

XXIV
K-14

УЧЕНІЕ

О

ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВѢ

ВЪ

ГРАЖДАНСКОМЪ ПРАВѢ

Du choc des opinions
jaillit la verité.

Л. Казанцева.

Ярославль.

Въ типографіи Г. В. Фалькъ.
1878.

1904

1897 г.

Собственная юридическая дѣятельность лица въ области гражданского оборота часто бываетъ недостаточна, часто является, напримѣръ, необходимость дѣйствовать лицу въ одно и тоже время въ различныхъ мѣстахъ и. т. п. Отсюда вполне понятна идея воспользоваться услугами другаго, производить посредствомъ юридическихъ дѣйствій этого другаго тѣ или другія измѣненія въ своей правовой сферѣ, — вполне понятно происхожденіе института представительства, посредствомъ котораго юридическая сдѣлка, совершенная представителемъ вмѣсто представляемаго и на его имя, производитъ юридическія послѣдствія — права и обязанности — только для послѣдняго т. е. для представляемаго. Но этотъ институтъ есть принадлежность развитаго гражданского оборота; на другихъ, нѣшихъ ступеняхъ развитія правоваго сознанія онъ или вовсе не существуетъ или, если и существуетъ, то въ мало развитомъ состояніи.

Современными законодательствами институтъ представительства признается въ его полномъ объѣмѣ и значеніи, а въ современномъ гражданскомъ оборотѣ онъ получаетъ все болѣе и болѣе значенія и становится, такъ сказать, однимъ изъ его могущественныхъ рычаговъ. Естественно, что при такомъ значеніи и развитіи института представительства ученые обратили на него должное вниманіе и занялись его разработкой. «Немногіе институты, пишетъ Циммерманъ ¹⁾, пользуются въ новѣйшее время вниманіемъ ученыхъ въ такой степени, какъ представительство». Такое сильное научное движеніе въ обработкѣ даннаго вопроса проявилось со времени извѣстнаго сочиненія Бухки «Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen» (1852), которое по мнѣнію Циммермана открыло собой новую эпоху въ разработкѣ ученія о представительствѣ.

1) Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestia 1876.) S. 7.

Несмотря однако на такое усиленное занятіе ученыхъ этимъ институтомъ его догматическая постановка имѣеть, какъ указано будетъ въ самомъ изложеніи, еще много темныхъ сторонъ. Но въ гораздо большей степени существуетъ разногласіе между учеными по поводу исторіи института представительства. Мы видимъ въ настоящее время представительство въ его развитомъ состояніи, въ его полномъ признаніи и приложеніи; но изученіе его въ этомъ его видѣ, конечно, недостаточно для полного его пониманія и вѣрной оцѣнки; какъ и гдѣ зародилась идея представительства, какъ она развивалась, какъ складывался, обособлялся самый институтъ? всѣ эти вопросы имѣютъ не только высокій историческій, но и догматическій интересъ. Здѣсь образовались два противоположныхъ мнѣнія: одни признаютъ, что представительство выработано еще римскимъ правовымъ оборотомъ (это мнѣніе особенно держится Савиньи «*Das Obligationenrecht* Band 2 § 54 fgg.); другіе (Циммерманъ, *ibid*) считаютъ его произведеніемъ обычнаго права новыхъ народовъ. Какому изъ этихъ воззрѣній отдать предпочтеніе?

Цѣль настоящаго труда выяснить общее понятіе о представительствѣ и показать отношеніе къ этому институту права римскаго и правъ современныхъ. Понятно, что исторія института т. е. его зарожденіе и развитіе—должна составлять существенную часть этого труда, и собственно съ нея должно было-бы начать изложеніе. Но не вполне удовлетворительная установка самаго понятія представительства служила этому большимъ препятствіемъ. Нѣкоторые ученые, трактуя объ историческомъ происхожденіи и развитіи представительства, имѣли не совсѣмъ точное понятіе объ немъ самомъ, и вслѣдствіе этого вырабатывали себѣ невѣрный взглядъ и на его исторію. Поэтому намъ показалось болѣе цѣлесообразнымъ дать сначала общій догматическій анализъ ученія о представительствѣ, а потомъ уже перейти къ его историческому развитію. Сообразно съ этимъ все изложеніе распадается на два отдѣла.

Въ первомъ отдѣлѣ выясняется понятіе представительства изъ сопоставленія его съ другими, близко подходящими къ нему формами посредничества при юридическихъ сдѣлкахъ, какъ это принято большинствомъ ученыхъ, трактующихъ о данномъ вопросѣ. Здѣсь мы между прочимъ остановились подробнѣе на отличіи представителя отъ т. н. фактическаго посредника (*nuntius*), потому что вопросъ объ ихъ

III

различіи, имѣя большое значеніе для опредѣленія понятія представительства, представляетъ большія трудности. Здѣсь-же на основаніи выведеннаго понятія представительства устанавливается далѣе его юридическое обоснованіе.

Во второмъ отдѣлѣ большая часть изложенія посвящена римскому праву. Здѣсь разбираются тѣ формы посредничества въ юридическихъ сдѣлкахъ, которыя выработала римская жизнь, и рѣшается вопросъ о томъ, допускало-ли представительство римское право и вообще какое оно имѣло вліяніе на выработку института представительства. Далѣе въ короткихъ словахъ выясняется, какое вліяніе имѣли на образованіе представительства правовыя воззрѣнія новыхъ народовъ, отразившіяся по преимуществу въ положеніяхъ обычнаго права, а также—вліяніе ученыхъ юристовъ. Наконецъ, излагается взглядъ на данный институтъ современныхъ законодательствъ,—законодательствъ, допускающихъ полное торжество идеи представительства.

Достигается-ли предлагаемымъ трудомъ выставленная цѣль, судить намъ самимъ, конечно, нельзя; но насколько позволило время, назначенное для кандидатскаго разсужденія, и научныя средства, имѣющіяся въ рукахъ студента, мы старались по возможности разработать взятую тему всесторонне.



ПОНЯТІЕ ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВА.

Юридическая сдѣлка есть дозволенное выраженіе воли правового субъекта, имѣющее въ результатѣ правовыя послѣдствія. Отсюда видно, что основаніе сдѣлки есть воля и что, слѣдовательно, контрагентомъ въ юридической сдѣлкѣ является то лицо, которое выражаетъ свою волю, основывающую сдѣлку.

По этому, чтобы составить себѣ ясное понятіе о представительствѣ при юридическихъ сдѣлкахъ, надо разсмотрѣть, въ какомъ отношеніи стоитъ представитель къ волѣ, служащей основаніемъ сдѣлки.

Но участіе третьихъ лицъ въ заключеніи юридическихъ сдѣлокъ не ограничивается однимъ представительствомъ; есть функціи, отправляемыя иными, участвующими въ заключеніи сдѣлки, третьими лицами; по этому для яснаго и точнаго понятія о представительствѣ надо разобрать и выдѣлить функціи этихъ другихъ лицъ.

§ 1. Отличіе представительства отъ фактическаго пособничества.

Терминъ «представительство» не есть исключительная принадлежность юридического языка.¹⁾ въ языкѣ

¹⁾ Шейль. in der Kritischen Ueberschau. Bd. I. S. 317.
Унгеръ System des östreich allgem. Privatrechts. B. 2, § 90.
Num. 18.

жителейскомъ часто встрѣчаются выраженія въ родѣ, на-
примѣръ, слѣдующаго: онъ представляетъ отца при дѣ-
тяхъ. Такое же широкое и неопредѣленное понятіе о
представительствѣ было внесено нѣкоторыми юристами и
въ область правовую. Такъ Бринцъ ¹⁾ опредѣляетъ пред-
ставительство, какъ «*Wolfführung fremder Geschäfte nicht nur
der Wirkung, sondern auch dem Willen nach*. т. е. исполненіе
чужихъ дѣйствій не только согласно послѣдствіямъ, но
и согласно волѣ. Но такое опредѣленіе уже крайне ши-
роко. Представительство, какъ показываетъ самое назва-
ніе, предполагаетъ непремѣнно заступленіе одного лица
другимъ передъ третьимъ; между тѣмъ изъ только что
приведеннаго опредѣленія Бринца и еще болѣе изъ того,
что онъ ²⁾ признаетъ поденщика, работающаго на чужой
землѣ, за представителя, видно, что у Бринца моментъ
заступленія вовсе опускается изъ виду. ³⁾ Болѣе вѣр-
нымъ по этому является опредѣленіе представительства,
которое предложилъ Виндшейдъ ⁴⁾ «*Stellvertretung liegt über-
all da vor, wo Jemand statt eines Andern handelt* т. е. вооб-
ще представительство имѣется тамъ, гдѣ кто-либо дѣйст-
вуетъ вмѣсто другаго». Но и такое опредѣленіе еще
слишкомъ широко, подъ него подходитъ не только дѣ-
ятельность представителя, но и — лицъ, доставляющихъ,
въ противоположность послѣднему, фактическія услуги
при заключеніи юридической сдѣлки ⁵⁾ По этому дѣ-

¹⁾ Kritische Blätter № 2. (1852). С. 4.

²⁾ С. 5.

³⁾ Въ первомъ изданіи своихъ пандектъ Бринцъ отказался отъ
приведеннаго взгляда и призналъ, что представительство есть
*Intervention in fremden Rechtsgeschäften, bei welchen
der Interveniens das Geschäft... anstatt eines Andern... ver-
richtet haben will* ср. Циммерманъ *die Lehre von Nego-
tiorum Gestio*. С. 13 *Ann.* 6.

⁴⁾ Pandectenrecht. (3. Изд.) § 73. *Ann.* 2.

⁵⁾ Въ четвертомъ изданіи своихъ пандектъ (1875 г.). Винд-
шейдъ отказался отъ своего прежняго опредѣленія.

тельность представителя ограничивается только юридическимъ содѣйствіемъ, съ чѣмъ послѣ отказа Бринца и Виндшейда отъ своихъ первоначальныхъ мнѣній (ср. примѣч. 3 и 5 стр. 4) согласны всѣ ученые ¹⁾).

Область фактическихъ услугъ при заключеніи юридической сдѣлки очень обширна, но, такъ какъ не всѣ эти услуги носятъ на себѣ одинаковый характеръ, то ихъ можно раздѣлить на три класса.

Къ лицамъ, доставляющимъ фактическія услуги, относятся:

1) Лица, участвующія при подготовленіи сдѣлки; при посредствѣ ихъ сдѣлка еще не заключается, а только готовится. Таковы: юрисконсультъ, подающій совѣтъ относительно заключенія сдѣлки, лице облакающее сдѣлку въ надлежащую форму (конципиентъ), маклеръ, помогающій обоюдному соглашенію сторонъ ²⁾.

2) Лица, участвующія при заключеніи юридической сдѣлки; сюда относятся: *nuntius* (посолъ, посланникъ ³⁾),

1) Ср. Ц и м м е р м а н ъ *Die Lehre von stellvertretende Negotiorum Gestio* §. 14.

2) Г а р е и с ъ *Die Verträge zu Gunsten Dritter*. (1873). §. 4. называетъ пособничество всѣхъ этихъ лицъ (кроме маклера) пособничествомъ при концепціи юридической сдѣлки, но мнѣ кажется болѣе вѣрнымъ названіе конципиента придать только одному лицу изъ всей этой группы (см. въ текстѣ), какъ это дѣлаетъ Циммерманъ. (*ibid* §. 15). Маклера Гарейсъ (§. 6) выделяетъ въ особую группу, но Циммерманъ справедливо возражаетъ (§. 16. *Unt.* 14), что изъ словъ самого Гарейса ясна несущественность различія конципиента и маклера: конципиентъ помогаетъ только одной сторонѣ, а маклеръ—обѣимъ. Къ мнѣнію Циммермана присоединяется Н е р с е с о в ъ. (Понятіе добровольнаго представительства въ гражданскомъ правѣ. Стр. 7 прим. 18).

3) Ш е й р л ъ (*Zeitschrift für Dogmatik*. II. §. 2 (1858).

передающей волю принципала другому, отсутствующему контрагенту, почтовые и телеграфные учреждения; переводчикъ, передающей волю одного контрагента другому въ ихъ присутствіи ¹⁾. Типъ этого класса фактическихъ пособниковъ представляетъ *nuntius*. ²⁾.

3) Лица, участвующія при исполненіи юридической сдѣлки. Сюда можно отнести: носильщика, нагружающего и выгружающего товары, о которыхъ состоялась сдѣлка, прикащика, отвѣшивающего и отмѣривающего товары, конюха, передающего проданную лошадь ³⁾.

Всѣ фактическіе пособники этихъ трехъ классовъ имѣютъ между собою то общее, что они такъ или иначе направляютъ волю принципала т. е. передаютъ, излагаютъ или исполняютъ ее ⁴⁾ Дѣятельность всѣхъ этихъ

говорить, что римское право называло такое лицо—*ministerium*; но на это справедливо возражаетъ Иггерингъ (тотъ—же журналъ. II. С. 71), что терминъ «*ministerium*» употребляется одинаково, какъ для выраженія дѣятельности представителя, такъ и—фактическаго помощника. Наприм. l. 15 de constit. pec. (13. 5) ... *Ministerium tantummodo praestare videtur*. l. 10 § 1. de edendo (2. 13). l. 49. de donat. inter vivos (24. 1). Противъ другаго термина римскаго права—*nuntius* (l. 25. § 4. de acquir. heredit 29. 2,) кажется, сказать ничего нельзя. Русскій переводъ этого термина—посолъ, посланникъ—не есть исключительная принадлежность гражданскаго права; по этому я удерживаю терминъ римскій—*nuntius*.

¹⁾ Иггерингъ *Zahrb. f. Dogm.* I. 278—287 Гарейсъ. *ibid.* С. 4—5 (лит. в.) Циммерманъ *ibid.* С. 16 Нерсесовъ *ibid.* стр. 8.

²⁾ Гарейсъ. *ibid.*

³⁾ Лабандъ *die Stellvertretung nach dem. D. S. G. B.* Въ *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht von Goldschmidt*. С. 189. Гарейсъ. *ibid.* (лит. с.) Нерсесовъ *ibid.* стр. 7.

⁴⁾ Гарейсъ *ibid.* С. 10.

лицъ отличается отъ дѣятельности представителя тѣмъ, что первая фактическаго характера, вторая—юридическаго. Въ чемъ же заключается отличительный признакъ фактическаго пособничества отъ юридическаго?

Игерингъ¹⁾ пытается вывести понятіе фактическаго пособничества въ противоположность юридическому изъ различенія фактическихъ и юридическихъ элементовъ юридическаго дѣйствія. Юридическія дѣйствія, говоритъ онъ, суть тѣ, которыя производятъ юридическія послѣдствія; но не все то, что совершается при юридическомъ дѣйствіи, носитъ на себѣ юридическій характеръ; часто къ юридическому элементу присоединяется фактический. Юридическіе элементы суть тѣ, которые юридически необходимы и составляютъ существо (Sbatbestand) юридической сдѣлки; фактическіе—для существа сдѣлки безразличны. На этомъ различіи и основывается различеніе понятій фактическаго пособника (Sehülfe) и юридическаго; первый, отличается отъ втораго тѣмъ, что его участіе при сдѣлкѣ имѣетъ юридическую природу, участіе же фактическаго пособника относится къ фактической сторонѣ сдѣлки. Противъ подобнаго раздѣленія элементовъ юридической сдѣлки на юридическіе и фактическіе возстали прежде всего Унгеръ и Лабандъ²⁾.

Лабандъ говоритъ, что различіе между юридическими и фактическими элементами юридической сдѣлки такъ, какъ хочетъ этого Игерингъ,³⁾ провести невозможно;

1) Jahrb. f. Dogm. B. I Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte. S. 274. fg.

2) Унгеръ. ibid. § 90. Anm. 3. Лабандъ ibid. S. 191. Ср. еще. Шлиманъ. Beiträge zur Lehre von der Stellvertretung. въ Zeitschrift für das gesammte Handelsr. Bd. 16. T. 3. Anm. 3. и др. изъ Русскихъ этому мнѣнію слѣдуетъ Пересовъ. стр. 5—6.

3) Замѣніе Игеринга стоитъ. Фёрстеръ Theorie und Praxis des heutig. gemein preussisch Privatrechts B. I, § 24.

сами по себѣ фактическіе элементы пріобрѣтають подъ извѣстными условіями юридическое значеніе, дѣлаются юридическими элементами, и, наоборотъ, дѣянія, имѣющія юридическій характеръ, нисходятъ въ виду обстоятельствъ, до чисто факческаго значенія. Такъ воля, составляющая необходимый юридическій элементъ сдѣлки, если она не выражена или въ извѣстныхъ случаяхъ выражена не въ опредѣленной формѣ, не имѣетъ никакихъ юридическихъ послѣдствій ¹⁾. Мнѣніе Лабанда совершенно вѣрно; по предположеніямъ различить фактическій и юридическій элементы юридической сдѣлки невозможно; при томъ хотя и можно было-бы различить эти элементы по ихъ послѣдствіямъ, ²⁾ это различіе было-бы лишено всякаго значенія, потому что не было бы принципиальнымъ. По этому теорія Игеринга совершенно оставлена.

Посмотримъ, какъ другіе ученые находятъ точку опоры для искомаго различенія факческаго и юридического посредничества. «Подъ юридическимъ актомъ, говоритъ Виндшейдъ ³⁾, разумѣется изъявленіе частной воли о томъ, чтобы извѣстное право возникло, прекратилось или измѣнилось». Отсюда видно, что для бытія юридическаго дѣйствія необходимы два предположенія: бытіе воли и ея изъявленіе; притомъ эти два предположенія должны находиться между собою въ связи. Юридическія послѣдствія опираются не на одну только волю, которая сама по себѣ есть фактъ, и не на одно только

¹⁾ Л а б а н дъ *ibid* С. 191.

²⁾ И г е р и н гъ (С. 274) говоритъ, что юридическое дѣйствіе есть то, которое производитъ юрид. послѣдствія, слѣдовательно и въ различеніи элементовъ юрид. сдѣлки можно было бы примѣнить ту же мѣрку.

³⁾ Пандектное право, Переводъ подъ ред. Пахмана-стр. 151, § 69.

выговариваніе соотвѣтствующимъ словъ, что опять таки есть простой фактъ, а на то и другое вмѣстѣ ¹⁾. Теперь, повидимому, различить юридическое пособничество отъ фактическаго было-бы легко, сказавъ, что первое является тогда, когда посредствующее лице предпринимаетъ доставить своею дѣятельностію одно изъ предположеній дѣйствительности юридической сдѣлки. Такъ дѣйствительно и думали нѣкоторые ученые ²⁾. Какое же изъ предположеній можетъ осуществить посредникъ? Указанные ученые приписывали ему возможность предпринять изъявленіе воли принципала. (дѣло шло по преимуществу о второмъ родѣ фактическаго посредничества—о *punctius*’ѣ.) Но такое распредѣленіе воли и ея выраженія невозможно логически,—волю изъявляетъ самъ создавшій ее ³⁾. По этому мнѣніе этихъ ученыхъ не можетъ быть принято,

Юридически-дѣйствующимъ является тотъ, кто осуществляетъ оба предположенія юридическаго акта т. е. кто имѣетъ свою волю и выражаетъ ее ⁴⁾, наоборотъ, кто излагаетъ, исполняетъ, передаетъ или переноситъ чужую волю, дѣйствуетъ фактически. Рѣшающій моментъ, слѣдовательно, относительно различенія фактическаго и юридическаго посредничества лежитъ ⁵⁾ въ волѣ дѣйствующаго: выражаетъ посредствующее лице свою волю, — оно

1) Л а б а н д ѣ *ibid* С.. 191—2. Г а р е и с ѣ *ibid*. С. 9. Между тѣмъ, еслибы принять теорію Игеринга, пришлось-бы признать за юридическаго посредника и того, кто имѣлъ-бы невыраженную волю или кто предпринялъ-бы изъявленіе воли другого лица, несовпадающее съ дѣйствительной волей этого лица.

2) Главнымъ образомъ сюда относится Ш л и м а н ѣ *ibid*. С. 3. ср. еще Г а р е и с ѣ *ibid*. С. 9. Канштейнъ *Vollmacht und Auftrag mit Stellvertretungsbefugniß*. въ *Zeitschrift für das Privat-Öeffentliche Recht der Gegenwart*. Bd. 3. С. 675. fg.

3) Ц и м м е р м а н ѣ *ibid*. С. 16—19.

4) Виндшөйдъ *ibid*. § 69 стр. 151 и § 70 стр. 154.

5) Л а б а н д ѣ *ibid*. С. 192.

доставляетъ юридическія услуги; направляетъ оно (передаетъ, исполняетъ, излагаетъ) чужую волю,—оно доставляетъ фактическія услуги ¹⁾).

Изъ природы услугъ, доставляемыхъ первою группой фактическихъ пособниковъ, куда относятся маклеръ, конципіентъ и др., ясно, что этотъ классъ пособниковъ доставляетъ чисто фактическія услуги. Они не только не выражаютъ при сдѣлкѣ своей воли, но даже и въ заключеніи то сдѣлки самимъ принципаломъ не участвуютъ, а только готовятъ сдѣлку ²⁾).

Точно также и та группа пособниковъ, которые участвуютъ при исполненіи сдѣлки (напр. конюхъ, отводящій проданную лошадь, прикащикъ отвѣшивающій и отмѣривающій товаръ), доставляютъ только фактическія услуги, потому что не изъявляютъ своей воли при сдѣлкѣ.

Что касается послѣдняго класса фактическихъ пособниковъ, типъ которыхъ представляетъ собой *punctius*—передающій другому отсутствующему контрагенту изъявленную волю принципала, то вопросъ о природѣ его услугъ крайне споренъ; по этому прежде, чѣмъ рѣшить доставляетъ-ли *punctius* фактическія или юридическія услуги при заключеніи юридической сдѣлки, надо остановиться подробнѣе на характерѣ его услугъ.

Дѣятельность *punctius*'а такъ близко подходитъ къ дѣятельности представителя, что часто ихъ смѣшиваютъ, а нѣкоторые ученые даже сознательно отождествляютъ. Между тѣмъ вопросъ о различеніи этихъ двухъ понятій помимо его громадной важности для опредѣленія понятія представительства имѣетъ значительное практическое

¹⁾ Унгеръ. *ibid.* § 90. Жит. 3. Къ этому мнѣнію присоединяется Нерсисовъ. *ibid.* стр. 6.

²⁾ Ср. Лабандъ. *ibid.* С. 193.

значение при отвѣтственности посредствующихъ лицъ за culpa и dolus, при редхиториныхъ искахъ и проч.

Въ чемъ же лежитъ отличительная черта услугъ nuntius'a при заключеніи юридической сдѣлки отъ услугъ представителя?

Старая школа, ведущая свое начало отъ глоссаторовъ ¹⁾, но имѣющая впрочемъ и теперь послѣдователей, выставила положеніе, что представитель не служитъ, подобно nuntius'у, органомъ чужой воли, а исполняетъ самъ необходимыя для заключенія сдѣлки юридическія дѣйствія, что онъ, слѣдовательно, является контрагентомъ въ сдѣлкѣ, въ отличіе отъ nuntius'a, какъ орудія контрагента ²⁾. Отыскивая, далѣе, вышній признакъ, по которому можно было бы узнать представителя или nuntius'a, она нашла его въ большей или меньшей степени опредѣленности порученія; такъ что представитель отличался отъ nuntius'a тѣмъ, что имѣлъ право выбора на основаніи собственнаго усмотрѣнія (Ermessen) относительно лица другаго контрагента, объекта и проч.

Бухка говоритъ: «бытіе прокуратора узнается обыкновенно по тому, что полномочіе предоставляетъ его усмотрѣнію извѣстный просторъ относительно вступленія въ договоръ; между тѣмъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ принципаль самъ все такъ специально опредѣлилъ, что для уполномоченнаго не остается нисколько сферы для соб-

¹⁾ См. Б у х к а. Die Lehre von der Stellvertretung. bei Eingehung von Verträgen. S. 123, 135. Azo опредѣлялъ nuntius'a такъ: nuntius est velut pica et organum et vox domini или Baldus. Nuntius nil potest declarare vel addere, sed habet solum verba domini formaliter referre. Ср. мнѣніе Accursius'a.

²⁾ Б у х к а. *ibid.* S. 206. 237. Игерингъ *Zahrb.*, f. Dogmatik. Bd. 1. S. 279. 312.

ственного рѣшенія, этотъ послѣдній имѣетъ своею задачей: довести волю принципала до свѣденія другой стороны, какъ *punctius*».

Тогоже мнѣнія держались Мюленбрухъ, Шейрль ¹⁾, Дерибургъ ²⁾ и др., изъ Русскихъ Гордонъ ³⁾. Вообще это ученіе было господствующимъ до послѣдняго времени и не оставлено еще, какъ мы уже сказали, и теперь ⁴⁾.

Сюда же должно отнести и Игеринга ⁵⁾, съ особой силой и ястностію проведеннаго господствовавшее мнѣніе. «Не подлежитъ сомнѣнію, говоритъ онъ, что какъ почтальонъ, который переноситъ письмо съ акцептомъ, или телеграфистъ, черезъ котораго договоръ заключается телеграфнымъ путемъ, такъ и *punctius*, которому письмо вручено, такъ сказать, въ словесной формѣ вмѣсто письменной, не принимаетъ никакого юридическаго участія въ заключеніи сдѣлки. Ихъ услуга подобна услугѣ рупора, посредствомъ котораго стороны переговариваются между собою и сами заключаютъ договоръ. Они не болѣе, какъ инструменты для сообщенія (*communicative Instrumente*)». Такое энергическое, рѣзкое различіе *punctius*'а отъ представителя сложилось у Игеринга, быть можетъ, потому, что господствовавшая теорія нашла себѣ противника въ лицѣ Савиньи ⁶⁾, который, понявъ слабую ея сторону, отвергъ ее, но взамѣнъ не далъ ничего другаго.

¹⁾ Kritische Ueberschau. Bd. XIII S. 318. Мюленбрухъ, Cession § 11.

²⁾ См. у. Унгера § 90. Anm. 20.

³⁾ Журналъ Министер. Юстиціи за 1867 г. т. 31 стр. 228.

⁴⁾ Сюда относятся Канштейнъ, Ueber offene und verschlossene Briefe въ Archiv für die civilistische Praxis Bd. 50 (1867). S. 235. Впрочемъ мнѣнія этихъ ученыхъ имѣютъ существенныя особенности.

⁵⁾ Jahrb. f. Dogm. Bd. I S. 278, 279.

⁶⁾ Das Obligationenrecht Bd. 2. § 57.

Савиньи замѣтилъ, что большая или меньшая степень самостоятельности въ заключеніи сдѣлки безразлична для понятій представителя и *nuntius*'а. Нельзя сказать, чтобы примѣры, которыми Савиньи старается доказать свою мысль, доказывали именно ее; но несомнѣнно, что самая мысль вѣрна, какъ это будетъ видно впоследствии. Но, отвергнувъ старую теорію о различіи между представителемъ и *nuntius*'омъ, Савиньи, какъ сказано, не только не предложилъ ничего новаго по этому поводу, а, напротивъ, призналъ тождество представителя съ *nuntius*'омъ.

Здѣсь я позволю себѣ вкратцѣ изложить его теорію, давшую начало цѣлой школѣ, продолжающей свое существованіе и теперь.

Nuntius въ источникахъ постоянно сопоставляется съ письмомъ ¹⁾. Письмо есть безсознательное и безвольное орудіе, таковымъ-же можетъ быть и *nuntius*. Но нѣтъ основанія останавливаться на томъ строго опредѣленномъ случаѣ, когда *nuntius* подобенъ письму. Если посылающій объяснить *nuntius*'у объ чемъ идетъ дѣло и *nuntius* передастъ полное содержаніе воли пославшаго, а не одинъ только утвердительный отвѣтъ, то все-же сущность услугъ его будетъ таже. что и въ предыдущемъ случаѣ, хотя онъ будетъ уже дѣйствовать сознательно. Если, далѣе, посылающій за видѣнную имъ вещь, относительно цѣны которой онъ не могъ сойтись съ продавцемъ, поручитъ *nuntius*'у дать цѣну по возможности близкую къ цѣнѣ продавца, и сдѣлка состоится; то *nuntius* не представляется вполне лишеннымъ воли, но онъ не будетъ на основаніи этого отличаться отъ предыдущихъ посредниковъ. Наконецъ даже тогда, когда кто-либо поручаетъ другому, знающему лучше пославшаго толкъ въ покупаемыхъ ве-

¹⁾ l. 2. § 2. de O. et. A. (44.7) Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur: veluti per epistolam, vel per nuntium. ср. l. 1 § 2. de contr. empt. (18.1). l. 2 pr. de pactis (2.14). и др.