

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 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.

ПРЕДИСЛОВІЕ.

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

Собранный мною матеріалъ былъ впрочемъ расположень не въ той системѣ, которая нынѣ предлагается читателямъ. Но независящимъ отъ меня причинамъ я долженъ былъ читать лекціи по административному праву по программѣ уставновленной для экзаменовъ въ испытательныхъ комиссіяхъ. Эта программа явно составлена по курсу покойного профессора И. Е. Андреевскаго, въ свою очередь составившаго свое „Полицейское Право“ по системѣ нѣмецкихъ полицейстовъ 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,—значить повторять зады науки.

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

ческихъ дѣятелей, учащихся и читающей публики.— строго—объективными трудами по доктринахъ административного права, именно права, а не политики управления.

Это юридическое направление, проникшее въ нашу науку несомнѣнно подъ влияниемъ Гербера, Лабанда и Генеля и благодаря болѣе близкому знакомству съ французскими административистами (на необходимость изученія которыхъ указалъ впрочемъ уже Моль) все болѣе и болѣе вытѣсняетъ направление философско-политическое, господствовавшее въ теченіе первой половины нашего столѣтія. Отъ этого, по моему мнѣнію, наша наука можетъ только выиграть, въ особенности съ точки зренія интересовъ академического преподаванія.

Несомнѣнно интереснѣе читать лекціи о политикѣ управления. Быть публицистомъ на каѳедрѣ легче и забавнѣе, чѣмъ быть юристомъ,— интереснѣе для слушателей и для преподавателя. Легче, ибо политика управления въ сущности сводится къ критикѣ административного строя и дѣятельности, а вѣдь критиковать, какъ известно 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 нѣть, 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 мантію 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 мечтаний 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 которая примѣнить въ большинствѣ случаевъ никто не думаетъ!). Здѣсь нѣть рѣчи ни о матріархатѣ, ни объ эманципаціи женщинъ, ни о различныхъ эволюціяхъ, интеграціяхъ и т. д. Нѣть ничего красиваго, изящнаго, возвышенного. Юридические институты имѣютъ прозаический, почвенный запахъ. Мѣсто фантазіи замѣняетъ логика, мѣсто изящной декламаціи—сухая послѣдовательная дедукція изъ данныхъ положительного законодательства, освѣщенного фактами положительной исторіи. Каждый законъ, каждое закономъ или обычнымъ правомъ нормированное отношеніе—являются материаломъ для примѣненія юридического анализа и та или другая норма не оставляется безъ изслѣдованія лишь потому, что субъективному взгляду данного ученаго она кажется негуманною или устарѣвшую.

Говорятъ, что такое строгое догматическое изложеніе данной отрасли юриспруденціи есть сухая, безжизненная абстракція, научающая мертвящему формализму. Что догматика положительного права суха,—это можетъ быть и вѣрно, но что она безжизненна,—въ этомъ я сомнѣваюсь. Мне 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 данного философа или соціолога.

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

VIII

торические и социальные законы, можно mutatis mutandis сказать то, что Гете въ своемъ Faustъ сказалъ о мыслителяхъ, любившихъ ссылься па „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 Новороссійского Университета, М. М. Шпилевскій, авторъ книги „Полицейское Право, какъ самостоятельная отрасль правовѣдѣнія“ очень строго осуждаетъ преимущественное примѣненіе т. н. доктринального метода къ разработкѣ полицейского права:

„При примененіи доктринального метода, говорить онъ, на право смотрять, какъ на совокупность докторатовъ: при этомъ въ основу изученія кладутъ доктору положительного 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 зрения судьи, это методъ доктринальный, господствующій въ области науки гражданского 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 знакомить съ одной стороной права, съ чисто формальной, доктринальской“.

Здѣсь бросается въ глаза одна странность: отождествление понятій: „формальный“ и „доктринальский“. Развѣ изученіе докторы и изученіе формы одно и тоже? Ясно, что покойный М. М. Шпилевскій смыслитъ въ данномъ мѣстѣ своего сочиненія доктринальный методъ съ злоупотребленіемъ имъ, съ доктринализмомъ. Однако, мнѣ кажется, что доктринализмъ, т. е. построеніе системы на недоказанныхъ положеніяхъ, на

IX

спорныхъ первоначалахъ, нашелъ себѣ несравненно болѣе широкое примѣненіе въ философіи, нежели въ юриспруденціи; въ наукѣ о поліціи, въ общемъ учепіи 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*, — содержать 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 поліціи, открытые Молемъ и Андреевскимъ.

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

„Выходя изъ той аксиомы, что стремленіе человѣка ко всестороннему развитію есть его право, уваженіе котораго обязательно для всѣхъ, наука поліціи выводить слѣдующій коренной законъ: 1) во всѣхъ случаяхъ, когда отдельное 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 поліцейскою; 2) поліцейская дѣятельность являясь въ случаяхъ ее дѣйствительно вызывающихъ, должна избирать изъ средствъ помощи самое удобное 3) проявляя свою поліцейскую дѣятельность правительство должно сообразоваться съ условіями общественнаго строя, правами и обычаями“. Не трудно выдумать еще нѣсколько такихъ „коренныхъ законовъ“. Напр.: „поліцейская дѣятельность должна всегда соблюдать справедливость“, или: поліцейская дѣятельность должна всегда проявляться во времени“ и т. д. *ad infinitum*. Одинъ изъ нашихъ новѣйшихъ поліцеистовъ, проф. Левитскій, въ брошюрѣ. „Предметъ,

X

задачи и методъ науки полицейского права“ признаетъ, что эти законы науки полиції. „Въ большинствѣ случаевъ представляютъ собою совѣты и правила административаго 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 величать ихъ „законами науки“ — нѣсколько странно.

Эти „законы“ до того неопределены, туманны, растяжимы, что на нихъ съ одинаковымъ удобствомъ можно построить полицейскую систему временъ просвѣщенаго 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 открытие „законовъ науки о полиції“ не привело къ удовлетворительнымъ результатамъ, то нельзя ли ожидать большаго, если наука объ управлениі и административного 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 решеніе разныхъ вопросовъ административной жизни?

Нельзя не пожелать, чтобы открытие 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, разсуждая о политикѣ какъ наукѣ, говоритъ: „Гдѣ есть рядъ повторяющихся однобразныхъ явлений, тамъ есть и предметъ для изученія, есть и законы, есть и наука. Конечно, эти законы прага рода, нежели тѣ, которые изслѣдуются механикой и физикой. Мы имѣемъ здѣсь дѣло не съ материальною природой, лишенной самоопредѣленія, а потому управляемой законами необходимости. Политика имѣеть 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 отношеніемъ къ другимъ лицамъ. Мы видѣли, что исторія человѣчества представляетъ закономѣрное движеніе, въ которомъ человѣческая свобода является не только важнѣйшимъ дѣятелемъ, но и сознательнымъ или безсознательнымъ орудіемъ тѣхъ выспшихъ началь, которыхъ лежать въ глубинѣ человѣческаго духа. Изслѣдованіе всѣхъ этихъ законовъ и отношеній составляетъ задачу науки, а выѣсть 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 непреодолимыя препятствія, которыхъ мы встрѣчаемъ на пути къ открытію т. н. историческихъ законовъ обусловлены не природою тѣхъ отношеній и явлений, которыхъ 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 материальной природы съ силою необходимости, а потому что при изслѣдованіи ихъ дѣйствія изслѣдующій человѣкъ могъ объективно отнести къ изслѣдуемому дѣйствію, явленію, могъ отступить такъ сказать на известное разстояніе отъ изслѣдуемаго объекта, размотрѣть его въ его цѣлости. Изслѣдующій явленія соціальной жизни и исторические 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.

Рассказываютъ, что Ньютона 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 соціологии, удалось хотя бы на одну минуту выйти на берегъ потока исторіи, пропустить мимо себя, вполнѣ отъ нея отдѣляясь, хотя бы одну миллионную частицу текущей массы,—тогда мы бы могли надѣяться на открытие законовъ ея теченія. Но пока это не удастся, пока не осуществится мечтаніе Архимеда: найти точку опоры въ земного 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,

XIII

относительно вѣрные едвали 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 специалистами и никто изъ механиковъ или математиковъ не сомнѣвается напр. въ существованіи „закона тяготѣнія“, — т. н. исторические законы то признаются условно, съ различными оговорками, то совсѣмъ отрицаются. Но и въ средѣ призывающихъ открытые до нынѣ исторические законы, преобладаетъ субъективная, пристрастная оценка ихъ дѣйствія и проявленія. Едвали одинъ изъ всѣхъ историческихъ законовъ можетъ претендовать на объективную признанность. Объ однообразіи выводъ изъ этихъ законовъ совсѣмъ уже и рѣчи быть не можетъ. При такихъ условіяхъ было бы нерационально вводить изслѣдованіе о законахъ, регулирующихъ процессъ развитія управлениія — въ систему административного права, предназначенную преимущественно для академического 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 известное однообразіе явлений. Тотъ же Трейчке вѣрно замѣчаетъ: „Ни съ однимъ словомъ историкъ долженъ обращаться такъ осторожно, какъ со словомъ „необходимо“. Доктринализмъ былъ бы для него самой грубой ошибкой“.

Я указалъ выше на известный всѣмъ специалистамъ фактъ, что въ литературѣ административного (полицейского) права начиная съ 70 г., — юридическая точка зрѣнія все болѣе и болѣе замѣняетъ собою политическую. Германія, отчество 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 специальныхъ монографіяхъ. Образцомъ такого политического труда по специальнымъ вопросамъ внутренняго управления является капитальное сочиненіе Бухенбергера: *Agrarpolitik*. Ниѣ кажется что чѣмъ болѣе политика специализируется, тѣмъ лучше. Общая политика, въ томъ видѣ какъ ее разработали Дальманъ, Вайтцъ, Блюпчли, Гольцендорфъ, Трейчке, у насъ Чичеринъ,—едва ли имѣеть за собой будущее. Создать удовлетворительную систему общей политики (даже только политику общаго управления) 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 ощущаетъ какое то чувство неудовлетворенности. Много въ этихъ книгахъ мѣткихъ замѣчаній, умныхъ идей; на каждомъ шагу читатель чувствуетъ, что имѣеть дѣло съ людьми очень начитанными, опытными мыслителями, оструумными наблюдателями окружающихъ ихъ явлений и пережитыхъ событий,—и тѣмъ не менѣе читатель сознаетъ, что совокупность этихъ „арегус“ 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 виѣшней и внутренной исторіи различныхъ государствъ. Лучшую часть этихъ книгъ составляютъ исторические обзоры. Коль скоро же „политикѣ“ рѣшается приложить уроки исторіи къ оправданію или порицанію современныхъ ему явлений,—или воспользоваться ими для указанія путей и средствъ къ достижению разнообразныхъ государственныхъ цѣлей—его разсужденія становятся блѣдными и сводятся къ противопоставленію различныхъ точекъ зреенія, и выводовъ, обставленныхъ массою, какъ нѣмцы говорятъ: „Wenn und Aber“.