въ составѣ Свода законовъ; онъ же, неизмѣненный въ своемъ существѣ, — по крайней мѣрѣ въ тѣхъ частяхъ, которые касаются торгового права въ собственномъ смыслѣ, — дѣйствуетъ и въ настоящее время; это, повидимому, нашъ торговый кодексъ; въ немъ, — хотѣлось бы сказать, — исчерпаны нормы торгового права, примѣняемыя въ нашемъ торговомъ быту; но, къ сожалѣнію, на самомъ дѣлѣ это вовсе не такъ: если исчерпывающе или почти исчерпывающе въ этомъ смыслѣ значеніе имѣютъ современные западные торговые кодексы, то о нашемъ торговомъ уставѣ этого отнюдь нельзѧ скажемъ.

зать. Одинъ поверхностный обзоръ содержанія его показываетъ, что торговымъ кодексомъ онъ названъ быть не можетъ,— это, какъ выразился проф. Цитовичъ, складъ обломковъ законодательной дѣятельности разныхъ царствованій, начиная съ Петра Великаго ¹⁾). Состоитъ уставъ, въ настоящее время, изъ трехъ книгъ: въ первой содержатся правила «о договорахъ и обязательствахъ, торговлѣ свойственныхъ», во второй — «о морской торговлѣ», и въ третьей — «о торговыхъ установленияхъ». Въ первой идеть рѣчь о трехъ договорахъ: о наймѣ приказчиковъ, о довѣренности и о товариществахъ; во второй содержатся отрывочные указанія на иѣкоторыя частныя отношенія по морской торговлѣ, напр., о наймѣ и покупкѣ судовъ, о морскомъ страховани, о бодмерѣ и т. п.; въ третьей идеть рѣчь объ устройствѣ ярмарокъ и биржъ, о веденіи торговыхъ книгъ, о мѣрахъ и вѣсахъ и т. п. А гдѣ самая коренная, основная торговья сделки? Гдѣ торговая купля-продажа, поставка, перевозка, комиссионная сделка, гдѣ сотни и сотни биржевыхъ и банкирскихъ сделокъ — гдѣ все это, что даетъ такой богатый материалъ науки торгового права? Ничего этого, не говоря уже объ общихъ руководящихъ положеніяхъ, въ нашемъ торговомъ уставѣ не имѣется. Самые настоятельные вопросы науки и практики не находять въ немъ данныхъ для своего разрешенія. Спрашиваемъ, возможно ли построеніе науки русского торгового права

¹⁾ Цитовичъ. Очеркъ основныхъ понятий торг. права, стр. 15.
Его-же—Учебникъ торг. права стр. 30.

на этихъ обломкахъ и обрывкахъ? Если мы отвѣтимъ на этотъ вопросъ отрицательно,— а другого отвѣта по совѣсти и дать не возможно, — то намъ могутъ возразить, что въ литературѣ имѣются капитальные курсы двухъ извѣстныхъ профессоровъ, Цитовича и Шершеневича, въ которыхъ изложена именно система русского торгового права¹⁾ и самый фактъ существованія коихъ наилучшимъ образомъ опровергаетъ мысль о невозможности построенія въ настоящее время науки русского торгового права. Фактъ существованія почтенныхъ трудовъ двухъ весьма уважаемыхъ ученыхъ, по нашему мнѣнію, самъ по себѣ ничего не доказываетъ и, какъ мы постараемся доказать, не въ силахъ умалить правильность той мысли, что науки русского торгового права нѣть. Гг. Цитовичъ и Шершеневичъ, такъ сказать, сочинили, искусственно создали, сдѣлали, каждый на свой ладъ, науку русского торгового права. Съ одной стороны, они до крайности расширили кругъ изслѣдуемыхъ ими институтовъ, а съ другой — пользовались такими пріемами изслѣдованія, благодаря которымъ получилось нѣчто окруженнное, цѣльное, очень похожее на торговое право, но очень далекое отъ *русского* торгового права.

Что касается искусственного расширенія предѣловъ науки, то наши ученые внесли въ торговое право такие институты, которымъ мѣсто въ общѣ-гражданскомъ правѣ.

¹⁾ О прекрасномъ труде проф. Башилова мы не говоримъ, потому что почтенный авторъ дѣлъ пока одно начало, для кото-рого въ законѣ оказалось достаточно материала.

Такъ напр., они очень подробно трактуютъ объ акціонерныхъ компанийхъ, артеляхъ, желѣзнодорожной перевозкѣ, страховани, привилегіяхъ, векселяхъ и т. п. Внесение этихъ институтовъ въ наше торговое право ничѣмъ не можетъ быть оправдано. Мы ниже увидимъ, что при решеніи вопроса о томъ, является ли данная сдѣлка сдѣлкою торговою, а слѣд. и данный институтъ институтомъ права торговаго, нельзя игнорировать процессуального момента: разъ искъ, проистекающій изъ данной сдѣлки подсуденъ общимъ судамъ, сдѣлка не будетъ торговою, хотя съ другой стороны, какъ увидимъ ниже, одинъ толь фактъ, что искъ подсуденъ коммерческому суду, самъ по себѣ, на даетъ права признавать сдѣлку торговою. Имѣя это въ виду, мы вправѣ не считать частями науки торговаго права ученія объ акціонерныхъ компанийхъ, артеляхъ, желѣзнодорожной перевозкѣ, привилегіяхъ, страховани, векселяхъ и т. п.

Всѣ эти институты, не смотря на ихъ безусловно обще-гражданскій характеръ, включены г-ми Цитовичемъ и Шершеневичемъ въ торговое право—у первого изложеніе ихъ занимаетъ приблизительно одну пятую книгу, у второго—одну треть; это—излишекъ, придающій, однако, ихъ торговому праву внѣшнюю округленность и сходство съ настоящими торговыми правами.

Независимо отъ искусственного расширенія предѣловъ науки торговаго права, названные ученыe пользовались такими приемами, благодаря которымъ у нихъ дѣйствительно получалось подобіе науки русского торговаго пра-

ва. Пріемы ихъ, однако, существенно различны. Проф. Цитовичь,—да позволено будетъ намъ такъ выразиться—импровизируетъ и изрѣдка излагаетъ материа́л обще-гражданского права; проф. же Шершеневичь излагаетъ преимущественно материа́л обще-гражданского права и изрѣдка импровизируетъ. Конечно, этими пріемами они пользуются при изложениіи такихъ ученій, для которыхъ нѣть материала въ торговомъ законодательствѣ, а такъ какъ въ этомъ законодательствѣ почти никакого материала нѣть, то для примѣненія ихъ пріемовъ открывается чрезвычайно широкое поле, поле, охватывающее вѣроятно 90% всего торгового права. Остановимся пѣсколько на разсмотрѣніи этихъ пріемовъ изслѣдованія.

Импровизация проф. Цитовича выражается въ томъ, что, изслѣдуя тотъ или другой институтъ, ненормированый торговымъ уставомъ, онъ выдастъ за нормы русского торгового права такія положенія, которые или суть выводы изъ данной квалификаціи того или другого института, или взяты изъ того или другого иностранного кодекса, или основаны на намекѣ, имѣющемся въ нашемъ законодательствѣ, или сочинены самимъ авторомъ. На любой страницѣ трудовъ проф. Цитовича можно найти положенія того или другого рода; что положенія эти не могутъ образовать собою, въ совокупности, даже въ научной системѣ, *русского* торгового права—это разумѣется само собой. Не споримъ, что въ результатахъ можетъ получиться очень изящная картина торгово-юридического быта; но картина эта будеть очень далека

отъ действительности, будеъ вполнъ фантастична, дасть совершенно ложное представлениe о жизни. Для подтверждения этой мысли возьмемъ нѣсколько наиболѣе рельефныхъ примѣровъ. Проf. Цитовичъ, напр., полагаетъ, что по нашему торговому праву при куплѣ-продажѣ *reliculum rei* переходитъ на покупщика лишь со временеми передачи ему товара,—до этой передачи гибель товара «лежитъ на рискѣ» продавца¹⁾). Въ этомъ положеніи вполнѣ отразились первые три изъ приведенныхъ выше приемовъ проf. Цитовича. Во-1-хъ, это положеніе вполнѣ послѣдовательно вытекаетъ изъ квалификаціи купли-продажи, какъ обязательства продать и купить, продавецъ обязуется установить право собственности на товаръ путемъ передачи его; до передачи продавецъ собственникъ товара, и, слѣдовательно, несеть рискъ гибели его; съ момента передачи рискъ переносится на новаго собственника, на покупщика. Иной выводъ, конечно, получится, если квалифицировать куплю-продажу, какъ обязательство передать уже проданный товаръ; тогда собственникомъ товара является покупщикъ еще до передачи, съ момента заключенія договора, и слѣдовательно, онъ, какъ собственникъ, несеть рискъ гибели своего товара. Во-вторыхъ, приведенное проf. Цитовичемъ положеніе заимствовано изъ французскаго кодекса. Наконецъ, въ-третьихъ, положеніе это обосновывается проf. Цитовичемъ и ссылкою на нашъ законъ, не дѣлающій для

¹⁾ Учебникъ, стр. 225. Очеркъ, стр. 155.

покупки никакого изъятия изъ общаго правила: *casum sentit dominus*¹⁾. Эта ссылка, сама по себѣ вѣрная, вовсе не разрѣшаетъ вопроса, въ данномъ случаѣ только и имѣющаго интересъ, а именно: кто *dominus* товара до передачи его; афоризмъ *casum sentit dominus*, примѣнимый и къ куплѣ-продажѣ, предполагаетъ вопросъ этотъ уже разрѣшенныемъ въ томъ или другомъ смыслѣ. Полученное путемъ примѣненія трехъ пріемовъ положеніе, выдаваемое за норму русскаго торгового права, оказывается совершенно чуждымъ ему. Нашъ торговый бытъ выработалъ правило діаметрально противоположное: «по торговому обычаю товаръ идетъ за страхъ и рискъ получателя»²⁾. Не лишнимъ считаемъ привести и примеръ примѣненія четвертаго пріема—сочиненіе новыхъ нормъ. Такъ, проф. Щитовичъ говорить, съ полною категоричностью, что коммитентъ, отмѣняя порученіе, обязанъ уплатить комиссіонеру половину провизіи, если исполненіе еще не начато, но если исполненіе уже начато, то всю³⁾. Въ нашемъ торговомъ правѣ ничего подобнаго нѣть; у насъ, по торговому обычаю, комиссіонеръ имѣеть право на двѣ трети обычной провизіи въ случаѣ отмѣны порученія вслѣдствіе того, что данный на комиссию товаръ не продается⁴⁾; если же порученіе отмѣняется по произволу коммитента, то комиссіо-

¹⁾ Учебникъ, стр. 225 пр. 3. Очеркъ, стр. 154, пр. 548.

²⁾ Мартенсь, Коммент., русск. торг. пр. т. I, стр. 284. Его-же, Практика спб. комм. суда 1880 и 1881 гг., стр. 212.

³⁾ Очеркъ, стр. 69.

⁴⁾ Мартенсь, Коммент., 271.

неръ получаетъ полное вознагражденіе¹⁾). Мы не станемъ приводить болѣе примѣровъ, такъ какъ вовсе не намѣрены писать критики трудовъ почтеннаго ученаго; и приведенныхъ примѣровъ достаточно для подтвержденія безпочвенности конструкцій проф. Щитовича: въ сочиненіяхъ своихъ онъ намъ далъ все, что угодно, только не русское торговое право.

Другой нашъ коммерсантъ проф. Шершеневичъ, импровизируетъ далеко не въ такой степени; для него сдерживающей силой являются данныя нашей судебной практики, которыми онъ широко пользуется, въ совершиенную противоположность проф. Щитовичу. Послѣднему критика часто ставила въ упрекъ игнорированіе нашей судебной практики. Упрекъ едва ли заслуженный. Конечно, какъ это замѣтно и на трудахъ проф. Шершеневича, пользованіе судебнай практикой сдерживаетъ теоретиковъ отъ импровизаций, но это лишь до некоторой степени; сама же практика не рѣдко импровизируетъ. Въ изданныхъ доселъ сборникахъ решений коммерческихъ судовъ (Туръ, Мартенсъ, Носенко, Гувицъ и др.) мы видимъ, что суды эти и сенатъ часто строятъ сложныя теоріи, решительно ни на чёмъ не основанныя, и изредка лишь ссылаются на нормы нашего торгового обычного права. Всльдствіе этого, импровизація проф. Шершеневича, если можно такъ выразиться, заимствованная, чужая—все импровизированное нашей практикой вошло

¹⁾ Ibid. стр. 270, также Судебн. Вѣстн. 1868 г. № 231.

въ его трудъ; въ этихъ частяхъ трудъ его приближается по характеру къ трудамъ проф. Щитовича. Но есть въ немъ и другая черта: чрезмѣрное наводненіе курса торгового права положеніями права обще-гражданского. Если иметь въ виду, что торговое право изслѣдуется лишь особенности обще-гражданскихъ институтовъ, то о многихъ изъ нихъ въ курсѣ торгового права приходится сказать лишь пару словъ, отсылая читателя къ обще-гражданскому праву. Никакихъ такихъ отсылокъ у проф. Шершеневича мы не находимъ—онъ преспокойно излагаетъ институты обще-гражданского права, указывая попутно тѣ или другія торговые особенности ихъ; все эти ученія о торговыхъ сдѣлкахъ, о куплѣ-продажѣ, страхованиіи, поклажѣ, перевозкѣ и т. д. могли бы быть сведены къ нѣсколькимъ строкамъ, а между тѣмъ они изложены весьма подробно. Это рѣшительное преобладаніе обще-гражданского элемента объясняется неправильнымъ взглядомъ г. Шершеневича на торговое право: онъ подъ торговымъ правомъ понимаетъ совокупность нормъ, имѣющихъ *ближайшее* соприкосновеніе съ торговымъ оборотомъ¹⁾). Что такое ближайшее соприкосновеніе? Какъ вездѣ и всегда, такъ и тутъ, представление о разстояніи вполнѣ относительно—что для одного близко, для другого далеко. Такой критерій слишкомъ шатокъ и произволенъ, чтобы дать основаніе для выдѣленія той или другой части юридического быта и нормъ его опредѣ-

¹⁾ Курсъ, т. I, стр. 9.