

Э. Н. Берендтс

Опыт системы административного права

Том 1

**Москва
«Книга по Требованию»**

УДК 340
ББК 67.0
Б48

Б48 **Берендтс Э.Н.**
Опыт системы административного права: Том 1 / Э. Н. Берендтс – М.: Книга по Требованию, 2013. – 265 с.

ISBN 978-5-518-05902-3

Опыт системы административного права. Том 1. Обзор истории административного права и истории его литературы. Вып.
1

ISBN 978-5-518-05902-3

© Издание на русском языке, оформление
«YOYO Media», 2013
© Издание на русском языке, оцифровка,
«Книга по Требованию», 2013

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 первоизданном 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.

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Матеріаломъ для моего труда послужили отчасти лекціи по административному праву, читанныя мною въ Демидовскомъ Юридическомъ Лицеѣ съ 1891—1898 г.г.

Собранный мною матеріалъ былъ впрочемъ расположенъ не въ той системѣ, которая нынѣ предлагается читателямъ. По независящимъ отъ меня причинамъ я долженъ былъ читать лекціи по административному праву по программѣ установленной для экзаменовъ въ испытательныхъ комиссіяхъ. Эта программа явно составлена по курсу покойнаго профессора И. Е. Андреевскаго, въ свою очередь составившаго свое „Полицейское Право“ по системѣ вѣмецкихъ полицеистовъ 30 и 40 г.г. нашего столѣтія, преимущественно подъ сильнымъ вліяніемъ Р. ф. Моля.

По богатству фактическаго, нынѣ конечно устарѣвшаго, матеріала, трудъ незабвеннаго И. Е. Андреевскаго всегда останется образцовымъ. Но читать въ 1890 годахъ лекціи по административному (полицейскому) праву по системѣ, общепринятой въ эпоху Моля, Рау, Платонова, Калмыкова и Андреевскаго, — значитъ повторять зады науки.

Уже Л. ф. Штейнъ указалъ намъ другой путь. Блестящая плеяда вѣмецкихъ публицистовъ 70 и 80 годовъ: Сарвей, Мейеръ, Ленингъ, Инама Штернеггъ, Борпакъ. Майеръ и др. окончательно порвала съ традиціонной систематикой полицеистовъ школы Рау и Моля. Эта новая „школа“ замѣнила собраніе рецептовъ полицейской дѣятельности, преподанныхъ кабинетными учеными для просвѣщенія практи-

ческих дѣятелей, учащихся и читающей публики. — строго — объективными трудами по догматикѣ административнаго права, именно права, а не политики управленія.

Это юридическое направленіе, проникшее въ нашу науку несомнѣнно подѣ вліяніемъ Гербера, Лабанда и Гэнеля и благодаря болѣе близкому знакомству съ французскими административистами (на необходимость изученія которыхъ указалъ впрочемъ уже Моль) все болѣе и болѣе вытѣсняетъ направленіе философски-политическое, господствовавшее въ теченіе первой половины нашего столѣтія. Отъ этого, по моему мнѣнію, наша наука можетъ только выиграть, въ особенности съ точки зрѣнія интересовъ академическаго преподаванія.

Несомнѣнно интереснѣе читать лекціи о политикѣ управленія. Быть публицистомъ на кафедрѣ легче и забавнѣе, чѣмъ быть юристомъ, — интереснѣе для слушателей и для преподавателя. Легче, ибо политика управленія въ сущности сводится къ критикѣ административнаго строя и дѣятельности, а вѣдь критиковать, какъ извѣстно всѣмъ, самое легкое дѣло. „La critique est facile, c'est l'art qui est difficile“ говорить французская пословица. Интереснѣе, — ибо увлекательно быть свидѣтелемъ т. н. широкой постановки вопросовъ, слушать какъ выставляются высокіе, гуманные принципы, какъ изъ массы удачно подобранныхъ фактовъ выводятся т. н. историческіе законы. Нужды нѣтъ, что „широкая“ постановка вопросовъ часто, слишкомъ часто, сводится къ поверхностному сопоставленію свѣдѣній вычитанныхъ изъ множества книгъ, что выставленіе принциповъ, установленіе законовъ въ большинствѣ случаевъ сводится къ повторенію общихъ мѣстъ, кажущихся глубокомысленными положеніями науки только потому, что они облачены въ красивую мантию модныхъ техническихъ терминовъ. Чѣмъ смѣлѣе, чѣмъ шире, тѣмъ лучше!

Какъ скромна и скучна, сравнительно со смѣлыми полетами мыслителя въ „политической аудиторіи“, — задача юриста! Онъ не предлагаетъ слушателямъ мечтаній о правахъ рожденныхъ съ нами, онъ не плѣняетъ ихъ конструкціей великихъ историческихъ законовъ, онъ не указываетъ глубоко продуманныхъ мѣръ, съ помощью которыхъ излѣчены будутъ раны отечества (какъ пріятно и легко придумывать мѣры, за исполненіе которыхъ самъ не отвѣчаешь и которыя примѣнять въ большинствѣ случаевъ никто не думаетъ!). Здѣсь нѣтъ рѣчи ни о матриархатѣ, ни объ эмансипаціи женщинъ, ни о различныхъ эволюціяхъ, интеграціяхъ и т. д. Нѣтъ ничего красиваго, изящнаго, возвышеннаго. Юридическіе институты имѣютъ прозаическій, почвенный запахъ. Мѣсто фантазіи замѣняетъ логика, мѣсто изящной декламаціи — сухая послѣдовательная дедукція изъ данныхъ положительнаго законодательства, освѣщеннаго фактами положительной исторіи. Каждый законъ, каждое закономъ или обычнымъ правомъ нормированное отношеніе — являются матеріаломъ для примѣненія юридическаго анализа и та или другая норма не оставляется безъ изслѣдованія лишь потому, что субъективному взгляду даннаго ученаго она кажется негуманною или устарѣвшею.

Говорятъ, что такое строго догматическое изложеніе данной отрасли юриспруденціи есть сухая, безжизненная абстракція, научающая мертвящему формализму. Что догматика положительнаго права суха, — это можетъ быть и вѣрно, но что она безжизненна, — въ этомъ я сомнѣваюсь. Мнѣ кажется, что т. н. философскія построенія, разные соціологическіе законы, которые добыты различными мыслителями по меньшей мѣрѣ на столько же безжизненны, ибо основа ихъ не реальное бытіе, а субъективная мысль даннаго философа или соціолога.

О соціологахъ и исторіософахъ, открывающихъ т. н. ис-

VIII

торическіе и соціальныя законы, можно *mutatis mutandis* сказать то, что Гете въ своемъ Фаустѣ сказалъ о мыслителяхъ, любившихъ ссылаться на „духъ времени“.

„Was Ihr den Geist der Zeiten heisst,

Das ist im Grund der Herren eigener Geist.

In dem die Zeiten sich bespiegeln“.

Покойный профессоръ Новороссійскаго Университета, М. М. Шпилевскій, авторъ книги „Полицейское Право, какъ самостоятельная отрасль правовѣдѣнія“ очень строго осуждаетъ преимущественное примѣненіе т. н. догматическаго метода къ разработкѣ полицейскаго права:

„При примѣненіи догматическаго метода, говоритъ онъ, на право смотрятъ, какъ на совокупность догматовъ: при этомъ въ основу изученія кладутъ догму положительнаго права и изучаютъ его съ чисто формальной стороны, не обращая никакого вниманія (?) на ту связь, которая существуетъ между правовыми нормами и жизненными отношеніями ими регулируемыми. Это точка зрѣнія судьи, это методъ догматическій, господствующій въ области науки гражданскаго права. Этотъ методъ употребляемый въ юриспруденціи соответствуетъ такъ называемому описательному способу изученія въ другихъ наукахъ. Важное теоретическое и практическое значеніе этого метода несомнѣнно. Но не смотря на это, одного этого метода не достаточно для познанія права, такъ какъ онъ знакомитъ съ одной стороною права, съ чисто формальной, догматической“.

Здѣсь бросается въ глаза одна странность: отождествленіе понятій: „формальный“ и „догматическій“. Развѣ изученіе догмы и изученіе формы одно и тоже? Ясно, что покойный М. М. Шпилевскій смѣшиваетъ въ данномъ мѣстѣ своего сочиненія догматическій методъ съ злоупотребленіемъ имъ, съ догматизмомъ. Однако, мнѣ кажется, что догматизмъ, т. е. построеніе системы на недоказанныхъ положеніяхъ, на

спорныхъ первоначалахъ, нашелъ себѣ несравненно болѣе широкое примѣненіе въ философіи, нежели въ юриспруденціи; въ наукѣ о полиціи, въ общемъ ученіи о государствѣ, въ т. н. политикѣ, болѣе чѣмъ въ гражданскомъ правѣ или напр. во французскомъ административномъ правѣ.

Даже тѣ двѣ юридическія фигуры, которыя въ сатирѣ Іеринга „Der juristische Begriffshimmel“ украшаютъ высшій этажъ юридическая рая — *hereditas jacens* и *superficiès*, — содержатъ въ себѣ больше реальныхъ элементовъ, нежели напр. формула міроваго процесса, выдуманная Гегелемъ или періодизація исторіи, выдуманная отцомъ „позитивной“ философіи, О. Контомъ, или основные законы науки полиціи, открытые Молемъ и Андреевскимъ.

Что въ самомъ дѣлѣ значатъ слѣдующіе коренные законы науки, установленные Андреевскимъ, по примѣру Моля:

„Выходя изъ той аксіомы, что стремленіе человѣка ко всестороннему развитію есть его право, уваженіе котораго обязательно для всѣхъ, наука полиціи выводитъ слѣдующій коренной законъ: 1) во всѣхъ случаяхъ, когда отдѣльное лицо собственными силами и средствами не можетъ создать такихъ условій безопасности и благосостоянія, безъ которыхъ развитіе его невозможно. на помощь ему должна явиться дѣятельность другихъ, называемая полицейскою; 2) полицейская дѣятельность являясь въ случаяхъ ее дѣйствительно вызывающихъ, должна избирать изъ средствъ помощи самое удобное 3) проявляя свою полицейскую дѣятельность правительство должно сообразоваться съ условіями общественнаго строя, правами и обычаями“. Не трудно выдумать еще нѣсколько такихъ „коренныхъ законовъ“. Напр.: „полицейская дѣятельность должна всегда соблюдать справедливость“, или: „полицейская дѣятельность должна всегда проявляться во время“ и т. д. *ad infinitum*. Одинъ изъ нашихъ новѣйшихъ полицеистовъ. проф. Левитскій, въ брошюрѣ. „Предметъ,

задачи и методъ науки полицейскаго права“ признаетъ, что эти законы науки полиціи. „Въ большинствѣ случаевъ представляютъ собою совѣты и правила административнаго такта и руководящія указанія для составленія полицейскихъ законовъ и системы мѣропріятій“. Они дѣйствительно очень похожи на тѣ правила обхожденія съ людьми, которыя нѣкогда собралъ было Книгге въ сочиненіи: „Umgang mit Menschen“. Эти правила, не спорю, очень милы, но величаютъ ихъ „законами науки“—нѣсколько странно.

Эти „законы“ до того неопредѣленны, туманны, растяжимы, что на нихъ съ одинаковымъ удобствомъ можно построить полицейскую систему временъ просвѣщеннаго деспотизма и полицейскую систему въ духѣ принципа *laissez faire, laissez aller*.—И Кольберъ, и Юсти, и А. Смитъ, и Бастіа, и Листъ и Кобденъ одинаково охотно подписались бы подъ эти „законы“

Но если открытіе „законовъ науки о полиціи“ не привело къ удовлетворительнымъ результатамъ, то нельзя ли ожидать бѣльшаго, если наука объ управленіи и административнаго права поставитъ себѣ задачей,—пайти тѣ „законы, которые управляютъ ходомъ развитія административнаго строя и дѣятельности, которые выясняютъ зависимость различныхъ институтовъ административнаго права, отъ тѣхъ или иныхъ фактовъ общественной жизни и познаніе которыхъ даетъ возможность указать путь, по которому должна идти практическая разработка и рѣшеніе разныхъ вопросовъ административной жизни?

Нельзя не пожелать, чгобы открытіе этихъ законовъ удалось тѣмъ, кто ставитъ себѣ эту великую задачу. Однако я сомнѣваюсь, что когда либо удастся исполнить эту задачу удовлетворительнымъ образомъ.

Б. Чичеринъ въ послѣдней части своего повѣйшаго монументальнаго труда „Курсъ Государственной Науки“, часть III,

„Политика“, 1898 г., стр. 6 и 7, рассуждая о политикѣ какъ наукѣ, говоритъ: „Гдѣ есть рядъ повторяющихся одообразныхъ явленій, тамъ есть и предметъ для изученія, есть и законы, есть и наука. Конечно, эти законы плуго рода, нежели тѣ, которые изслѣдуются механикой и физикой. Мы имѣемъ здѣсь дѣло не съ съ матеріальною природой, лишенной самоопредѣленія, а потому управляемой законами необходимости. Политика имѣетъ дѣло съ свободными человѣческими дѣйствіями; о чисто механической необходимости въ ней не можетъ быть рѣчи. Но мы видѣли, что самая человѣческая свобода подчиняется общимъ законамъ. Человѣкъ воленъ выбирать тотъ или другой способъ дѣйствія; но не всякое его дѣйствіе достигаетъ цѣли, а лишь то, которое согласно съ условіями окружающей среды, съ законами физической природы, съ отношеніями къ другимъ лицамъ. Мы видѣли, что исторія человѣчества представляетъ закономерное движеніе, въ которомъ человѣческая свобода является не только важнѣйшимъ дѣятелемъ, но и сознательнымъ или безсознательнымъ орудіемъ тѣхъ высшихъ началъ, которыя лежатъ въ глубинѣ человѣческаго духа. Изслѣдованіе всѣхъ этихъ законовъ и отношеній составляетъ задачу науки, а вмѣстѣ руководящее начало практики. Оно не замѣняетъ практическаго смысла, который одинъ способенъ рѣшить, что именно нужно въ данное время и въ данномъ мѣстѣ; но она даетъ ему высшее освѣщеніе и опору. И въ области физическихъ наукъ механика не учитъ, какъ нужно построить новую машину; это—дѣло изобрѣтательности. Но она указываетъ тѣ общіе законы, съ которыми механикъ долженъ сообразоваться, для того чтобы его машина могла дѣйствовать“. Мнѣ кажется, что тѣ громадныя, почти непреодолимые препятствія, которыя мы встрѣчаемъ на пути къ открытію т. н. историческихъ законовъ обусловлены не природою тѣхъ отношеній и явленій, которыя регу-

лируются этими законами, т. е. не свойствомъ объекта изслѣдованія, а положеніемъ изслѣдующаго субъекта. Законы физики и механики открыты не потому только, что они господствуютъ въ средѣ матеріальной природы съ силою необходимости, а потому что при изслѣдованіи ихъ дѣйствія изслѣдующій человѣкъ могъ объективно отнестись къ изслѣдуемому дѣйствию, явленію, могъ отступить такъ сказать на известное разстояніе отъ изслѣдуемаго объекта, разсмотрѣть его въ его цѣлости. Изслѣдующій явленія соціальной жизни и историческіе законы ими управляющіе напротивъ никакъ и никогда не въ состояніи занять такое объективное положеніе, отдѣлиться отъ своего объекта. Онъ постоянно находится въ круговоротѣ общественной жизни, въ потокѣ исторіи, являясь одной изъ микроскопически маленькихъ капель изъ которыхъ этотъ потокъ состоитъ.

Разсказываютъ, что Ньютонъ открылъ законъ тяготѣнія, сидя когда то въ саду своего имѣнія Вульсторпъ, подъ деревомъ, и наблюдая за паденіемъ яблока.—Но если бы онъ самъ находился въ этомъ падающемъ яблокѣ—могъ ли бы онъ открыть законъ тяготѣнія?

Да, если бы кому либо изъ изслѣдователей исторіи, политики или соціологіи, удалось хотя бы на одну минуту выйти на берегъ потока исторіи, пропустить мимо себя, вполне отъ нея отдѣляясь, хотя бы одну миллионную частицу текущей массы,—тогда мы бы могли надѣяться на открытіе законовъ ея теченія. Но пока это не удастся, пока не осуществится мечтаніе Архимеда: найти точку опоры внѣ земнаго шара,—мы ни сдвинемъ съ мѣста нашу планету, ни откроемъ законовъ, которые господствуютъ надъ развитіемъ человѣческаго общества. Трейчке въ своемъ посмертномъ трудѣ „Politik“ признаетъ что „число историческихъ законовъ, установить которые мы въ состояніи, весьма ограничено и вѣрность ихъ только относительная“. Но законы,

относительно вѣрные едва ли имѣютъ какую либо цѣну съ точки зрѣнія науки. Это небольшое количество „относительно вѣрныхъ“ законовъ даже не получило общаго признанія въ наукѣ. Между тѣмъ какъ законы математики, механики и физики признаются всѣми спеціалистами и никто изъ механиковъ или математиковъ не сомнѣвается напр. въ существованіи „закона тяготѣнія“,—т. н. историческіе законы то признаются условно, съ различными оговорками, то совсѣмъ отрицаются. Но и въ средѣ признающихъ открытые до нынѣ историческіе законы, преобладаетъ субъективная, пристрастная оцѣнка ихъ дѣйствія и проявленія. Едва ли одинъ изъ всѣхъ историческихъ законовъ можетъ претендовать на объективную признанность. Объ однообразіи выводовъ изъ этихъ законовъ совсѣмъ уже и рѣчи быть не можетъ. При такихъ условіяхъ было бы нераціонально вводить изслѣдованіе о законахъ, регулирующихъ процессъ развитія управленія—въ систему административнаго права, предназначенную преимущественно для академическаго преподаванія, которое должно оперировать преимущественно съ величинами твердо установленными, опредѣленными. И въ историческомъ очеркѣ по этому я избѣгалъ говорить о „законахъ“, и тамъ, гдѣ подмѣчено было извѣстное однообразіе явленій. Тотъ же Трейчке вѣрно замѣчаетъ: „Ни съ однимъ словомъ историкъ долженъ обращаться такъ осторожно, какъ со словомъ „необходимо“. Доктринаризмъ былъ бы для него самой грубой ошибкой“.

Я указалъ выше на извѣстный всѣмъ спеціалистамъ фактъ, что въ литературѣ административнаго (полицейскаго) права начиная съ 70 г.,—юридическая точка зрѣнія все болѣе и болѣе замѣняетъ собою политическую. Германія, отечество старой „*Polizei-wissenschaft*“ пошла по стопамъ Франціи. Учебники и системы полицейской науки почти не появляются. Разсужденія о цѣлесообразности тѣхъ или дру-

гихъ административныхъ мѣръ переданы всецѣло въ руки „политики“ или находятъ свое мѣсто въ спеціальныхъ монографіяхъ. Образцомъ такого политическаго труда по спеціальнымъ вопросамъ внутренняго управленія является капитальное сочиненіе Бухенбергера: *Agrarpolitik*. Мнѣ кажется что чѣмъ болѣе политика специализируется, тѣмъ лучше. Общая политика, въ томъ видѣ какъ ее разработали Дазманъ, Вайтцъ, Блюмчли, Гольцендорфъ, Трейчке, у насъ Чичеринъ,—едва ли имѣетъ за собой будущее. Создать удовлетворительную систему общей политики (даже только политику общаго управленія) едва ли удастся кому либо; такая задача непосиламъ даже самымъ крупнымъ мыслителямъ нашего времени. Всякій кто читалъ сочиненія о „политикѣ“ выше перечисленныхъ корифеевъ науки, согласится, что по прочтеніи книги, онъ въ концѣ концовъ ощущалъ какое то чувство неудовлетворенности. Много въ этихъ книгахъ мѣткихъ замѣчаній, умныхъ идей; на каждомъ шагѣ читатель чувствуетъ, что имѣетъ дѣло съ людьми очень начитанными, опытными мыслителями, остроумными наблюдателями окружающихъ ихъ явленій и пережитыхъ событій,—и тѣмъ не менѣе читатель сознаетъ, что совокупность этихъ „*aperçus*“ не составляетъ науки, что эти книги ничто иное какъ прекрасно составленныя записки высокообразованныхъ, гуманныхъ людей, дающія не объективныя истины, а проникнутыя субъективизмомъ разсужденія о важнѣйшихъ фактахъ внѣшней и внутренней исторіи различныхъ государствъ. Лучшую часть этихъ книгъ составляютъ историческіе обзоры. Коль скоро же „политикѣ“ рѣшается приложить уроки исторіи къ оправданію или порицанію современныхъ ему явленій,—или воспользоваться ими для указанія путей и средствъ къ достиженію разнообразныхъ государственныхъ цѣлей—его разсужденія становятся блѣдными и сводятся къ противопоставленію различныхъ точекъ зрѣнія, и выводовъ, обставленныхъ массою, какъ нѣмцы говорятъ: „*Wenn und Aber*“.