

О КОНСЕРВАТИЗМЪ  
РИМСКОЙ ЮРИСПРУДЕНЦИИ.

ОПЫТЪ  
ПО ИСТОРИИ РИМСКАГО ПРАВА

Сергѣя Муромцева.

*Cessante ratione legis  
non cessat lex ipsa.*

МОСКВА.

Типографія А. И. Мамонтова и К°, Леонтьевский переулокъ. № 5.

1875.

Задача настоящаго сочиненія объяснена въ вступленіи къ нему, а указанія на источники и на литературныя пособія, служившія мнѣ при его составленіи, читатель найдетъ въ своемъ мѣстѣ, въ примѣчаніяхъ. Но на первой страницѣ моего труда я считаю долгомъ выразить мою глубокую благодарность моимъ наставникамъ, почтеннымъ профессорамъ Н. И. Крылову и Ihering'у, за благосклонность, съ которою они дозволили мнѣ обращаться къ нимъ за разрешеніемъ нѣкоторыхъ, ставшихъ на пути моей работы, недоумѣній и содѣствовали ихъ устраниенію.

Сергій Муромцевъ.

Москва.

21 марта 1873 г.

## СОДЕРЖАНИЕ.

	Страницы.
Вступление . . . . .	1
I Общий обзоръ . . . . .	7
II Общий обзоръ (продолжение). . . . .	16
(Учерь изъ истории права собственности въ Римѣ . . . . .	17
III Аналогія . . . . .	83
IV. Параллельные иски . . . . .	107
V. Exceptio. . . . .	123
VI Общий обзоръ (окончаніе). . . . .	172

---

Среди новыхъ идей, высказанныхъ въ историко-юридическихъ изслѣдованіяхъ послѣдняго двадцатипятилѣтія, сдѣлали не первое мѣсто по значенію при-надлежитъ идея о томъ, что объективное право, начиная съ древнейшей эпохи его развитія, представ-ляетъ непосредственный продуктъ умственного тру-да, названаго въ данномъ случаѣ юридическимъ мышленіемъ или юриспруденціей въ широкомъ смыс-тѣ слова<sup>1</sup>. Эта идея разоблачаетъ въ жизни пра-ва совершенно новую сторону, ускользнувшую отъ вниманія прежнихъ изслѣдователей, и воспріятіе ея наукою неминуемо произвести сильный пе-реворотъ въ представленихъ о процессѣ образованія юридическихъ нормъ. Но именно новизна идеи мѣ-шасть болѣе всего другаго ея распространенію въ ученомъ мірѣ. Съ тѣль поръ, какъ Герингъ выска-заль ее впервые, не явилось сколько-нибудь замѣ-чательнаго ученаго сочиненія, которое заключало бы въ себѣ ея дальнѣйшую разработку<sup>2</sup>) и надо думать, что подобныя изслѣдованія еще долго заста-вятъ ждать себя, такъ какъ разставаться съ излюб-леннымъ строемъ понятій не всегда бываетъ легко, а въ юриспруденціи привычка къ старымъ возврѣ-

1) *Ihering Geist des römischen Rechts* III § 48, ср. Камп-піт's Recht, стр. I и слѣд.

2) Слѣдуетъ оговориться впрочемъ въ пользу первыхъ главъ книги Мана—Древнее право, перв. ст. англ. 1873. — Борьба про-тивъ старой доктрины перешла и за границы гражданского права: заговорили противъ „органическаго“ учения о государствѣ. См. Крікен Гевог *die sogenannte organische Staatstheorie*.

ніамъ способна задерживать ходъ научной мысли не менѣе сильно, чмъ въ какой-либо другой отрасли знанія.

Вмѣстѣ съ этимъ еще другая причина поддерживаетъ оппозицію противъ ученія Геринга объ историческомъ значеніи юридического мышленія. Со времени Савиньи въ юриспруденціи сложилась вѣра въ зависимость права отъ „духа“ народа, и хотя природа этого духа до сихъ поръ никѣмъ изъ приверженцевъ старой школы не была разъяснена, какъ слѣдуетъ, и хотя „свободная“ воля по сіе время признается исключительно владычицей правовой области <sup>3)</sup>), тѣмъ не менѣе ученіе Савиньи объ „органическомъ“ развитіи права имѣло въ своемъ резульtatѣ образованіе среди юристовъ крѣпкаго убѣжденія въ томъ, что происхожденіе права въ концѣ концовъ стоитъ виѣ человѣческаго произвола <sup>4)</sup>). Противники Геринга, вслѣдствіе поверхностнаго отношенія къ его ученію, думаютъ видѣть въ немъ послѣдательство на это основное убѣженіе ихъ науки. Въ отрицаніи безсознательного образованія права они замѣчаютъ отрицаніе непредложности правового порядка, а въ провозглашеніи идеи о сознательномъ мышленіи, какъ ближайшемъ источнику права, видѣть защиту произвольнаго его образованія,— какъ будто сознательное мышленіе само не есть явленіе.

---

<sup>3)</sup> Ср. Ihering Geist III § 60.

<sup>4)</sup> Представление объ органическомъ развитіи права во все время своего существованія не повело, кажется, къ установлению какого либо частнаго закона развитія, такъ что въ этомъ отношеніи оно было не болѣе, какъ безсодержательнымъ словочкомъ; но нельзя отрицать, что этому слову юриспруденція много обязано установленіемъ общаго понятія о развитіи права, какъ развитія не произвольномъ и правильномъ. Не будь слова и понятіе это господствовало бы надъ юристами въ несравненно меньшей степени.

подчиненное правильнымъ законамъ? <sup>3)</sup>) Но кто отнесется къ дѣлу съ подобающимъ вниманіемъ и безпристрастіемъ, тотъ сознается, что изслѣдованія Іеринга заключаютъ въ себѣ не отступничество отъ хорошихъ старыхъ идей, а блестящій шагъ впередъ; старая школа должна пойти за нимъ, потому что онъ, сохранивъ хорошія стороны ея ученія, устранилъ его очевидные недостатки. Іерингіанецъ вмѣстѣ съ ученикомъ Савини признаетъ, что право есть явленіе не случайное, а состоящее въ непосредственной связи съ жизнью народа; но, вмѣсто смутныхъ и неизученныхъ понятій о свободной воли и о духѣ народа, онъ вооруженъ болѣе твердыми понятіями о потребностяхъ человѣка и о его мышлѣніи, какъ источникѣ и средствѣ образованія права. Начало необходимости, которое Савини установилъ для исходного пункта права, Іерингъ распространилъ на всѣ фазы его развитія и выбросилъ изъ юриспруденціи все то, что могло затемнить истинное пониманіе этого начала.

Ученіе Іеринга исправляетъ господствующее ученіе о процессѣ образованія юридическихъ нормъ. Исправленіе заключается въ указаніи, что процессъ этотъ есть результатъ взаимодѣйствія двухъ дѣятелей: жизни народа, творящей потребности въ нормахъ, и мыслительной способности всего народа вообще и сословія юристовъ въ особенности, направленной къ отысканию средствъ удовлетворенія этихъ потребностей. Каждая юридическая норма не есть явленіе, непосредственно вызванное потребностью, но явленіе, вызванное потребностью при

---

3) Не менѣе прискорбное непониманіе выказываютъ и тогда, когда мысль о борьбѣ въ правѣ отождествляютъ съ мыслью о произвольномъ характерѣ его образованія.

содѣйствіи мышленія человѣка. Одно изъ слѣдствій такого положенія заключается въ томъ, что норма должна отразить на себѣ свойства создавшаго ее мышленія. Двѣ юридическія нормы могутъ быть различны не только тогда, когда различны вызвавшія ихъ потребности, но и тогда, когда, при сходствѣ потребностей, формулировавшая ихъ сила обладала различными качествами; ея свойства отражаются на свойстваѣ самихъ нормъ. Поэтому юристъ, если онъ желаетъ понять право, долженъ обращать вниманіе на умственную среду, въ которой совершилось формулированіе этого послѣдняго. Исторія юриспруденціи въ томъ широкомъ смыслѣ, какой далъ ей Герингъ — въ смыслѣ исторіи юридического мышленія — получаетъ огромное значеніе. Исторія должна выяснить влияніе, которое юриспруденція оказываетъ на право; рядомъ съ изслѣдованиемъ законовъ взаимодѣйствія юриспруденціи и жизни народа она должна опредѣлить область тѣхъ явленій права, которые обязаны своимъ происхожденіемъ не потребностямъ юридической жизни, а исключительно присущимъ юристамъ (и обществу) представлениямъ о природѣ юридическихъ явлений, известнымъ привычкамъ, свойственнымъ юридическому мышленію, наконецъ недостаткамъ послѣдняго; необходимо опредѣлить законы исторического развитія различныхъ свойствъ юридического мышленія и зависящихъ отъ нихъ юридическихъ явлений. Чисто-исторические труды дадутъ прочное основаніе для изслѣдований практическаго характера; выводы о томъ, какъ совершилось формулированіе права, поведутъ къ выводамъ о томъ, какъ оно должно совершаться, и укажутъ, можетъ быть, на ложные приемы, господствующіе несознательно для насъ самихъ и по настоящее время.

Но, какъ замѣчено уже выше, до сихъ поръ работы этого рода не получили права гражданства въ современной юридической литературѣ, а вслѣдствіе недостатка опыта не представляется возможности опредѣлить ближайшимъ образомъ путь, по которому онъ должны слѣдоватъ. Что касается ихъ главнаго направления, то, какъ я думаю, слѣдуетъ разбить общий вопросъ, поднятый трудами Іеринга, на болѣе частные и слѣдить это возможно двоякимъ образомъ. Во-первыхъ, полезно было бы изслѣдоватъ зависимость формы каждого отдельного института отъ юриспруденціи и отмѣтить, что именно въ его конструкціи должно быть отнесено на счетъ ея своеобразнаго дѣйствія. Во вторыхъ, не менѣе полезно было бы выдѣлить различные свойства юридического мышленія и изслѣдоватъ каждое изъ нихъ въ его историческомъ развитіи.

Настоящее сочиненіе представляетъ опытъ втораго рода, сдѣланный въ области римскаго права. Консерватизмъ составлять свойство, характеризовавшее римскую юриспруденцію впродолженіе весьма долгаго периода ея дѣятельности и служить важной образующею причиной въ исторіи юридическихъ нормъ Рима; благодаря консерватизму юриспруденціи, въ римскомъ правѣ явился цѣлый рядъ опредѣлений, отличительная черта которыхъ состоитъ въ томъ, что ихъ появление вызвано явно не потребностями правовой жизни, а самостоятельными потребностями юридического мышленія. Извѣстно, что эти опредѣления не составляютъ явлений, вполнѣ незамѣченіаго современному намъ літературою, но все, что сдѣлано по отношенію къ нимъ, довольно неудовлетворительно. Существуетъ много изслѣдований объ отдельныхъ, относящихся сюда предметахъ, которые по большей части діаметрально расходятся между собою въ вы-

водахъ, и даже тотъ фактъ, что всѣ явленія этого рода находятся въ вышеуказанной связи съ дѣятельностью юриспруденціи, не можетъ еще почестися безспорнымъ; при этомъ не существуетъ сочиненія, которое разсмотрѣло бы всѣ эти явленія подъ одною точкою зреинія и опредѣлило бы ихъ историческое сопротивление.

Восполнить сколько-нибудь указанные недостатки—вотъ назначеніе предлагаемаго читателю труда. Онъ составляетъ не болѣе, какъ починъ на пути всестороннаго исторического изученія избраннаго предмета, полное изслѣдованіе котораго будетъ завершено лишь тогда, когда весь громадный матеріалъ римскаго права будетъ пересмотрѣнъ съ специальною цѣлью—открыть въ немъ слѣды консерватизма юриспруденціи. Я ограничился разсмотрѣніемъ наиболѣе рельефныхъ фактовъ, и это дало мнѣ возможность сдѣлать нѣкоторыя обобщенія,годныя для того, чтобы послужить исходною точкою для дальнѣйшихъ работъ. Вмѣстѣ съ этимъ я останавливался внимательно на отдельныхъ фактахъ и, въ виду разногласій, существующихъ въ літературѣ, старался тщательно опредѣлить ихъ историческое значеніе. Послѣднее обстоятельство поведо къ нѣкоторымъ, можетъ быть довольно длиннымъ, отступленіямъ, но я надѣюсь, что читатель, прочтя книгу, согласится, что отступленія эти были необходимы для достиженія моей цѣли.

---

## I.

### Общий обзоръ.

Консерватизмъ юриспруденції заключается въ ея наклонности сохранять по возможности долго, не стѣсняясь практическими требованіями гражданскаго оборота, разъ установившіяся асоціації юридическихъ представлений. Обозначеніе такого явленія словомъ консервагизмъ не представляетъ ничего неизвѣдного и вполнѣ цѣлесообразно. Подъ консерватизмъ,—обходя различные частныя значенія, соединяемыя съ этимъ словомъ, и опредѣляя болѣе общій его смыслъ,—обыкновенно понимаютъ стремленіе человека къ такому образу дѣйствій, при которомъ установленный порядокъ отношений терпѣль бы наименѣе перемѣнъ. Такимъ образомъ въ основаніи понятія консерватизма лежитъ представление о стремленіи сохранять старое; но подобное стремленіе присуще одинаково какъ сферѣ поступковъ, такъ и сферѣ мышленія, а потому вполнѣ возможно говорить о консерватизмъ юридического мышленія или юриспруденції.

Ближайший результатъ консерватизма юриспруденції состоить въ томъ, что юридическія нормы значительно переживаютъ время своей практической годности: *cessante ratione legis non cessat lex ipsa*—вотъ

несознанное историческое правило, прямо противорѣчашее правилу практическому, формулированному юристами въ периодѣ болѣе сознательнаго отношенія къ своей дѣятельности. Въ настоящее время не особенно стысняются, буде требовать того интересы народной жизни, уничтожать одиѣ правовыя положенія и замѣнять ихъ другими; древнее же юридическое мышленіе дѣйствовало въ подобныхъ случаѣахъ съ несравненно болѣею осторожностью, чѣмъ современное, и съ великою неохотою приступало къ ломкѣ сложившихся юридическихъ понятий. Всѣдѣствие этого, оно, конечно, должно было приходить въ столкновеніе съ практическою жизнью, и вопросъ: какой исходъ получало такое столкновеніе,—подлежитъ разрѣшенію юриста-историка. Нижеслѣдующія страницы ищутъ отвѣта, даннаго исторіей римскаго права.

Повидимому на поставленный вопросъ исторія можетъ отвѣтить двояко: или практика уступаетъ теоріи, т. е. интересы жизни остаются неудовлетворенными, или теорія практикъ, т. е. юристы жертвуютъ своими понятіями. Но такъ — только повидимому. Подобные отвѣты не согласуются съ возможностью самаго вопроса. Еслибы интересы жизни уступили сухой мысли юриста, то это значило бы, что самые интересы не были очень жизненны, если же напротивъ консерватизмъ юриспруденціи уступилъ бы поле битвы прогрессу юридической жизни, то это свидѣтельствовало бы о слабой степени энергіи самого консерватизма. Исторія римскаго права, относясь къ такой правовой сферѣ, гдѣ консерватизмъ юриспруденціи и интересы юридической жизни не были пустыми словами, дала на поставленный выше вопросъ чной отвѣтъ: въ Римѣ оба боровшіяся явленія нашли возможность ужиться вмѣ-

стъ. Римская юриспруденція на практикѣ удовлетворила вѣмъ новымъ потребностямъ гражданскаго оборота, но въ теоріи дала этому удовлетворенію такого рода оцѣнку, которая уничтожила совершенное значеніе его какъ явленія, разрушающаго старую систему права.

Для этой цѣли были пущены въ ходъ рядъ довольно своеобразныхъ логическихъ пріемовъ, породившій массу поражающихъ насъ своею оригинальностью классификацій и опредѣлений,—единственный мотивъ которыхъ заключался въ стремлениі замаскировать сдѣланное съ успѣхомъ посягательство на существующую систему права. Не свидѣтельствуя въ пользу большаго развитія способности римской юриспруденціи къ отвлеченному мышленію, эта пестрая масса ограждаетъ ее отъ тяжкаго упрека въ несоблюдении интересовъ гражданскаго оборота и представляетъ интересный примѣръ примѣненія несовершенныхъ логическихъ пріемовъ ради достиженія здравыхъ практическихъ цѣлей. Еслибы вздумали составлять понятіе о римскомъ правѣ на точномъ основаніи опредѣлений и дѣлений, изрекаемыхъ римскими юристами, не обращая вниманія на практическую, жизненную сторону ихъ теорій, то представление о римскомъ правѣ, какъ системѣ въ высшей степени безсвязной, преисполненной противорѣчій и логического хаоса, неминуемо должно было бы выдвинуться на первый планъ. Признавая напримѣръ, что въ известныхъ случаяхъ собственность не можетъ быть уничтожена простою передачею вещи—римскіе юристы лишаютъ собственника, сдѣлавшаго такую передачу, судебнай защиты его права, и наоборотъ, перенося эту защиту на приобрѣтателя, тѣмъ не менѣе увѣряютъ, что этотъ послѣдній во-все не есть собственникъ, а если и собственникъ,

то совсѣмъ другаго, нисшаго достоинства; или объявляютъ, что обманъ или вымогательство, сопутствовавшіе установлению обязательства, не могутъ вліять на судьбу этого послѣдняго, а между тѣмъ, когда дѣло доходитъ до судебнаго осуществленія его, лишаютъ силы направленный къ тому искъ. Можно было бы насчитать огромное количество подобныхъ опредѣленій; главнѣйшия изъ нихъ будуть подвергнуты тщательному изслѣдованію на послѣдующихъ страницахъ. Кто знакомъ съ современными догматическими системами римскаго права, тому известно, какъ великъ рядъ юридическихъ нормъ и классификацій, которыя, несмотря на то, что были назначены служить цѣлямъ, не потерявшимъ значенія по сіе время, были исключены изъ системъ и свалены въ общую груду материала, обладающаго однимъ историческимъ значеніемъ, — работа начавшаяся еще въ Римѣ, где главнымъ представителемъ ея явился Юстиніанъ, и продолжающаяся съ большой энергией въ современной юридической литературѣ.

Виѣшнія границы области явлений, порожденныхъ въ Римѣ консерватизмомъ юриспруденціи, совпадаютъ съ границами самого права: дѣйствіе консерватизма можно найти въ римскомъ правѣ всѣхъ эпохъ и во всевозможныхъ его институтахъ; но не всегда и не вездѣ онъ проявляется съ одинаковою силою. Консерватизмъ юриспруденціи находился въ тѣсной связи съ институтами древне-римского права (*jus Quiritum*), история развитія и упадка котораго всецѣло проникнута консерватизмомъ; напротивъ въ исторіи институтовъ новаго происхожденія (*jus gentium*) онъ нашелъ себѣ мало пищи, да и тамъ, где это случилось, не вполнѣ сохранилъ свой древній суровый типъ.

Причина такого различія отношеній юриспруденціи къ древней и новой римскимъ системамъ права

кроется какъ въ природѣ самого консерватизма, такъ и въ различіи характера исторического развитія обѣихъ системъ. Было бы несогласно со всѣмъ тѣмъ, что известно намъ о характерѣ римскихъ юристовъ, полагать, что источникъ ихъ консерватизма заключался въ нежеланіи покровительствовать измѣненіямъ, происходившимъ въ юридической жизни общества и въ особой приверженности ихъ къ старому порядку жизни. Можетъ-быть въ то время, когда формулированіе права находилось исключительно въ рукахъ понтифовъ и преторовъ, выбранныхъ изъ среды патриціевъ, наклонности такого рода могли имѣть мѣсто ради сословныхъ интересовъ, но онъ совершенно исчезли въ сравнительно болѣе поздній періодъ образованія преторомъ, этимъ „живымъ голосомъ народа“ новой системы права; а между тѣмъ большинство явлений, причину которыхъ должно искать въ консерватизмѣ юриспруденціи, именно этому періоду дѣятельности претора обязано своимъ происхожденіемъ: еслибъ онъ не вздумалъ приступить къ серьезному измѣненію и устраниенію древнихъ институтовъ, то никогда не пришлось бы намъ увидѣть какого широкаго развитія могъ достигнуть въ Римѣ консерватизмъ юридического мышленія. Но въ отсталости юристовъ, какъ практическихъ дѣятелей, стѣдуетъ искать источникъ того, что въ этомъ сочиненіи принято называть консерватизмомъ. Римскій юристъ былъ консерваторомъ не на практикѣ, а лишь въ теоріи, и въ этомъ-то несоответствіи теоріи практикѣ и заключается консерватизмъ юриспруденціи. Содержаніе относящихся сюда процессовъ мышленія опредѣляется предложеніемъ: сознаніе юриста отставало отъ явлений юридической жизни, или: истинность самосохраненія юридическихъ понятий дѣйствовала сплѣнѣе инстинкта самосохран-

непія інститутовъ, на которыхъ основаны были понятія. Такое несовершенство процессовъ юридической мысли обусловливалось прежде всего конкретностью мышленія древнихъ юристовъ практиковъ; отсюда проистекала нерасторгаемость связи юридическихъ понятій съ конкретными представленими, лежавшими въ ихъ основаніи. Когда въ жизни возникало новое отношение, хотя и родственное съ старыми, но не вполне тождественное съ ними, тогда понятіе, закованное въ известную форму, не оказывалось способнымъ растянувшись; родство отношений могло чувствоватьсь, но не сознаваться. Въ силу чувства не отказывали вновь народившемуся отношению въ защитѣ, но объясняли эту защиту съ точки зрењія непам'янемости понятій, либо признавали новое отношение вполне тождественнымъ съ старыми и такимъ образомъ насильно вдвигали его въ старую рамку; или же впадали въ противоположную крайность, отрицая всякое родство нового отношения съ прежними, образовывая новые институты и понятія и отодвигая ихъ въ новую, совершенно независимую отъ старой, систему. Обобщеніе не легко дается пер развитому уму, и, добывъ разъ сколько нибудь отвлеченные понятія, онъ дорожить ими много больше и разстается съ ними гораздо неохотнѣе, чмъ умъ, стоящій на болѣе высокой ступени развитія. Самая формула, выражающая то или другое понятіе, получаетъ въ глазахъ первоначального мыслителя объективное значеніе и трактуется какъ ифчто, стоящее виѣ его воли и не подлежащее измѣненію <sup>1</sup>).

1. Сюда же относится концепция суда формальна, о которой говорить Ihering Geist II стр. 500 и III стр. 33 (2 изд.). Ср. ниже главу II, прим. 71.