

Н. М. Коркунов

Указ и закон

**Москва
«Книга по Требованию»**

УДК 93
ББК 63.3
Н11

Н11 **Н. М. Коркунов**
Указ и закон / Н. М. Коркунов – М.: Книга по Требованию, 2012. – 416 с.

ISBN 978-5-458-07743-9

Исследования Н.М. Коркунова.

ISBN 978-5-458-07743-9

© Издание на русском языке, оформление
«YOYO Media», 2012

© Издание на русском языке, оцифровка,
«Книга по Требованию», 2012

Эта книга является репринтом оригинала, который мы создали специально для Вас, используя запатентованные технологии производства репринтных книг и печати по требованию.

Сначала мы отсканировали каждую страницу оригинала этой редкой книги на профессиональном оборудовании. Затем с помощью специально разработанных программ мы произвели очистку изображения от пятен, клякс, перегибов и попытались отбелить и выровнять каждую страницу книги. К сожалению, некоторые страницы нельзя вернуть в изначальное состояние, и если их было трудно читать в оригинале, то даже при цифровой реставрации их невозможно улучшить.

Разумеется, автоматизированная программная обработка репринтных книг – не самое лучшее решение для восстановления текста в его первозданном виде, однако, наша цель – вернуть читателю точную копию книги, которой может быть несколько веков.

Поэтому мы предупреждаем о возможных погрешностях восстановленного репринтного издания. В издании могут отсутствовать одна или несколько страниц текста, могут встретиться невыводимые пятна и кляксы, надписи на полях или подчеркивания в тексте, нечитаемые фрагменты текста или загибы страниц. Покупать или не покупать подобные издания – решать Вам, мы же делаем все возможное, чтобы редкие и ценные книги, еще недавно утраченные и несправедливо забытые, вновь стали доступными для всех читателей.



Серия Книжный Ренессанс

www.samizday.ru/reprint

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Статья 47 Основныхъ законовъ постановляетъ, что «Имперія Россійская управляется на твердыхъ основаніяхъ положительныхъ законовъ», выражая тѣмъ давнее стремленіе правительства установить и упрочить начало законности.

И для русскаго государствовѣда не можетъ быть болѣе высокой и болѣе благодарной задачи, какъ содѣйствовать, по мѣрѣ силъ, утвержденію и развитію этого начала въ нашей государственной жизни. Основы государственнаго быта поддерживаются и укрѣпляются не одною силою власти, но и силою убѣжденія. А выработка сознательныхъ и опредѣленныхъ убѣжденій есть именно дѣло науки.

Наша небогатая литература государственнаго права всегда съ особеннымъ вниманіемъ относилась къ вопросу объ обезпеченіи законности. Въ началѣ настоящаго столѣтія Горюшкинъ, Хапылевъ, Васильевъ кладутъ въ основу своего изложенія русскаго государственнаго права идеи Наказа о законѣ и законности управленія. Точно также и А. Д. Градовскій, какъ бы возстановляя преданія екатерининскаго и александровскаго времени, основнымъ началомъ нашего го-

сударственного строя признаетъ все то же начало законности, отводя учению о законѣ первенствующее мѣсто въ своихъ Началахъ русскаго государственнаго права.

Сознательное и послѣдовательное проведеніе начала законности въ жизни предполагаетъ прежде всего точное выясненіе понятія закона и его отношенія къ другимъ актамъ государственной власти. Руководясь этою мыслью, я и выбралъ предметомъ моего изслѣдованія частный вопросъ объ отношеніи закона къ общимъ правиламъ, устанавливаемымъ не въ законодательномъ порядкѣ, а въ порядкѣ управленія.

Я называю эти общія правила, устанавливаемые въ порядкѣ управленія, какъ Верховною властью, такъ и органами подчиненнаго управленія, *указами*. Такое наименованіе требуетъ нѣкотораго оправданія. Въ нашемъ законодательствѣ со словомъ указъ не соединяется точно опредѣленнаго значенія. До учрежденія министерствъ указами назывались всѣ вообще акты всѣхъ органовъ власти, обращенные къ подчиненнымъ имъ мѣстамъ и лицамъ. Акты присутственныхъ мѣстъ, существующихъ съ прошлаго столѣтія, сената, синода, губернскаго правленія, дворянскихъ опекъ, сиротскихъ судовъ, и до сихъ поръ имсуются указами. Законодательство настоящаго столѣтія, напротивъ, какъ бы избѣгаетъ этого выраженія. Такъ акты, исходящіе отъ министровъ, никогда не называются указами, а устанавливаемые ими общія правила печатаются въ Собраніи узаконеній подъ именемъ «распоряженій». Общимъ правиламъ, издаваемымъ мѣстными властями, усвоено названіе «обязательныхъ для мѣстныхъ жителей постановленій». Об-

щаго наименованія для всѣхъ общихъ правилъ, устанавливаемыхъ въ порядкѣ управленія, въ нашемъ законодательствѣ нѣтъ. Между тѣмъ въ научномъ изложеніи безъ него обойтись трудно.

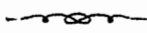
Градовскій употреблялъ въ такомъ общемъ значеніи выраженіе «административныя распоряженія». Въ проектѣ уголовного уложенія то же значеніе придано слову «постановленіе». Ни та, ни другая терминологія не можетъ быть признана удовлетворительной. Если распоряженіями именовать общія правила, *Verordnungen*, нельзя будетъ подыскать подходящаго слова для обозначенія частныхъ мѣръ, *Verfügungen*. Да и по своему привычному значенію распоряженіе болѣе соотвѣтствуетъ нѣмецкому *Verfügung*, чѣмъ *Verordnung*. Распорядиться, конечно, не значитъ установить общія правила, а именно принять частныя мѣры. Что касается постановленій, то это слово имѣетъ слишкомъ общее значеніе. Юристу невозможно обойтись безъ того, чтобы не говорить о постановленіяхъ закона и о постановленіи судебныхъ рѣшеній, а языкъ нашъ едва-ли будетъ точенъ и ясенъ, если мы одновременно станемъ и противопоставлять постановленія законамъ, и говорить о постановленіяхъ закона.

Слово указъ представляетъ въ этомъ отношеніи гораздо большія удобства. Въ обиходной рѣчи оно почти не употребляется и во всякомъ случаѣ не имѣетъ никакого опредѣленнаго значенія. Поэтому нѣтъ никакихъ затрудненій придать ему условное значеніе опредѣленнаго юридическаго термина. Такія выраженія, какъ министерскій, губернаторскій, земскій, думскій указъ нисколько не рѣжутъ уха. Отъ слова указъ можно образовать и выраженіе указная власть (*Verordnungsgewalt*). Къ тому же по своему

значенію указъ ближе всего соотвѣтствуетъ нѣмецкому *Verordnung*, французскому *ordonnance*, *decret*, английскому *order*. Въ московской Руси «соборному уложенію» противопоставляли именно «государевъ указъ». Да и теперь, если законъ издается въ полной, расчлененной формѣ, если текстъ закона въ видѣ устава или положенія сопровождается мнѣніемъ государственнаго совѣта и именованъ указомъ сенату, въ указѣ собственно излагается только повелѣніе обнародовать и привести законъ въ исполненіе, т.-е. именно то, что составляетъ вездѣ функцію не законодательной, а исполнительной власти. Ко всему этому можно сослаться и на примѣръ Наказа, гдѣ указы (*decrets*) противопоставляются именно въ такомъ смыслѣ законамъ и учрежденіямъ.

Итакъ, непосредственный предметъ моего изслѣдованія: указы въ ихъ отношеніи къ закону. Но указъ и законъ лишь различные акты государственной власти. Выясненіе ихъ взаимнаго отношенія предполагаетъ поэтому предварительное установленіе понятія власти и т. н. раздѣленія властей. Изслѣдованію этихъ вопросовъ, составляющихъ необходимое теоретическое основаніе всего ученія объ указахъ, посвящены вторая, третья и четвертая главы моей работы.

Алушка—Гейдельбергъ,
1891—1893.



ГЛАВА I.

Постановка вопроса.

1.

Вся постановка ученія объ указахъ опредѣляется тѣмъ, какъ представляютъ себѣ взаимное соотношеніе законодательной и исполнительной власти. Если исполнительной власти отказываютъ вовсе въ самостоятельности, если ее понимаютъ только какъ исполнительницу велѣній законодателя, если установленіе общихъ правилъ признается всецѣло исключительной функціей законодательства, тогда указамъ вообще нѣтъ мѣста. При такомъ взглядѣ вся дѣятельность исполнительной власти исчерпывается одними частными распоряженіями, представляющими примѣненіе законовъ къ отдѣльнымъ конкретнымъ случаямъ.

Объ указахъ можетъ быть рѣчь лишь подѣ условіемъ признанія за исполнительной властью хотя нѣкоторой доли самостоятельности. Надо, чтобы она могла дѣйствовать не только въ исполненіе закона, не только примѣняя законъ къ частнымъ случаямъ. Надо, чтобы, хотя въ опредѣленной, ограниченной сферѣ, исполнительная власть могла явиться самостоятельно регулирующей властью. Только при этомъ условіи она можетъ устанавливать общія правила.

Поэтому пока господствовали ученія, низводившія значеніе исполнительной власти до простого, пассивнаго исполненія

велѣній законодателя, существованіе и значеніе указовъ совершенно игнорировалось. Столкновенія, возникавшія въ нѣкоторыхъ государствахъ между правительствомъ и парламентомъ, заставляли иногда обращать вниманіе и на указы. Но отношеніе къ нимъ государствѣдовъ было совершенно отрицательное. Въ нихъ видѣли лишь незаконное вторженіе исполнительной власти въ область законодательства.

Только со второй половины настоящаго столѣтія, и главнымъ образомъ благодаря трудамъ Лоренца Штейна, ученіе объ указахъ заняло подобающее мѣсто въ системѣ государственнаго права.

Надо, впрочемъ, оговориться, что уже Локкъ, впервые заговарившій въ новой политической литературѣ о раздѣленіи властей и противопоставившій исполнительную власть законодательной, указывалъ на необходимость предоставить правительству нѣкоторую долю самостоятельной власти, не ограничивая его дѣятельности однимъ лишь исполненіемъ законовъ.

Книга Локка появилась въ 1689 году, когда только что завершившаяся борьба парламента съ Стюартами выдвинула вопросъ о соотношеніи законодательной и исполнительной власти и подготовила его рѣшеніе. Положеніе, занятое въ борьбѣ королевскою властью и парламентомъ, какъ нельзя болѣе способствовало уясненію этого вопроса. Стюарты были королями „Божіею милостію“, опиравшимися на свое самостоятельное право, независимое отъ парламента, но притомъ королями совершенно чуждыми народу, расходившимися съ нимъ въ самомъ чувствительномъ для народной совѣсти вопросѣ—религіозномъ. Такимъ образомъ народныя симпатіи не могли заслонить собою для Стюартовъ вопросы права, тѣмъ рѣзче выдвигавшихся, тѣмъ настойчивѣе требовавшихъ рѣшенія. Съ своей стороны и парламентъ стоялъ на почвѣ исторически сложившагося права.

Послѣ кратковременнаго эпизода республики, возстановленіе монархіи было встрѣчено общимъ сочувствіемъ и затѣмъ борьба ограничилась только вопросомъ о границахъ королевской власти. Самое существованіе ея стояло внѣ спора.

Этимъ и объясняется то спокойствіе, съ какимъ отнесся Локкъ ¹⁾ къ вопросу о самостоятельной власти короля, обозначаемой въ Англіи именемъ „прерогативы“. Сторонникъ либеральныхъ ученій, защитникъ народной свободы, онъ не отвергаетъ однако значенія прерогативы, а даже признаетъ необходимымъ ея существованіе и притомъ въ весьма широкомъ объемѣ.

Гдѣ законодательная и исполнительная власти, говоритъ онъ, находятся въ различныхъ рукахъ, тамъ необходимо предоставить нѣкоторые предметы усмотрѣнію (*discretion*) того, кто надѣленъ властью исполнительной. Такъ какъ законодатель не въ состояніи предусмотрѣть и опредѣлить закономъ все, что можетъ быть полезно для общества, то исполнитель законовъ, имѣя въ своихъ рукахъ власть, имѣетъ, въ силу общаго естественнаго закона, право пользоваться своею властью на благо общества во множествѣ случаевъ, не опредѣленныхъ закономъ, покуда законодатель не позаботится объ нихъ. А въ нѣкоторыхъ случаяхъ даже и сами законы должны уступать предъ исполнительной властью, или вѣрнѣе предъ тѣмъ основнымъ закономъ природы и правленія, что, насколько возможно, всѣ члены общества должны быть охраняемы. Но во многихъ случаяхъ строгое соблюденіе законовъ было бы губительно. Эта власть дѣйствовать по усмотрѣнію, для общаго блага, внѣ предписаній закона, даже иногда вопреки имъ, и есть то, что называютъ прерогативой. Насколько ею пользуются на благо общества, она не вызываетъ спора и сомнѣній. Въ первобытномъ обществѣ, когда государи правятъ небольшимъ государствомъ, какъ отецъ семей, законовъ бываетъ немного и все управленіе сводится къ прерогативѣ. Но когда государи начинаютъ пользоваться ею не для общаго блага, а въ своемъ личномъ интересѣ, народъ ограничиваетъ прерогативу опредѣленными законами во всѣхъ тѣхъ отношеніяхъ, гдѣ онъ считаетъ ее для себя опасной. Въ этомъ

¹⁾ *John Locke*, Two treatises of Government. Book II, ch. XIV „Of Prerogative“ (Works, London, 1714, v. II pp. 203—206).

нельзя видѣть посягательства на прерогативу. Покуда она служить только общему благу, она остается свободной и въ Англіи мудрѣйшіе и лучшіе короли пользовались и широчайшей прерогативой. Въ ограниченіяхъ, вызываемыхъ злоупотребленіями прерогативой, нельзя видѣть посягательствъ на королевскую власть, потому что власть королевская не имѣетъ своихъ особыхъ отъ государства интересовъ и установлена для блага народа.

Но кто судья возникающихъ между народомъ и исполнительной властью споровъ о правильности осуществленія прерогативы?

На этотъ вопросъ Локкъ отвѣчаетъ, что на землѣ нѣтъ такого судьи. Народу въ такихъ случаяхъ остается только обращаться за разрѣшеніемъ дѣла къ небесамъ.

Все это ученіе Локка о прерогативѣ отличается необыкновенною трезвостью и дѣльностью взгляда. Господство законности и благо народное для него какъ нельзя болѣе дороги. Но отвлеченные принципы и формы не заслоняютъ предъ нимъ условій дѣйствительности. Онъ понимаетъ, что жизнь государства на каждомъ шагу выдвигаетъ все новыя и новыя вопросы, непредусмотрѣнные законодательствомъ, но требующіе во что бы то ни стало немедленнаго рѣшенія. Рѣшать ихъ по необходимости долженъ тотъ, въ чьихъ рукахъ власть, кто находится постоянно и непосредственно у дѣлъ государственнаго управленія. Того требуетъ сила вещей. Локкъ признаетъ даже право исполнительной власти въ случаѣ необходимости дѣйствовать вопреки закону.

Прерогатива, какъ ее понимаетъ Локкъ, заключается, конечно, въ себѣ и право издавать указы, устанавливать общія правила. Разъ правительство уполномочено дѣйствовать внѣ предписаній закона по своему усмотрѣнію, оно вправѣ выражать свое усмотрѣніе не только въ частныхъ распоряженіяхъ, но и въ общихъ руководящихъ правилахъ. Сообразно съ этимъ Локкъ основываетъ различіе законодательной и исполнительной власти не на противуположеніи общихъ правилъ и частныхъ распоряженій. Законодательную власть онъ опредѣляетъ не

какъ власть устанавливать общія правила, а какъ власть опредѣлять, какимъ образомъ сила государства должна быть употребляема для охраны общества и его членовъ ¹⁾. Характерную особенность исполнительной власти Локкъ видитъ не въ томъ, что она дѣйствуетъ въ частныхъ случаяхъ ²⁾, а въ томъ, что она постоянно дѣйствуетъ (a power always in being) въ противоположность законодательной власти, потребность въ дѣятельности которой является лишь время отъ времени, періодически.

Данное Локкомъ опредѣленіе прерогативы, какъ власти дѣйствовать по усмотрѣнію, внѣ предписаній закона, содержитъ въ себѣ готовую формулу для обозначенія взаимнаго соотношенія закона и указа. Если исполнительная власть можетъ дѣйствовать свободно только внѣ предписаній закона, значить и указы она можетъ издавать лишь подъ условіемъ непротиворѣчія ихъ законамъ—таково общее правило. Но въ случаяхъ необходимости Локкъ допускаетъ возможность и отступленія отъ строгаго соблюденія закона. Другими словами, въ ученіи Локка о прерогативѣ уже намѣчены главныя, основныя положенія той теории указовъ, которая составляетъ существеннѣйшее содержаніе извѣстнаго сочиненія Лоренца фонъ Штейна *Die vollziehende Gewalt*. Казалось бы послѣдующей литературѣ предстояло только развивать такъ умѣло намѣченныя Локкомъ основныя положенія, чтобы прийти къ построенію согласнаго съ дѣйствительностью ученія объ исполнительной власти и въ частности объ указахъ.

Политическая теорія Локка не прошла безслѣдно. Его имя и его сочиненія пользовались и пользуются большою извѣстностью. Но его ученіе о прерогативѣ было какъ бы совершенно забыто.

Уже въ XVIII столѣтіи устанавливается въ политической

¹⁾ Ch. XII. 143. The legislative Power is that, which has a right to direct how the force of the commonwealth shall be employ'd for preserving the community and the members of it. (Works, 1714, Vol. II. p. 199).

²⁾ Какъ это ошибочно утверждаетъ *Ahrens*, *Naturrecht*, 6 Aufl. В II, S. 309.

литературѣ возрѣніе на правительство, только какъ на исполнителя велѣній законодателя. И въ этомъ сходятся одинаково и послѣдователи Руссо, отрицавшіе самую идею раздѣленія властей, и послѣдователи Монтеסקье, признававшіе, напротивъ, раздѣленіе властей необходимою принадлежностью всякаго свободнаго государственнаго устройства.

Въ глазахъ Руссо правительство не представляется особою властью на ряду съ законодательной. Взаимное соотношеніе законодателя и правительства то же, что хозяина и слуги, воли и силы, приводящей ее въ исполненіе ¹⁾. Установленіе всѣхъ общихъ правилъ Руссо признавалъ поэтому исключительнымъ правомъ законодательной власти: правительство только примѣняетъ законы къ частнымъ случаямъ.

Но точно также и Кантъ, не только не отвергавшій раздѣленія властей, а даже стремившійся дать этому ученію общее философское обоснованіе, сводя различіе трехъ властей къ различію трехъ членовъ практическаго умозаключенія ²⁾, ограничиваетъ дѣятельность правительства только издаваніемъ частныхъ распоряженій о примѣненіи закона къ отдѣльнымъ случаямъ ³⁾.

Такимъ образомъ низведеніе значенія правительства до простаго исполнителя законовъ стало безраздѣльно господствующимъ ученіемъ, совершенно заслонившимъ собою вызвавшіе Локкомъ взгляды о необходимости предоставленія правительству извѣстной самостоятельности. Когда Лоренцъ Штейпъ

¹⁾ Du contrat social, l. III, ch. 1. Gouvernement confondu mal à propos avec le souverain, dont il n'est que le ministre.—On y distingue de même la force et la volonté; celle-ci sous le nom de puissance législative, l'autre sous le nom de puissance exécutive.

²⁾ Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797. § 45. S. 165. Ein jeder Staat enthält drey Gewalten in sich—gleich den drey Sätzen in einem practischen Vernunftschluss: dem Obersatz, der das Gesetz jenes Willens, dem Untersatz, der das Gebot des Verfahrens nach dem Gesetz, d. i. das Princip der Subsumtion unter denselben, und dem Schlusssatz, der den Rechtsspruch (die Sentenz) enthält, was im vorkommenden Falle Rechtens ist

³⁾ Ibidem, § 49. S. 170. Seine (des Regents) Befehle an das Volk und die Magistrate sind Verordnungen, Dekrete (nicht Gesetze), denn sie gehen auf Entscheidung in einem besondern Fall.