

Колер Йозеф

**Философия права и
универсальная история права**

**Москва
«Книга по Требованию»**

УДК 93
ББК 63.3

Йозеф К.

Философия права и универсальная история права / Колер Йозеф – М.: Книга по Требованию, 2023. – 160 с.

ISBN 978-5-519-89796-9

ISBN 978-5-519-89796-9

© Издание на русском языке, оформление
«YOYO Media», 2023

© Издание на русском языке, оцифровка,
«Книга по Требованию», 2023

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.

Geleitwort des Verfassers.

Der Uebersetzer hat mich ersucht, diese Uebertragung mit einigen Worten einzuleiten, was ich gern tue in der Ueberzeugung, dass er in seiner Wiedergabe meine Gedanken und Bestrebungen richtig erfasst und ihnen dasjenige Kolorit gegeben hat, welches die russische Sprache mit ihrem grossartigen Idealismus den auf Intuition beruhenden Gedanken zu geben vermag. Das Bewusstsein, dass Russland so viele vorzügliche Rechtsphilosophen besitzt, erfüllt mich mit freudigem Stolze, wenn ich sehe, dass eine Neigung hervorgetreten ist, meinen rechtsphilosophischen Ideen dort Eingang zu verschaffen, und noch grösser wäre meine Zuversicht, wenn ich denken könnte, dass von da aus auch in Russland weitere Studien im Bereiche der Philosophie und Rechtsvergleichung gemacht würden; liegt doch in dem russischen Volke noch eine solche Fülle belehrender Rechtsgewohnheiten und eine solche reiche Quelle von Recht, Glaube und Sitte, dass die Hebung aller dieser Schätze uns allen von der grössten Wichtigkeit wäre. Und so möchte ich denn der russischen Rechtswissenschaft die Hand reichen, damit wir alle im gemeinsamen Streben weiter arbeiten an den grossen Zielen, die Kulturfaktoren der Menschheit zu erkennen und sie zugleich in fruchtbarer Weise weiter zu gestalten.

Berlin. 28. März 1913.

Josef Kohler.

Предисловіе автора.

Переводчикъ просилъ меня дать краткое предисловіе, что я и охотно дѣлаю, въ полной увѣренности, что онъ въ своей передачѣ правильно изложилъ мои мысли и придастъ имъ тотъ колоритъ, который русскій языкъ съ присущимъ ему идеализмомъ въ состояніи дать идеямъ, покоящимся на интуиціи. Сознаніе, что Россія обладаетъ многими выдающимися философиами права, наполняетъ меня гордостью, когда я вижу, что возникло стремленіе распространить и тамъ мои философско-правовыя идеи и еще больше я былъ бы радъ, если бы въ Россіи стали заниматься дальнѣйшими изслѣдованіями въ области философіи права и сравнительной юриспруденціи; вѣдь въ русскомъ народѣ заложена такая масса поучительныхъ правовыхъ обычаевъ и такое богатство источниковъ права, вѣры и обычая, что изученіе всѣхъ этихъ сокровищъ имѣло бы для насъ всѣхъ огромное значеніе. И поэтому мнѣ хотѣлось бы протянуть руку русской юриспруденціи для совместной работы для достиженія великихъ цѣлей познанія факторовъ человѣческой культуры и изображенія ихъ въ плодотворной для дальнѣйшаго развитія формѣ.

Берлинъ. 28. Марта 1913 г.

Иосифъ Колеръ.

А. Основные положенія.

§ 1. Философія права и естественное право.

Философія права является отраслью философіи о чловѣкѣ, т. е. той философіи, которая имѣетъ цѣлью познать положеніе чловѣка и чловѣческой культуры во вселенной и въ міровомъ развитіи. Право, какъ и другія явленія культуры, возвышается на степень философіи стремленіемъ познать его значеніе въ общемъ міровомъ порядкѣ. Философія права разсматриваетъ чловѣка, какъ носителя культуры и, такъ какъ культура находится въ постоянномъ развитіи, ибо иначе чловѣчество и міръ погибли бы, то философія права имѣетъ задачей познать право, какъ нѣчто постоянно развивающееся и прогрессирующее. Поэтому не было болѣе неправильнаго и болѣе нефилософскаго мнѣнія, чѣмъ то, что философія права должна изслѣдовать естественное право, истинное для всѣхъ временъ и свести его, такъ сказать, съ неба на землю. Совершенно забывали о томъ, что культура и ея проявленія представляютъ собой нѣчто совсѣмъ иное, чѣмъ законы природы, вѣчно остающіеся неизмѣнными. Правда все развитіе чловѣчества совершается въ конечномъ итогѣ по законамъ животнаго и духовнаго міра. Но изъ этихъ законовъ, вслѣдствіе постоянно новаго смѣшенія силъ, вытекаетъ всегда нѣчто особое, нѣчто новое. Изъ единства чловѣческой природы заключить о существованіи

вѣчно неизмѣннаго права было бы такой же ошибкой, какъ считать, что если законы природы остаются неизмѣнными, то и явленія природы никогда не могутъ видоизмѣняться.

Признаніе существованія вѣчнаго права было серьезной ошибкой. Оно могло бы быть оправдано только при допущеніи, что человѣкъ созданъ совершеннымъ съ самаго начала и предназначенъ постоянно пребывать въ этомъ состояніи, т. е. при томъ предположеніи, что наиболѣе соответствующимъ для него является райское состояніе. Такой взглядъ и былъ усвоенъ теологіей и съ этой точки зрѣнія вполне правильно и послѣдовательно было вѣрить въ право, установленное Богомъ и потерянное вслѣдствіе грѣхопаденія¹⁾.

¹⁾ Однако уже *Томас Аквинскій* признаетъ существованіе вѣчнаго закона (*lex aeterna*) и вытекающаго изъ него естественнаго закона (*lex naturalis*), *Summa theol.* I. 2 qu. 91a. 1—3; онъ полагаетъ, что *lex naturalis* въ существѣ своемъ одинаковъ у всѣхъ народовъ, I. 2 qu. 94a. 4, но допускаетъ исключенія и думаетъ, что содержаніе этого закона можетъ расширяться и суживаться: *nonnulla propria subtrahi quae legis observantiam pro temporum varietate impedire possent*, I. 2 qu. 94a. 5. Еще опредѣленнѣе въ томъ же смыслѣ высказывается великій ученикъ *Томы*, *Данте* въ одномъ мѣстѣ, которое я какъ-то приводилъ въ другомъ случаѣ, (*Monarchia* I 16): *Habent namque nationes, regna et civitates inter se proprietates, quas legibus differentibus regulari oportet. Est enim lex regula directiva vitae. Aliter quippe regulari oportet Scythas, qui, extra septimum clima viventes et magnam dierum et noctium inaequalitatem patientes, intolerabili quasi algore frigoris premuntur; et aliter Garamantes, qui, sub aequinoctiali habitantes et coaequatam semper lucem diurnam noctis tenebris habentes, ob aestus aëris nimietatem vestimentis operiri non possunt.* Сюда же можно отнести и приводимый мной отрывокъ изъ *Дантова Рая*. Здѣсь было уже такое глубокое воззрѣніе, по отношенію къ которому естественно-правовая школа до временъ *Гегеля* представляетъ шагъ назадъ. О взглядѣ *Томы Аквинскаго* въ отношеніи естественнаго права см. также *Haring, Recht-und Gesetzesbegriff in der katholischen Ethik* стр. 30.

Но коль скоро отказались отъ этого теологическаго воззрѣнія, идея о прирожденномъ вѣчномъ правѣ не могла уже имѣть никакихъ разумныхъ основаній, изъ какихъ бы отвлеченныхъ основъ она ни исходила.

Она противорѣчила жизни людей, какъ явленію культуры. Она исходила изъ того положенія, что къ человѣку примѣнима только одна неизмѣнная норма, какъ будто культура не вызываетъ необходимости въ вѣчно новыхъ нормахъ и будто культурный прогрессъ—что-то второстепенное, не захватывающее самого существа человѣка. Это такое же ошибочное воззрѣніе, какъ и вѣра въ существованіе всемірнаго языка, при которомъ, дабы объяснить разнообразіе существующихъ языковъ, пришлось прибѣгнуть къ помощи вавилонскаго столпотворенія, въ то время, какъ, вѣдь

Nulla effetto mai ragionabile,
Per lo piacer uman che rinnovella,
Sequendo il cielo, sempre fu durabile
Dante, Paradiso XXVI 127 и сл.

Но только въ 16 столѣтіи естественное право было разработано, какъ особая система, а въ 17 вѣкѣ получило благодаря трудамъ Гуго Гроція тотъ обликъ, въ которомъ оно совершило свое побѣдоносное шествіе по свѣту¹⁾. Ему слѣдовалъ цѣлый рядъ выдающихся ученыхъ: Гоббесъ, Пуфендорфъ, Лейбницъ, Томазіи исходили изъ него въ своихъ ученіяхъ и въ

¹⁾ Правда не безъ значительнаго сопротивленія, въ особенности со стороны теологовъ, которые назвали систему Гроція *imprium ac absurdum*, такъ напр. Валентинъ Альберти. Наиболѣе выдающимся противникомъ Гроція былъ Джонъ Сельденъ, *De jure naturali et gentium iuxta disciplinam Ebraeorum* (1640). О немъ хорошее изложеніе у Sternberg'a, *Zeitschrift für vergl. Rechtswiss.* XIII стр. 365 сл. О нѣкоторыхъ другихъ противникахъ Гроція см. у Bergbohm'a, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* стр. 163.

Вольфъ оно нашло своего послѣдняго выдающагося приверженца и свое послѣднее выраженіе, правда уже весьма неглубокое и туманное¹⁾.

§ 2. Философія права и основные принципы права.

Паденіе естественнаго права является громадной заслугой Гегеля. Теорія развитія послѣдняго, принявъ въ противоположность началу постояннаго, неизмѣнно сущаго, начало вѣчнаго измѣненія и развитія, тѣмъ самымъ объявила войну естественному праву, т. е. всякому вѣчному праву разума. Но еще важнѣе были результаты сравнительнаго правовѣдѣнія. Послѣднее указало намъ столь удивительное развитіе права, о которомъ прежде не имѣли никакого представленія. Оно раскрыло предъ нами правовыя учрежденія, діаметрально противоположныя нашимъ учрежденіямъ; оно указало на образованія, столь же уклоняющіяся отъ нашихъ, какъ формы языка Банту отъ формъ греческаго языка. Предположеніе, что все это право было ничѣмъ инымъ, какъ смѣшнымъ заблужденіемъ, оказалось столь неисторическимъ и столь противнымъ этнографіи, что дальнѣйшее разсужденіе по этому поводу было вовсе

¹⁾ Главнѣйшими представителями школы естественнаго права являются: Johann Oldendorp 1480—1567, Johann Bodinus 1530—1596, Johann Althusius 1557—1638, Hugo Grotius 1583—1645 (*De jure belli et pacis* 1625), Thomas Hobbes 1588—1679 (*De cive*, *Leviathan*), Samuel Pufendorf 1632—1694 (*De jure naturae et gentium*, *de officio hominis et civis*, Monzambano), Spinoza 1632—1677 (*Tractatus theologico-politicus* 1670, *Tractatus politicus* 1677), Locke 1632—1704 (*Two treatises of government* 1689), Leibniz 1646—1716, Thomasius 1655—1738, Wolf 1679—1754 (*Jus naturae* 1740). Сюда же слѣдуетъ отнести рядъ философовъ права 19 вѣка: Zachariä, Bauer, Schilling, v. Rotteck, въ большей или меньшей степени и по заслугамъ преданные забвенію. О естественномъ правѣ 16 и 17 вѣковъ ср. также Solari, *Scuola del diritto naturale* (1904).

невозможно и такъ же ошибочно, какъ если бы утверждать, что языкъ краснокожихъ ничто иное, какъ безсвязная смѣсь звуковъ, тогда какъ достовѣрно извѣстно, что онъ является языкомъ весьма тонкимъ и различнымъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ должны были прійти къ убѣжденію, что право есть и должно быть различнымъ и что никакая форма права не можетъ претендовать на вѣчное существованіе.

Правда, явился вопросъ, не можетъ ли быть по крайней мѣрѣ общее правовое развитіе подводимо подъ нѣкоторыя единыя основныя правовыя положенія и въ особенности, не могутъ ли извѣстныя положенія политики права притязать на одинаковое значеніе для всѣхъ періодовъ развитія. Особенно много говорятъ объ оцѣнкѣ съ точки зрѣнія справедливости, въ частности о томъ, что равное должно оцѣниваться одинаково и что правовой порядокъ не долженъ устанавливать различія между лицами одинаково достойными, отдавая однимъ предпочтеніе предъ другими. Это извѣстныя основныя положенія Никомаховой Этики¹⁾.

Но здѣсь дѣло идетъ въ общемъ о шаблонахъ, могущихъ быть осуществленными только въ силу требованій извѣстнаго культурнаго періода. Каждый культурный періодъ рѣшаетъ самъ для себя, кто достоинъ и кто нѣтъ, кто виновенъ и кто правъ, какія лица равны и какія неравны. Вообще же всѣ эти предписанія исходятъ изъ той мысли, что право должно развиваться въ зависимости отъ состоянія культуры, на той или другой ступени ея развитія. Последняя же конечно требуетъ, чтобы тотъ имѣлъ право, которому предоставляется его соотвѣтствующая культура и чтобы равное достоинство было выражено и въ равномъ управомочіи, а неравное въ неравномъ. Извѣстный культурный періодъ можетъ быть на примѣръ проникнуть идеей,

¹⁾ Ср. также d'A gu a n n o, Arch. f. Rechtsphil. III стр. 71 и сл.

что различные классы людей должны занимать неодинаковое положеніе и принимать различное участіе въ государственной жизни, какъ на примѣръ высшія и низшія касты у индусовъ или дворянство у восточныхъ и западныхъ народовъ. Далѣе извѣстный культурный періодъ можетъ требовать, чтобы служители религіи пользовались особымъ уваженіемъ и занимали исключительное положеніе въ государствѣ. Извѣстный культурный періодъ можетъ установить различное отношеніе къ гражданамъ и иностранцамъ и можетъ даже лишить послѣднихъ всякихъ правъ. Извѣстный культурный періодъ можетъ установить отвѣтственность отдѣльныхъ лицъ за дѣйствія членовъ ихъ семьи и отвѣтственность семьи за дѣйствія отдѣльныхъ ея членовъ. Онъ можетъ объявить наказуемыми дѣянія и не заключающія въ себѣ вины. И подобнаго рода опредѣленіямъ столь же не можетъ быть отказано въ разсмотрѣніи ихъ съ правовой точки зрѣнія, какъ на примѣръ положенію нашего права, что въ случаѣ возникновенія войны съ какимъ либо государствомъ мы имѣемъ полное право уничтожать армію противника и убивать его солдатъ, поскольку этого требуютъ интересы веденія войны.

О единствѣ основного принципа поэтому не можетъ быть и рѣчи, такъ какъ тотъ принципъ, что каждый культурный строй долженъ трактовать являющееся въ его глазахъ достойнымъ таковымъ, а все прочее недостойнымъ и неимѣющимъ цѣны, выражаетъ ни что иное, какъ то, что каждый культурный строй есть только извѣстный строй культуры и ничего болѣе¹⁾.

¹⁾ То, что въ настоящее время признается схоластиками естественнымъ правомъ, полно подобныхъ шаблоновъ. Такъ іезуитъ Cathrein въ своемъ сочиненіи *Recht, Naturrecht und positives Recht*, говоритъ: „каждый долженъ имѣть свое (стр. 17 и сл.); право устанавливаетъ общіе принципы, какъ напр. положеніе, что договоры должны быть исполнены, но какіе договоры