

УЧЕНИЕ

о

ПОРУЧИТЕЛЬСТВѢ

по

РИМСКОМУ ПРАВУ И НОВѢЙШИМЪ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВАМЪ.

СОЧИНЕНИЕ

Бар. А. Кочнева.

ТОМЪ ПЕРВЫЙ.

— 6078 —

САНКТПЕТЕРБУРГЪ.

ТИПОГРАФІЯ ИМПЕРАТОРСКОЙ АКАДЕМИИ НАУКЪ.

(Вас. Остр., 9 лин., № 12.)

1884.

ОГЛАВЛЕНИЕ И СОДЕРЖАНИЕ.

	СТРАН.
Предисловие	VII и VIII
Введение.....	1—22
Определение понятия поручительства.....	16
Источники	18
Литература.....	22
ГЛАВА I. Положения общие.....	165
Выводы изъ определения понятия поручительства	24
§ 1. Поручительство какъ обязательство, основанное на договорѣ—отличие его отъ другихъ случаевъ имущественной ответственности за чужія обязательства—лица, участвующія въ договорѣ поручительства, — необходимость принятія поручительства со стороны кредитора—вліяніе заблужденія поручителя на дѣйствительность поручительства	52
§ 2. Поручительство какъ видъ интерессіи — материальный и формальный элементы интерессіи.	61
§ 3. Поручительство какъ видъ кумулятивной интерессіи — отличие его отъ интерессіи въ качествѣ корреального должника.....	81
§ 4. Поручительство какъ акцессорное обязательство—определение понятия объ акцессорности—правило: безъ главнаго обязательства немыслимо поручительство, — толкованіе L 25 D. ht.—поручительство за будущее обязательство.....	103

§ 5. Субсидіарний момент отвѣтственности поручителя — значеніе его по римскому праву — обыкновенная fidejussio и fidejussio indemnitatis — Новелла 4-я — постановленія новѣйшихъ законодательствъ	113
§ 6. Цѣль поручительства — отличіе въ этомъ отношеніи обыкновенной fidejussio отъ fidejussio indemnitatis	118
§ 7. Виды поручительства по Юстиніанову праву — fidejussio и mandatum qualificatum — мнѣнія ученыхъ о различіи между ними	131
§ 8. Fidejussio и constitutum debiti alieni — мнѣнія ученыхъ о различіи между ними	143
§ 9. Мнѣнія ученыхъ о существованії въ новѣйшемъ правѣ римскихъ видовъ поручительства — мнѣніе Гиртеннера — мнѣніе Газенбальга — критика его — мнѣніе автора	165
ГЛАВА II. Очеркъ исторического развитія института поручительства.....	262
Раздѣлъ I. Римское право.....	214
§ 1. Первая извѣстія о древне-римскомъ институтѣ поручительства — Институціи Гая — взаимное отношеніе между sponsio, fidepromissio и fidejussio	174
§ 2. Общія sponsio и fidepromissio отличія отъ fidejussio — мнѣніе Гиртеннера объ отсутствіи акцессорности въ sponsio и fidepromissio — leges: Apuleja, Furia de sponsu и Cicereja — пассивная непреемственность sponsio и fidepromissio — попытки объяснить ее — мнѣніе автора	196
§ 3. Особенности sponsio въ отличіе отъ fidepromissio и fidejussio — общія всѣмъ тремъ видамъ положенія	203
§ 4. Исторія constitutum'a debiti alieni и mandatum'a qualificatum	214
Раздѣлъ II. Германское Право.....	232
§ 5. Характеръ поручительства по древне-германскому праву — виды и общія условія дѣйствительности его	221
§ 6. Послѣдствія поручительства — въ частности поря-	

	СТРАН.
докъ привлечениія поручителя въ отвѣтственности и отвѣтственность наследниковъ его	232
Раздѣль III. Русское право	262
§ 7. Общій характеръ поручительства по древне-ру- скому праву—условія дѣйствительности его—от- вѣтственность поручителей—мнѣніе автора о пре- емственности ея	249
§ 8. Реформы Петра I-го и узаконенія XVIII столѣ- тія—Уставъ о Банкротахъ 1800 года — Проекты Гражданского и Торговаго Уложеній 1814 года.	262
ГЛАВА III. Общія условія дѣйствительности поручительства	371
Раздѣль I. Условія дѣйствительности поручительства въ субъективномъ отношеніи	313
Введеніе	265
Отдѣль I. Юридическая неспособность быть поручи- телемъ	302
§ 1. Несспособность, вытекающая изъ отсутствія или ограниченія способности вступать въ договоры и обязательства вообще—постановленія новѣйшихъ законодательствъ	272
§ 2. Несспособность, основанная на положительныхъ предписаніяхъ законодательствъ — <i>Senatusconsultum Vellejanum</i> , принципъ и случаи непримѣненія его—поручительство жены за мужа — новѣйшія законодательства	296
§ 3. Продолженіе — ограниченіе способности лицъ ду- ховныхъ и военныхъ и членовъ городскихъ совѣ- товъ быть поручителями	302
Отдѣль II. Фактическая неспособность быть поручи- телемъ	313
§ 4. Общія соображенія — постановленія римскаго права	309
§ 5. Постановленія новѣйшихъ законодательствъ, въ особенности Прусскаго и Французскаго	313
Раздѣль II. Условія дѣйствительности поручительства въ объективномъ отношеніи	356

§ 6. Поручительство какъ средство обезнеченія всѣхъ договоровъ и обязательствъ—поручительство за <i>obligationes ex delicto</i> и за обязательство мужа возвратить женѣ приданое—новѣйшія законодательства	321
§ 7. Поручительство за обязательство объективно или формально недѣйствительное—поручительство за обязательство, объявленное недѣйствительнымъ по субъективнымъ основашіямъ, въ частности за обязательство женщины вопреки SC. Vell. и задареніе между супругами — постановленія новѣйшихъ законодательствъ	333
§ 8. Поручительство за патуральное обязательство—послѣдствія его—мнѣніе Вебера—L. 36 D. ht..	347
§ 9. Постановленія новѣйшихъ законодательствъ — практика Сената по вопросу о поручительствѣ за обязательство, срокъ котораго уже минулъ..	356
Раздѣль III. Условія дѣйствительности поручительства въ формальномъ отношеніи	371
§ 10. <i>Fidejussio</i> какъ стимуляціонный договоръ — первоначальная форма и условія дѣйствительности стимуляціи—измѣненія ихъ позднѣйшимъ римскимъ правомъ	363
§ 11. Мнѣнія средневѣковыхъ и новѣйшихъ ученыхъ о необходимости стимуляціи для <i>fidejussio</i> по новѣйшему праву	366
§ 12. Постановленія новѣйшихъ законодательствъ, въ особенности Прусскаго Земскаго права и 1 ч. X Т. Св. Зак.—практика Сената по ст. 1562	371

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Предлагаемый трудъ имѣть своею цѣлью прінести посильную ленту для обработки нашего отечественнааго гражданскаго права, представляя въ сравнительномъ изложениіи постановленія и правила, которыя даютъ для поручительства римское право и новѣйшія законодательства.

Хотя законодательные сборники императора Юстиніана въ Россіи никогда не имѣли значенія дѣйствующаго права, то всетаки научный авторитетъ римскаго гражданскаго права, этого первообраза и основанія всякаго развивающагося законодательства, и среди русскихъ правовѣдовъ все болѣе и болѣе сознается. Поэтому при изслѣдованіи нашего предмета мы не могли ограничиться исключительно одними лишь новѣйшими законодательствами, а напротивъ обратили главное вниманіе именно на римское право. Только опредѣленіе значенія поручительства въ римскомъ правѣ даетъ намъ вѣрную мѣрку для теоретической оцѣнки.

того значенія, которое оно имѣеть въ новѣйшихъ западныхъ и въ нашемъ русскомъ правахъ.

При нашемъ сравнительномъ изслѣдованіи изъ новѣйшихъ законодательствъ, кромѣ Русскаго, мы имѣли въ виду слѣдующія: Австрійское, Саксонское, Прусское, Французское и Гражданскіе Законы нашихъ Остзейскихъ губерній. Изъ нихъ оба послѣднія, какъ входящія въ составъ Русскаго законодательства, нами разсмотрѣны особенно подробно.

При изобиліи матеріала, безъ разсмотрѣнія котораго нельзя обойтись при полномъ и всестороннемъ изложеніи ученія о поручительствѣ, намъ казалось болѣе удобнымъ распредѣлить этотъ матеріаль въ двухъ томахъ, причемъ предметомъ втораго тома будетъ изслѣдованіе вопросовъ: 1) объ отвѣтственности поручителя, 2) о средствахъ защиты его, 3) о прекращеніи поручительства и 4) объ уравнительномъ разсчетѣ между поручителемъ и главнымъ должникомъ.

А. Нолькенъ.

С.-Петербургъ,
7-го Ноября 1884 г.

ВВЕДЕНИЕ.

Предметъ нашего изслѣдованія составляетъ ученіе объ институтѣ известномъ подъ терминомъ поручительство.

Потому прежде всего рождается вопросъ: что такое поручительство? Каково должно быть научное, всестороннее опредѣленіе понятія о занимающемъ нась юридическомъ институтѣ, опредѣленіе воплощающее въ себѣ всѣ существенные признаки и составныя части этого понятія?

Сообразно цѣли и задачѣ настоящаго изслѣдованія, за отвѣтомъ на этотъ вопросъ обратимся къ разсмотрѣнію того материала, который дается намъ въ литературныхъ произведеніяхъ и памятникахъ положительного законодательства.

Что касается прежде всего римского права, то и на- передъ можно было-бы сказать, что, въ виду общаго характера и свойства его источниковъ, оно едва-ли даетъ намъ какое-нибудь удовлетворяющее требованіямъ современной науки, всеобъемлющее и полное опредѣленіе понятія о поручительствѣ. Такихъ опредѣленій въ законодательныхъ сборникахъ императора Юстиніана мы находимъ,

собственно говоря только два. Первое изъ нихъ исходить отъ самого Юстиніана¹⁾, но заимствовано, какъ и большая часть его Институцій, изъ сочиненія юриста Гая²⁾ подъ тѣмъ-же заглавиемъ. Но если Юстиніанъ говоритъ: «*Pro eo, qui promittit, solent alii obligari, qui fidejussores appellantur, quos homines accipere solent, dum curant, ut diligentius sibi cautum sit*», то изъ этого опредѣленія мы узнаемъ только, что у Римлянъ было обыкновеніе обезпечивать обязательства своихъ должниковъ тѣмъ, что они обязывали за нихъ другія лица и что послѣднія назывались поручителями. Слѣдовательно опредѣленіе это указываетъ намъ лишь на цѣль поручительства: обеспеченіе исполненія обязательства, и на то, что обеспечивающіе его исполненіе поручители этимъ обременяются въ сущности чужимъ для нихъ самихъ обязательствомъ, ибо они обязуются за другое лицо, *pro eo qui, promittit*, но притомъ оно, не только не содержит никакихъ указаний на другое существенные признаки и составныя части понятія о поручительствѣ, по буквальному смыслу своему даже противорѣчить сущности его. Такъ мы ниже увидимъ, что поручительство заключаетъ въ себѣ совмѣстное, но не исключительное принятие постороннимъ лицомъ на себя чужаго обязательства, въ силу чего должникъ, обязательство котораго принимаетъ на себя поручитель, не освобождается отъ отвѣтственности по нему, а напротивъ продолжаетъ отвѣтствовать безъ вся-

1) *pr. Inst. de fid.* (3,20).

2) ср. *Gaii Instit. Comment.* III, § 115. «*Pro eo qui promittit, solent alii obligari, quorum alias sponsores, alias fidepromissores, alias fidejussores appellamus*» и § 118 «*Sponsores quidem et fidepromissores et fidejussores saepe solemus accipere dum curamus, ut diligentius nobis cautum sit;....*»

кихъ измѣненій, съ тѣмъ только, что по его обязательству имѣется сверхъ него, еще другой обязательный субъектъ. Изъ словъ-же Юстиніана «*pro eo qui promittit, solent alii obligari*» это не вытекаетъ, напротивъ, остановясь на буквальномъ ихъ смыслѣ, всякий незнакомый съ понятіемъ и существомъ института поручительства, по необходимости долженъ быть-бы прийти къ тому выводу, что поручительство освобождаетъ первоначального должника отъ всякой ответственности по обезпечиваемому имъ обязательству, такъ какъ поручитель, обязавшись за должника, замѣнилъ послѣдняго. И такому выводу не могла-бы препятствовать и указанная Юстиніаномъ цѣль поручительства, ибо замѣна несостоятельного неисправнаго или недобросовѣстнаго должника другимъ обязаннымъ субъектомъ, обладающимъ достаточнымъ для исполненія обязательства имуществомъ, и притомъ известнымъ какъ лицо исправное и добросовѣстно исполняющее лежащія на немъ обязанности, для кредитора несомнѣнно будетъ обезпечениемъ исполненія обязательства, притомъ обезпечениемъ гораздо болѣе надежнымъ, чѣмъ то, которое представляется поручителемъ. Стало быть изъ приведенного опредѣленія Юстиніаномъ понятія о поручительствѣ нельзѧ вывести существа этого института.

Болѣе полнымъ, хотя и оно, какъ мы увидимъ, не отличается особеною точностью, является второе, находящееся въ Юстиніановыхъ Дигестахъ, опредѣленіе поручительства, извлеченное изъ сочиненій того-же юриста Гая¹).

«*Sed aut proprio nomine quisque obligatur, aut alieno; qui autem alieno nomine obligatur, fidejussor vocatur, et ple-*

1) lib. II Aureorum I. 1 § 8 D. de oblig. et actionibus (44,7).

rumque ab eo, quem proprio nomine obligamus, alios accipimus, qui eadem obligatione teneantur, dum curamus, ut, quod in obligationem deduximus, tutius nobis debeatur.»

Поли́че это определение, по мнению нашему, въ томъ отношении, что оно прямо указываетъ на продолженіе отвѣтственности первоначального или главнаго должника, такъ какъ, по словамъ приведенного текста, поручитель и должникъ отвѣтствуютъ за одно и то же обязательство, въ чёмъ именно, по свидѣтельству Гая, и заключается для кредитора обеспеченіе его исполненія. Тѣмъ не менѣе это определение грѣшитъ неменьшей неполнотою и неопределенностю, чѣмъ предыдущее: говоря, что поручитель и главный должникъ *eadem obligatione teneantur*, Гай этимъ всетаки оставляетъ открытый вопросъ о томъ, на какомъ основаніи и въ какой мѣрѣ продолжается отвѣтственность первоначального должника, а съ другой стороны въ какой мѣрѣ она переходить на совмѣстно обязавшагося съ нимъ поручителя. По общепринятому, какъ римскимъ правомъ, такъ и новѣйшею теоріею и законодательствами, началу при множествѣ субъектовъ одного долговаго, обязательственнаго отношенія, все они несутъ равную, долевую отвѣтственность. Корреально-же она становится лишь въ видѣ исключенія при наличности особыхъ обстоятельствъ, порождающихъ для каждого субъекта полную, неограниченную отвѣтственность. Если-же Гай говоритъ, что должникъ и поручитель отвѣтствуютъ за одно и то же обязательство, что именно въ этомъ и заключается обеспеченіе исполненія послѣдняго, то слѣдовательно буквальный смыслъ приведенного текста заставляетъ насть предполагать въ данномъ случаѣ наличность такихъ особыхъ обстоятельствъ, въ силу

которыхъ отношение между должникомъ и поручителемъ является корреальнымъ, а въ этомъ именно кроется недостатокъ настоящаго мѣста, какъ определенія понятія о поручительствѣ; ниже мы укажемъ, что отличіе отъ отвѣтственности корреального должника составляетъ едва-ли не самыйъ существенный признакъ поручительства, которое напротивъ создаетъ отвѣтственность дополнительную, придаточную, акцессарную, по большинству новѣйшихъ законодательствъ принимающую даже характеръ лишь вспомогательной, субсидіарной отвѣтственности.

И такъ попытки определенія понятія о поручительствѣ, сдѣланныя римскими наукой и законодательствомъ, нельзя не считать неудавшимися. Обратимся теперь къ новѣйшей юридической литературѣ, можетъ быть новѣйшая юриспруденція опередила въ этомъ отношеніи римскихъ ученыхъ.

Начиная съ первыхъ изслѣдователей вновь открытаго римского права ученіе о римскомъ институтѣ поручительства, въ особенности объ одномъ изъ трехъ известныхъ Юстинианову праву видовъ его, *fidejussio*, вызвало между учеными весьма обжигающие споры и множество контрверсовъ, что побудило почти каждого изъ нихъ посвятить изученію этого института болѣе или менѣе трудовъ. Доказательствомъ этому можетъ служить цѣлый рядъ монографий и диссертаций. Потому предположеніе найти въ трудахъ ученыхъ этого периода определенія понятія о поручительствѣ, вполнѣ удовлетворяющія всемъ требованиямъ относительно полноты, подробности и воплощенія въ нихъ всѣхъ существенныхъ признаковъ и составныхъ частей этого понятія, казалось-бы, нeliшнимъ основанія. На

дѣлъ однако оказывается совершенно не такъ; въ большинствѣ изъ опредѣленій, данныхъ этими юристами, отражается влияніе какого-либо единичнаго спорнаго между ними вопроса, главнымъ образомъ вопроса о томъ, имѣть-ли стипуляція существенное значеніе для римскаго fidejussio, причемъ ученые эти, стараясь разрѣшить занимающей ихъ спорный вопросъ въ томъ или другомъ смыслѣ въ самомъ началѣ своихъ изслѣдованій, не вносили въ опредѣленіе понятія о поручительствѣ такихъ признаковъ его, которые для насъ имѣли-бы гораздо большаго значенія, чѣмъ напримѣръ вопросъ о значеніи стипуляціи для общаго права и заимствованнаго имъ римскаго fidejussio. Поэтому, если Аккурсій¹⁾ напр. говоритъ «*fidejussorem eum esse, qui pro alio fidem suam adstringit*» или Винній²⁾ «*fidejussor est qui fide sua esse jubet, interposita stipulatione,*» то такими опредѣленіями они даютъ намъ не больше, чѣмъ Юстиніанъ въ вышеприведенномъ мѣстѣ, пожалуй даже меньше. Такого же упрека въ односторонности и неполнотѣ заслуживаютъ почти всѣ другія опредѣленія понятія о поручительствѣ учеными прошлыхъ столѣтій³⁾, не исключая и Геринга, хотя данное имъ опредѣленіе сравнительно несомнѣнно удовлетворительнѣе всѣхъ другихъ. Онъ формулируетъ понятіе о fidejussio слѣдующимъ образомъ «*fidejussio est stipulatio seu sponsio, qua quis pro debitore aliquo, fidem suam, citra по-*

1) in Nov. de fidej. et in § except. verb. fidej. Inst. de replicat.

2) Arnoldus Vinnius, Comment ad IV lib. Justit. T. II, p. 149.

3) Образчиками могутъ служить: Cujacius «Opera» in par. de fidej «*fidejussor est non qui nomine debitoris, sed qui pro debitore, suo nomine stipulante promittit, citra novationem*» или Joh. Voet «Comment. ad Pand.» T. II, p. 456 «*fidejussor est qui alienam obligationem mediante stipulatione in se recipit, reo principali manente obligato*».

vationem interponendo, ad debiti solutionem in subsidium obligatur¹)».

Едва-ли удовлетворительнѣе являются определенія нашего института, встречающіяся у юристовъ нашего столѣтія. И они по большинству страдаютъ неполнотою и оставляютъ безъ должаго вниманія такие существенные моменты и составныя части понятія о поручительствѣ, которые въ другихъ мѣстахъ ихъ сочиненіи ими же признаются существенными. Впрочемъ это объясняется тѣмъ, что они, разсматривая учение о поручительствѣ въ общихъ своихъ учебникахъ по пандектамъ, потому и не могли долго остановиться на немъ. Мы приведемъ здѣсь главнѣйшія изъ этихъ определеній.

Къ сожалѣнію у Вангерова, вслѣдствіе конспективнаго характера его Lehrbuch des Pandectenrechts, мы не находимъ никакаго определенія. Пухта различаетъ ручательство (Verbürgung) и поручительство (Bürgschaft), подводя подъ первый терминъ весь случаи интерцессіи въ качествѣ придаточнаго должника и опредѣляя послѣднее т. е. ручательство въ тѣсномъ смыслѣ или поручительство, какъ договоръ, которымъ кто-либо обѣщаетъ исполненіе чужаго обязательства безъ освобожденія чрезъ то первоначальнаго должника. Съ нимъ почти сходится Аридтсъ³), опредѣляя поручительство какъ обезнеченіе кредитору осуществленія его требованія тѣмъ, что кромѣ дѣйствительнаго должника другое лицо, поручитель, акцессорно обязывается въ силу договора къ тому же исполненію, причемъ Аридтсъ не

1) Tractatus C. III, № 8.

2) Vorlesungen § 403.

3) Lehrbuch des Pandectenrechts § 349.

проводить установленного Пухтою различія между поручительствомъ и ручательствомъ и его опредѣлениe полно въ томъ отношеніи, что въ немъ указывается и на цѣль поручительства.

Вообще только что приведенныя опредѣленія, по мнѣнію нашему, нельзя не считать самыми удовлетворительными изъ всѣхъ, встречающихся въ учебникахъ современныхъ юристовъ¹⁾). Такъ напримѣръ за опредѣлениемъ дан-

1) Для прымѣра мы приведемъ слѣдующія опредѣленія данныхъ другими главнѣйшими юристами нашего столѣтія въ ихъ учебникахъ по Пандектамъ. Зейферть (*Pandectenrecht* T. II, § 383) видитъ въ поручительствѣ договорное обѣщаніе вѣрителю со стороны посторонняго лица отвѣтствовать за исполненіе его требованія, причемъ первоначальный должникъ не освобождается отъ таковой же отвѣтственности, слѣдовательно не проводитъ различія между корреальнымъ должникомъ и поручителемъ. Мюленбрухъ (*Pandectenrecht* T. III, § 483 и слѣд.) отождествляетъ поручительство съ понятіемъ интерцессіи, какъ акта добровольного принятія постороннимъ лицомъ на себя обязательства другаго съ цѣлью обеспечить кредитора послѣдняго. Поручительство конечно есть видъ интерцессіи, но это еще не значитъ, чтобы и наоборотъ всякая интерцессія была поручительствомъ, а съ другой стороны врядъ-ли кто-либо скажетъ, что напр. *expromissio* имѣеть единственою цѣлью именно обеспеченіе кредитора. Наконецъ онъ утверждаетъ, что будто-бы по новѣйшему римскому праву каждая кумулятивная интерцессія, слѣдовательно и поручительство создаетъ отвѣтственность лишь субсидіарную. Венигъ-Ингенгеймъ (*Lehrbuch des gemeinen Civilrechts* T. II, § 353) опредѣляетъ поручительство какъ видъ интерцессіи, устанавливающій въ виду обеспеченія кредитора совмѣстную съ главнымъ должникомъ отвѣтственность 3-го лица за исполненіе обязательства. Швенне (*Pandectenrecht* T. II, § 509) — какъ договорное принятие 3-мъ лицомъ на себя обеспеченія чужаго обязательства. Дабеловъ (*Pandectenrecht* T. II стр. 357), какъ принятие субсидіарной отвѣтственности за чужое обязательство. Бурхарди (*Lehrbuch des Römischen Rechts* T. II, § 269): обѣщаніе 3-го лица отвѣтствовать за чужое обязательство возлѣ главнаго должника. Тибо (*System des Pandectenrechts* T. II, § 940): договорное принятие на себя придаточной отвѣтственности