

Г. Ф. Шершеневич

**КУРС ТОРГОВОГО
ПРАВА
Том I
Введение.
Торговые деятели**

Книга доступна в электронной библиотечной системе
biblio-online.ru

Москва ■ Юрайт ■ 2016

УДК 347.7
ББК 67.404
Ш50

Автор:

Шершеневич Габриэль Феликсович (1863—1912) — знаменитый русский цивилист, профессор Казанского и Московского университетов, депутат I Государственной думы.

Шершеневич, Г. Ф.

Ш50 Курс торгового права. В 4 т. Том I. Введение. Торговые деятели / Г. Ф. Шершеневич. — М. : Издательство Юрайт, 2016. — 458 с. — Серия : Антология мысли.

ISBN 978-5-9916-9420-9 (т. I)

ISBN 978-5-9916-9421-6

Издание содержит в себе одно из лучших произведений в истории российской цивилистики — «Курс торгового права» Г. Ф. Шершеневича. Глубина научного содержания, безупречный стиль и язык курса сделали его непревзойденным образцом университетского учебника, который по-прежнему сохраняет свою теоретическую и практическую актуальность. Книга представлена в четырех томах.

Данный том курса посвящен изложению общих положений торгового права, раскрываются такие понятия, как торговая сделка, торговая деятельность, торговое предприятие и др. Основное внимание уделяется исследованию правового статуса торговых товариществ: полного, на вере, артельного и акционерного. Показаны экономическое значение и правовая природа товарищеских соединений, особенности их создания, порядок внесения вкладов в уставной капитал, внутренние и внешние отношения между товарищами, специфика приема и выхода участников из состава товарищества, случаи прекращения товарищества и др.

Для студентов, изучающих гражданское право и всех, кто интересуется вопросами российской цивилистики.

УДК 347.7
ББК 67.404



Все права защищены. Никакая часть данной книги не может быть воспроизведена в какой бы то ни было форме без письменного разрешения владельцев авторских прав. Правовую поддержку издательства обеспечивает юридическая компания «Дельфи».

ISBN 978-5-9916-9420-9 (т. I)
978-5-9916-9421-6

© ООО «Издательство Юрайт», 2016

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие к переизданию «Курса торгового права» Г. Ф. Шершеневича.....	5
Введение	14
§1. Торговля с экономической точки зрения	14
§2. Торговля с юридической точки зрения	21
§3. Понятие о торговом праве	25
§4. Характер торгового права.....	29
§5. Исторические основания торгового права	32
§6. Самостоятельность торгового права.....	61
§7. Источники торгового права	69
§8. Система торговых сделок	83
§9. Литература торгового права	110

Отдел I

СУБЪЕКТЫ ТОРГОВЫХ СДЕЛОК

I. Самостоятельные торговые деятели.....	127
§10. Купец	127
§11. Торговая дееспособность несовершеннолетнего лица.....	136
§12. Торговая дееспособность замужней женщины	143
§13. Торговое предприятие.....	148
§14. Отчуждение торгового предприятия	155
§15. Аренда, пользование, залог торгового предприятия.....	162
§16. Наследование торгового предприятия	166
§17. Фирма	169
§18. Купеческие книги	180
§19. Доказательная сила купеческих книг	189
II. Вспомогательные торговые деятели.....	198
§20. Общее понятие.....	198
§21. Приказчики	202
§22. Внешняя сторона деятельности приказчиков.....	206
§23. Внутренняя сторона деятельности приказчиков.....	213
§24. Торговые служащие	225
§25. Торговые ученики.....	228
§26. Фабричные рабочие	231

III. Торговые товарищества	250
§27. Общий обзор	250
 I. Артельное товарищество	263
§28. Общее понятие	263
§29. Возникновение артели	267
§30. Внутренние отношения	270
§31. Внешние отношения	273
§32. Прекращение артели	275
 II. Полное товарищество	276
§33. Общее понятие	276
§34. Возникновение товарищества	283
§35. Внутренние отношения	292
§36. Внешние отношения	306
§37. Изменения в товариществе	312
§38. Прекращение товарищества	319
 III. Товарищество на вере	324
§39. Общее понятие	324
§40. Возникновение товарищества	329
§41. Внутренние отношения	331
§42. Внешние отношения	336
§43. Прекращение товарищества	339
 IV. Акционерное товарищество	341
§44. Общее понятие	341
§45. Социальное значение	346
§46. История акционерных товариществ	352
§47. История акционерного законодательства	360
§48. Акция	369
§49. Возникновение акционерных товариществ	385
§50. Организация товарищества	402
§51. Права акционера	414
§52. Прекращение товарищества	419
§53. Положение иностранных товариществ в России	427
 V. Внетоварищеские соединения	432
§54. Соединение для единичных операций	432
§55. Синдикаты	435
IV. Торговые посредники	443
§56. Торговые маклеры	443
§57. Торговые агенты	453
Дополнения	456

ПРЕДИСЛОВИЕ К ПЕРЕИЗДАНИЮ «КУРСА ТОРГОВОГО ПРАВА» Г.Ф. ШЕРШЕНЕВИЧА

Габриэль Феликсович Шершеневич (01.01.1863—31.08.1912) принадлежит к числу тех немногих русских ученых-цивилистов и коммерциалистов, имя которых известно даже самым нерадивым студентам. Спросишь их на экзамене — кто у нас писал по такой-то и такой-то проблематике? — неизменно следует ответ: «Шершеневич!» Ответ этот, конечно, обычно нельзя назвать правильным: Габриэль Феликсович как *ученый*, как *доктор права* целенаправленно разрабатывал не так уж много проблем. Если не считать его выпускной работы по акционерным компаниям (утерянной и до сих пор не разысканной), то таких тем наберется только три — систематика торговых действий, авторское право и конкурсный процесс. Все остальные вопросы он уже не разрабатывал в рамках научной деятельности, а *просто излагал* как *преподаватель*, *профессор*. Тем не менее, доля истины в таком ответе, как ни странно, есть почти всегда, ибо вопрос, который относился бы к области гражданского или (в особенности!) торгового права, но был бы обойден вниманием ученого, найти довольно затруднительно.

Я не стану особо останавливаться даже на основных вехах жизненного пути, равно как и научного или педагогического творчества автора переиздаваемой книги. Читатель, который посчитает для себя интересным получить о них более-менее развернутое представление, сможет обратиться к моей недавно напечатанной брошюре, целиком посвященной нашему герою¹. Я ограничусь только тем, что скажу несколько слов о переиздаваемой книге. Понятно, что речь пойдет не о пересказе содержания — задача автора предисловия не в том, чтобы прочесть книгу за читателя, — а о небольшой предыстории и истории ее появления, том значении, которое она оказала на развитие русской юридической науки и образования, а также о причинах, побудивших к ее новому² переизданию.

¹ См.: Белов В. А. «Молодой, горячий, изысканный Шершеневич»: памяти коммерциалиста и цивилиста. М. : Периодика, 2014, 160 с.

² Предыдущие ее переиздания были осуществлены издательством «Статут» в серии «Классика российской цивилистики» в 2003 и 2005 гг.

Начало создания «Курса торгового права» Г. Ф. Шершеневича относится к 1887—1888 гг. — заключительному году обучения молодого автора в магистратуре и первому году его самостоятельной преподавательской деятельности на только-только (9 апреля 1888 г.) образованной именно «под» молодого, энергичного, подающего колоссальные надежды, перспективного приват-доцента кафедре торгового права и судопроизводства юридического факультета Казанского университета. Эта «инновационная» (как сказали бы теперь), преисполненная энтузиазма и уверенности в светлом завтрашнем дне русской юридической науки атмосфера оказалась той благодатной почвой, на которую и упали семена таланта начинающего ученого и преподавателя.

Семена эти дали всходы, превзошедшие самые смелые ожидания: уже 23 октября 1888 г. казанская цензура подписала в печать первый выпуск первого издания «Курса торгового права» — благодарственного приношения научному наставнику А. М. Осипову. Особо въедливые рецензенты не преминули попрекнуть, конечно, автора: ишь, дескать, нашелся тут молодой да ранний! Торопит события, впереди паровоза бежит! Издать курс, едва только приступив к чтению лекций — разве это возможно? И не свидетельствует ли это о легковесном и шапкозакидательском отношении к университетскому преподаванию? И что это вообще за безответственность? Время показало, что все эти сомнения не находились ни в какой связи ни с систематикой «Курса», ни с его содержанием, ни с языком (формой) изложения материала. Ни одному из этих качеств «Курса» оперативность его подготовки и печати ничуть не повредили.

Будучи не понаслышке знакомым с самыми разными аспектами научной юридической и преподавательской деятельности я могу объяснить столь эффективную (скорую, но осуществленную не в ущерб качеству) подготовку и печать первого выпуска курса лекций по торговому праву, прежде всего, *энтузиазмом, жизненной энергией и феноменальной работоспособностью* его автора. Молодость, конечно, слабо совмещается с жизненным опытом, но зато она дает многие вещи, которые с приобретением опыта во многих случаях улетучиваются. Разумеется, сыграли роль авторские творческие способности и таланты, причем лежащие не только в сфере собственно научной, но и, если можно так выразиться, менеджерской, управленческой деятельности. Каждый ученый и преподаватель знает, что *добыть* известный результат в ходе исследования и обработки материала очень непросто, но еще сложнее правильно этим результатом *распорядиться*. Габриэль Феликсович радовался результатами своих научных поисков в высшей степени

эффективно: в основу системы и содержания первого выпуска «Курса» легли выводы, добытые им в рамках магистерской диссертации, в нем отразилось содержание его пробных лекций и, судя по всему, тех конспектов научных источников и иных материалов, которые он не поленился выполнить в эпоху своих магистрантских (а, может быть, и студенческих) лет.

Первое издание «Курса» исчерпалось первым томом, состоявшим из двух книг («выпусков») 1888 и 1889 годов издания. Первый выпуск заключал в себе материал, который современные юристы называли бы **общей частью** дисциплины. *Введение* трактовало о понятии торгового права, области его применения, свойствах, истории, современном состоянии, литературе и источниках; первый отдел был посвящен *понятию и системе торговых действий*, в первую очередь, системе торговых (коммерческих) договоров; второй отдел — *субъектам* и третий — *объектам* торговых действий. Соответственно, весь второй выпуск — это **особенная часть** — часть, посвященная, преимущественно, *отдельным видам торговых сделок* — договорам купли-продажи, комиссии, перевозки, страхования, векселю, хранению (как тогда говорили — поклаже), биржевым и банкирским сделкам, договорам текущего счета и издательскому; завершался выпуск отделом по *морскому праву*.

В двух последующих «казанских» изданиях (1892 и 1899 гг.) «Курса» Г. Ф. Шершеневич несколько урезал кусок общей части, содержащий в себе общее учение о торговых действиях, что позволило превратить ее из самостоятельного отдела в один из параграфов Введения; отделов в итоге стало *четыре* (субъекты, объекты, отдельные виды торговых действий и морское право). Интересно, что сокращения общего объема «Курса» такое «урезание» не повлекло — наоборот, постепенно наполняясь новым (дополнительным и обновляющимся, по мере развития русской торгово-промышленной жизни) материалом, он от издания к изданию все пух и разрастался — с 380 страниц первого издания до 820 второго, почти 900 — третьего и... и, наконец, стало ясно, что удержать четвертое издание в пределах одного тома уже не получится. Без малого 2300 страниц — таков объем четвертого, четырехтомного издания «Курса торгового права» Г. Ф. Шершеневича, до сегодняшнего дня остающегося **самым обширным, детальным, можно сказать энциклопедическим русскоязычным руководством по дисциплине**. Именно его мы и хотели бы предложить вниманию наших благодарных читателей.

Подготовка этого издания «Курса» осуществлялась профессором на протяжении примерно шести лет. Она началась в конце

июля 1906 г., с роспуском первого русского парламента. Это событие повлекло не только крушение всеобщих надежд на создание в России свободного гражданского общества, но и к отпадению необходимости отдавать работе в Думе (депутатом которой Г. Ф. Шершеневич являлся) и кадетской партии (активным деятелем которой профессор был с самого момента ее создания) значительную часть своего времени. Она была практически завершена в августе 1912 г. буквально перед самой смертью. Последний четвертый том своего детища, выпущенный из печати, автор поддержать в руках уже не успел. Творчество Габриэля Феликсовича началось «Курсом торгового права» — «Курсом» же и закончилось. Случайно ли? Уверен, что нет, ибо «Курс», в свое время рожденный трудом чистой молодой души, юношеского таланта, пышущего энтузиазмом, оптимизмом и искренностью, несомненно должен был сохранить отпечаток этой прекрасной стороны его натуры, а значит — стать частичкой души автора, его «возлюбленным сыном». Ну и ничто, конечно, не может поддерживать в часы и месяцы невзгод так, как воспоминания о прекрасных былых временах, когда все дороги жизни были открытыми, превратности судьбы — преодолимыми, вершины знаний — доступными, а глубины тайн — постижимыми. «Курс» был таким вот материализовавшимся воспоминанием. Ну а невзгод в последние годы жизни на профессора обрушилось достаточно — помимо уже упомянутого разочарования думской работой, здесь было и трехмесячное заключение в знаменитой «Таганке», и отставка с поста профессора Московского университета, и два несчастливых брака, и непутевый (с его отцовской точки зрения) сын; терновым венцом всего этого стала неизлечимая болезнь, приведшая к безвременной и нелепой кончине. Уверен, что нисколько не ошибусь, если скажу, что постоянная работа над совершенствованием «Курса» была для Габриэля Феликсовича своего рода наркотиком, помогавшим хотя бы на некоторое время скрыться от печальной действительности и побыть в мире, им самим созданным, режиссированным и управляемым — мире строгой точности, логики, порядка, честного купеческого слова, добросовестности и справедливости.

Четвертое издание «Курса» принципиально отличается от первых трех, пожалуй, только двумя чертами. Во-первых, статус самостоятельного отдела получил сильно разросшийся материал *вексельного права*, и в результате материально-правовая часть «Курса» стала выглядеть следующим образом: *введение*, отдел I — о *субъектах* торговой деятельности, отдел II — об объектах торговых действий, отдел III — *отдельные виды торговых договоров*, отдел IV — *вексельное право* и отдел V — *морское*.

Во-вторых, «Курс» был впервые дополнен сведениями процессуального характера, в результате чего к прежним пяти добавились два новых отдела: VI — о *торговом* процессе и VII — о процессе *конкурсном*, т.е., говоря современным языком, о производстве по делам о несостоятельности (банкротстве). Обширность охваченного автором материала потребовала некоторого измельчения его систематизации и добавления отдельных новых параграфов в имеющиеся отделы и главы. Систематика «Курса» совершенствовалась, но в своей основе оставалась принципиально неизменной, как и само торговое право неизменно продолжало оставаться для Г. Ф. Шершеневича на протяжении всего времени его творчества *правом торговли (торговой деятельности или правом торговых договоров)*. Хотя в построении этой систематики профессор отталкивался от опыта большинства классических немецких коммерциалистов, предметом такой систематики он сделал материал отечественный, доморощенный, чего прежде до него никто не делал. Каждое новое издание «Курса» свидетельствовало о том, что несмотря на все сложности, сопровождавшие развитие русской торговли и промышленности на рубеже XIX и XX столетий, развитие это свершается вполне успешно в том, по крайней мере, плане, что позволяет русским коммерциалистам собирать на этой почве чрезвычайно обильную «жатву» юридических всходов и плодов.

Нельзя не согласиться с коллегами, современниками профессора, отмечавшими, что в «Курсе торгового права» с наилучшей стороны проявил себя не столько научный (аналитический), сколько энциклопедический (синтетический) талант Габриэля Феликсовича. В своем «Курсе» он больше профессор, чем доктор, больше преподаватель, нежели ученый. Ведь существо любой *научной* деятельности заключается в том, чтобы двигаться вглубь исследуемых предметов и явлений, проникать в центр их сути, аналитически расщеплять их на такие минимальные (предельные) составляющие, которые являются теми «кирпичиками», что составляют и проявляют себя во всем многообразии предмета изучения. Познание этих «кирпичиков», сложенных в те или иные внешне видимые формы, т.е. исследование их во взаимосвязи, с помощью системного подхода, позволяет сконструировать те *модели*, в которые «кирпичики» необходимо сложить, дабы добиться выполнения ими определенной органической, физической или социальной функции. Ничего этого в «Курсе» мы не находим — но этого там и не должно быть!

«Курс торгового права» Г. Ф. Шершеневича, несмотря на свой фундаментальный «кирпичный» вид, — это не научный труд и не свод монографий по различным проблемам науки торгового права, сшитых под единой «коркой». Это *учебный курс*, руковод-

ство для студентов по учебной (и, притом, по мнению автора, чисто практической) дисциплине, причем, учебный курс в самом лучшем понимании этого литературного жанра во всем многообразии ему присущих задач. Главная из них не в том, чтобы сделать из учащихся узких «спецов», «заточив» для научной работы в известной области деятельности, а в том, чтобы **заложить в них такие знания, с которыми всякий окончивший юридический факультет университета мог бы квалифицированно заниматься как научной, так и практической работой в любой из областей торгового права.** Для этого надо двигаться мыслью не столько вглубь, сколько вширь. Нужно точно очертить внешние границы всякого предмета или явления, показать его в исторической и сравнительной перспективе, соотнести с категориями смежными, наконец — рассмотреть сам этот предмет или явление с позиций системного подхода, т.е. показать, как оно сопрягается (взаимодействует) с другими юридическими институтами и конструкциями, и объяснить, как оно «работает», т.е. для чего используется и может использоваться на практике. Именно эти задачи наилучшим образом и выполняет предлагаемое читателю издание, ведь неслучайно оно и сегодня указывается в программах по торговому (коммерческому) праву наших юридических вузов и факультетов как *один из обязательных для изучения источников.*

Конечно, далеко не все те взгляды и воззрения, от которых в свое время отталкивался Габриэль Феликсович, далеко не все те сведения, которые сообщаются им на страницах «Курса», сохранили актуальность до сегодняшнего дня; точно также очевидно, что о множестве вещей, которые ныне притязают на статус обыденных и твердо установленных, мы не сможем найти ни малейшего упоминания на страницах, написанных в начале прошлого века. Жизнь не стоит на месте; сто лет — срок довольно значительный. Человечество пережило две мировые войны, бог знает какое количество революционных потрясений, промышленных, торговых и финансовых кризисов, придумало массу технических средств и технологий и т.д., и сообразно этим изменениям перманентно трансформируются мир права и правоведения. Одни институты и конструкции бесследно исчезают, растворяются, так сказать, в небытие; другие — модернизируются (порой, до неузнаваемости); третьи — новые — создаются (возникают). То же происходит и с научными знаниями: многое из того, что в свое время предлагал вниманию читателя Габриэль Феликсович, ныне сдано в архив и заменено другими, порою совершенно противоположными гипотезами и теориями. Но... как же происходит создание нового? Неужели на пустом месте? Ни в коем случае!

Я уже имел случай указать, что развитие любой психической деятельности, а право (как и изучающая его наука) является результатом именно этой категории человеческой активности, свержается по законам не *отрицания*, а *поглощения*. Достижения мысли представителей предшествующих поколений — это, опять-таки, «кирпичики», которые, будучи однажды вложенными в возведенную стену, уже более не вынимаются из нее, а становятся тем фундаментом, на котором возводится новая постройка. «Курс торгового права» Г. Ф. Шершеневича — один из таких «кирпичиков». Можно даже скаламбурить — не один, а целых четыре. Да, именно так.

Во-первых, дело в том, что **юридическая сторона многих предметов и явлений** (в том числе тех, которые нам кажутся следствием прогресса и принадлежностью исключительно современных условий) **конструируется по образу и подобию уже известных правовых институтов и конструкций**. Здесь не место обсуждать, почему так происходит — достаточно просто отметить, что это так. Мой любимый пример в этой связи — *расчеты банковскими картами*. Казалось бы, вот оно! — нечто совершенно новое, что тому же Г. Ф. Шершеневичу не было и не могло быть знакомо. Может ли в таком случае его «Курс» оказать какую-нибудь помощь в решении вопросов о правах и обязанностях участников «карточных» расчетов? Оказывается может! Обратившись к содержанию актов ЦБ РФ, регулирующих расчеты с использованием платежных карт, можно установить, что права и обязанности участников таких расчетов весьма напоминают те, что складываются в ходе *чекового обращения* — феномена, прекрасно изученного и образцово описанного Габриэлем Феликсовичем (§ 121 четвертого издания его «Курса»). Другой пример — *договор финансирования под уступку денежных требований* (форфейтинга или факторинга) — тоже явление, казалось бы, новое, Шершеневичу неизвестное. Но! — открываем § 123 последнего издания «Курса» про *учет векселей* и понимаем, что для дореволюционных русских банков финансирование под покупку денежных требований, обремененных в вексельную форму, было не просто одной из ключевых, но основной банковской операцией. Третий пример — институт *межбанковского рамбурсирования по документарным аккредитивам*. Тоже, казалось бы, нечто совершенно новое и без актов Международной торговой палаты вовсе непонятное. Но... открываем эти же самые акты и что же там находим? Два типа правового положения рамбурсирующего банка, имеющего право или обязанного произвести рамбурсирование, подобные тем двум ситуациям, в которых находится *трассат переводного векселя до и после его акцепта* (§ 139,

144, 145 «Курса»). Ну в точности как в книге проповедника Екклесиаста получается: «Бывает нечто, о чем говорят: «смотри, вот это новое»; но *это* было уже в веках, бывших прежде нас» (1.10).

Ну и во-вторых (и в этом, конечно, главная ценность переиздаваемого «Курса»), даже в тех случаях, когда почтенный профессор касается институтов и конструкций, действительно не нашедших себе места в нашей действительности (то ли потому, что оформлявшиеся ими отношения умерли, то ли потому, что они до неузнаваемости изменились — неважно), он делает это настолько четко, ясно и профессионально, что ***познавательную ценность приобретает само следование мыслью за его рассуждением и даже описанием соответствующего предмета***. Складывается ситуация, сходная с римским правом, изучение источников которого только и способно сделать настоящего юриста. Но почему? Как же все те многочисленные и глубокие содержательные отличия институтов права римского права и современного? А потому, что ценность римского права — не столько в содержании его институтов, сколько в *методе рассуждения*, которым оперируют римские юристы — *методе продуцирования юридического знания*. «Курс торгового права» Г. Ф. Шершеневича в этом отношении вполне может быть поставлен на одну ступеньку с источниками римского права, ибо нигде как в нем не показано того, *какие фактические обстоятельства надлежит принимать во внимание при продуцировании юридического знания* (в том числе в процессе конструирования законодательных норм, юридических институтов и научных категорий, а также поиска ответов на практические вопросы), того, *как такое продуцирование происходило на протяжении истории становления и развития соответствующего института*, того, *какой оно имеет вид в современную автору правоприменительную эпоху*, и, наконец, *каким это правоприменение должно быть*.

И последнее. В предисловии к ранее осуществленному переизданию «Учебника торгового права» Г. Ф. Шершеневича я написал, что тот, кто даст себе труд начать чтение «Учебника», обязательно дочитает его до конца. Не сможет оторваться. Не всякая беллетристика читается так, как читаются книги Г. Ф. Шершеневича. Я сам, будучи студентом, поначалу намеревался по-быстрому проглядеть только ту часть «Учебника», которая касалась банковских сделок. В итоге я не только «проглотил» (и законспектировал) всю книгу, но и проделал то же самое... со всем четырехтомным «Курсом»! Не скажу, что без работ Габриэля Феликсовича я не стал бы тем, кем сейчас являюсь, но то что мой путь в право и юриспруденцию был бы совсем другим — несомненно. Как и то, что до ознакомления с «Учебником» и «Курсом торгового права» Г. Ф. Шершене-

вича я искренне считал юридическую литературу исключительно средством от бессонницы.

Словом, читайте Шершеневича, дамы и господа!

Вадим Белов
г. Москва, 5 августа 2016 г.

ВВЕДЕНИЕ

§ 1. Торговля с экономической точки зрения

Л и т е р а т у р а: Van der Borcht, *Handel und Handelspolitik*, 1900 (русс. перев. 1902); Roscher, *System der Volkswirtschaft*, т. III, изд. 7, 1899; Cohn, *Nationalökonomie des Handels und Verkehrswesens*, 1898; Lexis, *Der Handel* (в *Handbuch der politischen Oekonomie* под ред. Шенберга, т. II, изд. 1898); Lexis, *Das Handelswesen* (библ. Гешена), два тома, 1906; Dorschow, *Untersuchung über die Stellung des Handels in der Volkswirtschaft*, 1900; Ehrenberg, *Der Handel*, 1897 (четыре публичных лекции, довольно поверхностных); Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts*, т. I, изд. 1874, §§ 40 и 41, стр. 398–430; Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, т. I, стр. 2–37; Vidari, *Corso di diritto commerciale*, т. I, изд. 4, стр. 2–23; Leturneau, *Evolution du commerce*, 1897 (русс. перев. 1899); Durkheim, *Division du travail social*.

I. П о н я т и е о т о р г о в л е. Современная народно-хозяйственная организация представляет собой систему частных хозяйств, осуществляющих задачу снабжения общества всеми необходимыми для его материального существования благами на основании разделения труда и взаимного обмена. Одни из этих хозяйств заняты извлечением из природы сырого материала (рыбная ловля, земледелие, горное дело, лесное хозяйство). Другие ставят своей целью обработку материала для превращения его в блага, способные удовлетворить человеческим потребностям (фабричная, заводская, ремесленная промышленность). Третьи имеют своей задачей перенести изготовленные к потреблению блага, товары от производителей к потребителям. Таким образом, хозяйственная деятельность развитого общества представляется тройкой – добывающей, обрабатывающей и передаточной¹.

Деятельность последнего рода, имеющая своей целью посредничество между производителями и потребителями при взаимном обмене экономическими благами, носит название торговли². Торговая деятель-

¹ Деление, установившееся со времени J.B. Say, *Curs d'économie politique*, ч. I, гл. VII.

² Lexis, *Das Handelswesen*, I, 1, Зомбарт, *Современный капитализм*, русс. перев., I, 162. Напротив, Боргт, *Торговля и торговая политика*, противопоставляет (4) торговле в тесном смысле, которую он называет купеческой, торговлей в широком смысле сло-

ность является таким образом посреднической: на одной стороне торговца стоит производитель, на другой – потребитель. Непосредственный обмен между ними делает участие торговца лишним и устраняет приложение торговой деятельности. Так, некоторые фабрики сами устраивают магазины для сбыта своих продуктов потребителям; ремесленники не только выполняют заказы, но и заготавливают изделия для продажи. Как посредник торговец отличается от производителя тем, что он способствует обращению вполне готового продукта, а потому торговля не может изменять товары в их сущности, иначе она превратится из торговой в обрабатывающую промышленность.

II. Значение торговли. Передвигая готовый продукт от производителя к потребителю, торговля не увеличивает количества обращающихся благ, величины ценности, имеющейся в данный момент в народном хозяйстве. С этой точки зрения торговля может быть, конечно, признана непроизводительной.

Это обстоятельство порождает упреки по адресу торговой деятельности, негодование на ту часть ценности, которая сохраняется в руках торговых посредников. Желание устранить вмешательство посредников создало в последнее время попытки к непосредственному сближению производителей с потребителями. С одной стороны, крупные фабриканты, организуя места продажи своих продуктов, привлекают к себе потребителей и в то же время путем рассылки агентов разыскивают новые рынки сбыта; с другой стороны, потребители, организуя потребительные общества, стремятся войти в непосредственные сношения с производителями, минуя торговцев.

И тем не менее народнохозяйственное значение торговли не подлежит сомнению и постоянно возрастает.

Необходимость торгового посредничества вызывается прежде всего тем обстоятельством, что современные потребности предъявляют спрос на блага, которые не имеются, по естественным условиям, в распоряжении данной страны и могут быть добыты лишь путем обмена с отдаленными странами (кофе, хина, меха). Приходится или отказаться от потребления, или воспользоваться посредничеством. Во-вторых, торговая деятельность становится необходимой вследствие общественного разделения труда. Чем далее идет процесс специализации в деле производства, тем неизбежнее становится содействие торговли. Современные хозяйства, отказавшись от попытки изготовления своим трудом всего

ва, как «преодоление личного, пространственного и временного разобщения между производителями и потребителями».

необходимого для себя и работая на мировой рынок, в состоянии приобрести нужные им блага путем обмена лишь при наличности торговли. Ни один производитель не способен знать всех тех, кто производит необходимые ему блага и кто готов на обмен именно тех благ, которые он изготавливает, в том количестве, в каком ему это нужно, в то время, когда это ему желательно и возможно.

Влияние торговли на производство обнаруживается именно в том, что торговец освобождает производителя от труда и риска отыскания сбыта, облегчает ему возможность сосредоточиться на процессе производства известных продуктов, совершенствуя и расширяя его. Влияние торговли на потребление выражается в том, что потребитель получает возможность использовать несравненно большее количество благ и по более дешевой цене, нежели в том случае, если бы он попытался сам разыскать у производителей необходимые ему блага. Споспобствуя, с одной стороны, росту производства, а с другой – росту потребностей, торговля выполняет свое культурное назначение в пределах условий, открываемых современным неорганизованным хозяйством.

III. Д и ф ф е р е н ц и а ц и я т о р г о в л и. Первоначальной торговлей следует признать внешнюю. Посредничество оказывается необходимым прежде всего в отношении того, чего природа лишила хозяйства данной местности. Натуральное хозяйство не способствует внутреннему обмену. Торговля внутри страны выдвигается только в связи с разделением труда.

На первых порах появления торговой деятельности посредничество выступает в своем чистом виде. Торговец, закупив товар у производителей, отправляется сам, на своих средствах передвижения (лошади или судно), с мечом в руке отыскивать потребителей. В его деятельности соединены неразрывно все те элементы торговой промышленности, которые впоследствии отделяются в особые отрасли, вполне самостоятельные.

Дальнейшее развитие торговли и заключается именно в дифференциации деятельности. Перевозка денег, вырученных от продажи товаров или необходимых для их закупки, представляет слишком большую опасность в средние века, когда приходится лично защищать свое достояние от многочисленных грабителей. Банкирский промысел облегчает эту насущную задачу торговца и весьма рано принимает значительный размер благодаря скоплению редкого в то время капитала.

Личное сопровождение товарного транспорта становится затруднительным для купца по мере того, как возрастают обороты, с отправ-

лением товара дальше, чаще и в разные стороны. Создается класс лиц, заменяющих купца в его деятельности, доверенные, капитаны.

Дальнейшим шагом на пути дифференциации является отделение транспортного дела. Купец уже не нуждается в своих средствах передвижения, он прибегает к помощи чужих средств, которые, однако, служат не ему одному, а многим, и потому превращаются в особую отрасль промышленной деятельности, уместающейся около торговли, ей способствующей и ею питающейся.

Риск, соединенный с гибелью или повреждением товара, лежавший первоначально всецело на самом купце, снимается с него благодаря организации новой отрасли – страхования. Сущность этой операции состоит в превращении в специальную задачу того, что составляло один из нераздельных элементов торговой деятельности.

Наконец, само хранение товара на складе, наблюдение за ним, сортирование его начинают выделяться в особую отрасль – товарные склады, элеваторы.

В конце концов торговая деятельность основного деятеля, благодаря освобождению его от целого ряда задач, чрезвычайно упрощается с технической стороны. Крупная оптовая торговля может совершаться с содействием телеграфа и телефона лишь при наличии одной конторы. Вместе с тем техническая сторона дела все больше отступает перед юридической.

Одновременно отрасли промышленности, образовавшиеся путем выделения из торговой деятельности, представляют все более сложные организации, которые также в свою очередь допускают дальнейшую дифференциацию.

IV. Торговый оборот. Как основная торговая деятельность, покупка и перепродажа, так и вспомогательные отрасли выполняют свою задачу в современном обществе, построенном на частной собственности и свободе договора, посредством юридических актов. Совокупность юридических сделок, направленных к осуществлению торгово-посреднической деятельности, составляет *торговый оборот*.

Торговый оборот является составной частью *экономического оборота*, который состоит из совокупности сделок, направленных к взаимному обмену в обществе. Сделки, имеющие своей целью непосредственный обмен между производителями и потребителями, не входят в торговый оборот, так как не заключают в себе признака посредничества. Так, например, собственник или арендатор фруктового сада продает нередко потребителям фрукты по мелочам; молочная ферма дос-

твояет в город своим постоянным покупателям молоко, масло, творог, сыр.

В свою очередь, экономический оборот входит как часть в содержание понятия *гражданского оборота*, который представляет собой совокупность всех вообще юридических сделок, совершаемых членами данного гражданского общества. Понятие о гражданском обороте является более широким сравнительно с понятием об экономическом, потому что включает в свое содержание действия безмездные, как дарение, завешание, по самой идее несогласимые с понятием об экономическом обмене, а также обмене неимущественных услуг, своим нематериальным содержанием выходящим за пределы экономической деятельности.

В. В и д ы т о р г о в л и. Рассматриваемая с разных точек зрения торговля представляет несколько видов, различие между которыми имеет главным образом экономическое значение, но иногда не лишено и юридического интереса.

1. С точки зрения места производства торговли, последняя распадается на а) *внутреннюю* и б) *внешнюю*. Каждая страна удовлетворяет потребности своих граждан или продуктами собственного труда последних, или посредством обмена с другими странами, – естественные условия, знания, искусство, привычки имеют влияние на разделение занятий между странами. Таким образом, пока экономическая деятельность направлена на посредничество между отечественными производителями и потребителями, она является внутренней торговлей. Когда же посредничество имеет место между отечественными производителями и иностранными потребителями или наоборот, – она становится внешней. В свою очередь, последняя разделяется на а) *ввозную* – когда совершается между иностранными производителями и отечественными потребителями, б) *вывозную* – между отечественными производителями и иностранными потребителями, наконец, с) *транзитную* – между иностранными производителями и таковыми же потребителями.

Нетрудно заметить, что различие это построено на политическом признаке и имеет значение преимущественно с точки зрения экономической политики.

2. Посредничество между производителями и потребителями вызывает соучастие нескольких лиц, взаимно друг друга восполняющих. Известный продукт собирается небольшими количествами к одному лицу, у которого сосредоточивается в большой массе, как в резервуаре, и отсюда переходит к лицам, которые стоят ближе к потребителям, рас-

селяются между ними и тем облегчают им возможность приобретения товара в требуемом размере в нужное время. На этом экономическом начале построено различие между а) *оптовой* и б) *розничной* торговлей. Различие это выражается в том, что 1) оптовый торговец покупает товар непосредственно у производителя; в розничной торговле, напротив, товар чаще всего приобретается от торговцев же; 2) оптовый торговец продает исключительно другим торговцам, напротив, в розничной торговле продажа товара почти всецело производится непосредственно самому потребителю; с) в оптовой торговле имеет место продажа товара в большем количестве, партиями (*en gros*) – в розничной продаже совершается в размерах, определяемых ежедневными потребностями каждого потребителя (*en détail*)¹.

Нередко с этим различием смешивается другое – различие торговли крупной и мелочной. Оптовая торговля действительно совпадает с крупной, но далеко не всегда происходит подобное совпадение розничной и мелочной. Стоит только обратить внимание на универсальные магазины в больших городах, как Лувр в Париже, Мюр и Мерилиз в Москве, которые, несомненно, производят розничную торговлю, но в то же время оборачивают значительным, миллионным капиталом.

Указанное различие имеет немалое юридическое значение, преимущественно в публичном, но также до известной степени и в частном праве. Из торговых законодательств германское придает ему значение, признавая нередко торговый характер за известным промыслом только под условием производства его в крупном размере, лишая мелочную торговлю (*Minder-Kaufleute*) некоторых преимуществ (торговый регистр, фирма) и освобождая от некоторых обязанностей, соединяемых с крупной торговлей (торговые книги). Французское законодательство не делает различия между крупной и мелочной торговлей, но на практике оно установилось само собой и отделило одних от других в некоторых юридических отношениях².

Что касается русского законодательства, то различие оптовой и розничной торговли нашло себе место в финансовом законе³ и имеет по преимуществу финансовое значение, определяя размер налога,

¹ В связи с этими основными признаками вспомогательное значение имеют: количество торгово-промышленных служащих, район деятельности предприятия, собственный или занятый капитал и др.

² *Thaller, Traité élémentaire de droit commercial*, 122; *Lyon-Caen et Renoult, Traité de droit commercial*, I, 203; *Valéry* («Annales de droit commercial», 1902, стр. 289).

³ Св. Зак., т. V, Устав о прямых налогах, ст. 368, приложение.

взимаемого с торговых предприятий. Признаки, отличающие тот и другой виды торговли, указаны следующие: а) оптовая торговля «состоит в продаже всякого рода товаров преимущественно партиями, главным образом торговцам и промышленникам»; б) розничная торговля заключается в преимущественно раздробительной продаже всякого рода товаров как мелочным торговцам, так и потребителям. Из последней категории закон выделяет с) мелочную торговлю, состоящую в раздробительной продаже товаров исключительно потребителям.

С юридической стороны это деление имеет значение в том отношении, что каждому роду торговли вменены особые купеческие книги¹. Отличие крупной от мелкой торговли имеет значение со стороны подсудности, потому что законодатель нашел возможным исключить из ведения коммерческого суда незначительные по сумме споры², которые, конечно, приходятся преимущественно на мелочную торговлю. Далее, размер торговли влияет на способность быть избирателем и избираемым в члены коммерческих судов³, в число гласных биржи и биржевого комитета⁴. С точки зрения торгового права, значение этого различия обнаруживается еще в возможности учреждения администрации только по обширным предприятиям⁵.

3. Исторически установилось различие между а) *сухопутной* и б) *морской* торговлей, которое объясняется резким различием в способах передвижения, существовавших в прежнее время. Именно морская торговля, благодаря своим техническим особенностям, вызвала впервые появление исключительных юридических норм и послужила почвой для возникновения и развития торгового права. Различие сухопутной и морской торговли выражается в настоящее время в обособлении норм, регулирующих морское передвижение товаров, из системы торгового права. Впрочем, теперь технические условия стремятся снова сгладить это различие, которое благодаря им и установилось прежде. Сближение происходит под влиянием перевозки по внутренним водам, которая, хотя и относится к сухопутной торговле, но, по юридической нормировке, сходится все ближе с морским транспортом.

¹ Т. XI. Ч. 2; Устав Торговый, ст. 669.

² Т. XI. Ч. 2; Устав Судопр. Торгового, ст. 43, п. 2.

³ Т. XI. Ч. 2; Устав Судопр. Торгового, ст. 17, 19.

⁴ После издания 1903 г. Торгового Устава см. отдельные биржевые уставы.

⁵ Т. XI. Ч. 2; Устав Судопр. Торгового, ст. 395.

§ 2. Торговля с юридической точки зрения

I. Область применения торгового права. Юридическое представление о торговле не соответствует в настоящее время экономическому понятию. Торговлей, с юридической точки зрения, признается область экономических отношений, к которой применяется торговое право. Экономически торговля определяется теми границами, какие намечает наука, группирующая явления по характерным признакам. Юридически торговля определяется теми границами, какие ставит в данное время законодатель. Оттого эти границы, по усмотрению законодателя, постоянно передвигаются. В разное время и в разных местах юридическое понятие о торговле не одинаково.

С формальной стороны торговля – это область, к которой, по воле законодателя, должно применяться торговое право. Нет ли, однако, какого-либо материального начала, которое бы связывало всю эту область внутренним единством, помимо воли законодателя, и давало этой воле объяснение? Какой характерный признак всех тех отношений, которые закон подводит под понятие торговли?

II. С в я з у ю щ е е н а ч а л о. Стремление привести к единству различные отношения, признаваемые законом торговыми, и отыскать руководящий принцип для практики вызвало попытки решения задачи как со стороны теории, так и со стороны практики.

Роль такого связующего начала признается за спекулятивной целью сделки¹. Все, что включено в область отношений, подчиненных торговому праву, проникнуто спекуляцией, и расширение этой области объясняется открытием со стороны законодателя новых отношений, проникнутых тем же духом. Однако спекуляция не может служить отличительным признаком торговли в юридическом смысле, потому что спекуляция – явление, присущее вообще всей экономической деятельности, следовательно это признак родовой, а не видовой. Арендатор земельного участка несомненно спекулирует на разницу между затрачиваемым капиталом и ожидаемым урожаем. Дантист, затрачивая время и деньги на изучение своего дела, на обзаведение помещением и инструментами, – спекулирует. И, однако, эти отношения не входят в торговую сферу. Новейшее законодательство, германское, исключило из торговли отдельные операции, хотя бы и проникнутые характером спеку-

¹ R a n d a, *Das oestreichische Handelsrecht*, I, 1.

ляции. Притом спекуляция, если ее понимать вместе с нашей практикой¹ как покупку для перепродажи с барышом, представляется признаком слишком узким, чтобы охватить такие сделки, как страхование, перевозка, поклажа в складах.

По другому взгляду связующее начало следует видеть в обращении благ². Все движение благ, начинающееся от производителя и кончающееся у потребителя, составляет торговлю в юридическом смысле. Но указанное начало не может быть принято как объяснение. С одной стороны, оно слишком узко: большая часть производства, обрабатывающая промышленность, подчинена торговому праву. С другой стороны, оно слишком широко: устройство агентских контор, включаемое законом в торговую сферу, никак не может быть отнесено к обращению благ.

Как искомое начало выдвигается посредничество при обращении благ, конечно, с целью спекулятивной, не составляющей, впрочем, видового признака³. Но и посредничество, столь характерное с экономической точки зрения, не в состоянии объяснить той совокупности отношений, какая охватывается современным юридическим представлением о торговле. Едва ли возможно причислить к посредничеству, например, страхование.

При полном несоответствии экономической и юридической точек зрения на торговлю необходимо обратить внимание не на то, что делается в той области, которая очерчена законом в качестве торговой, а как делается. С законодательной точки зрения существенна не та экономическая функция, которую приняло на себя данное хозяйство, а его организация. То, что объединяет все отношения, включаемые законодательствами в область, подчиненную торговому праву, — это капиталистическая организация хозяйства. Отличительный признак капиталистического хозяйства следует видеть в том, что оно имеет своей целью, и соответственно тому, рассчитано, не доставление средств существования, а доставление прибыли как таковой⁴. Хозяйства, организованные на новых началах, требовали и особой юридической нормировки. И как только какая-либо отрасль народного хозяйства становилась на капитали-

¹ Реш. Спб. ком. суда 1878, по д. Ракович; реш. 4 деп. Прав. Сен. 1874, № 943, по д. Крупенкина, 1875, № 2103; по д. Смирнова, 1877, № 350; по д. Финогелова; 1882, № 1851; 1883, № 749; 1884, № 382.

² T h a l l e r, *Traité élémentaire de droit commercial*, 5.

³ G o l d s c h m i d t, *Handbuch des Handelsrechts*, I, 411; M a n a r a, *Gli atti di commercio*, 1887, § 16–20.

⁴ З о м б а р т, *Современный капитализм*, I, 74–75.

стическую ногу, так тотчас же проявляла желание быть подчиненной торговому праву. Следуя этому течению, законодатели все более и более расширяли и продолжают расширять область применения торгового права.

III. Историческое нарастание области применения торгового права. Установленный сейчас взгляд, что сфера торговли в юридическом смысле есть область капиталистической организации, подтверждается с полной наглядностью историческим ходом нарастания этой области.

Прежде всего в сферу торговых отношений входит торговля товарная, т.е. приобретение у производителей их продукта и перепродажа его потребителям в том же существенно неизменном виде (*forma non mutata*). На этой почве возникло первоначально торговое право. Так понималась торговля (*mercatura*) средневековыми коммерсиалистами и канонистами. Объясняется это явление тем, что первоначальное накопление капитала имело место в товарной торговле. Торговый капитал и дал впервые почву для капиталистической организации¹.

Уже довольно рано размен денег вследствие большого своего значения в средние века присоединился к торговому промыслу, и менялы (*campsores*) вошли в состав купечества. Из их деятельности с необходимостью развились кредитные банковые операции, а благодаря связям и сложным взаимным расчетам банкиры организовали свое дело на чисто капиталистическом начале, и это-то обстоятельство и сблизило их больше всего с купеческим миром и подчинило действию торгового права.

С развитием процесса разделения труда многие занятия, которые входили прежде в состав торговой деятельности, как мы видели, стали обособляться, образуя самостоятельные промыслы. Несмотря на свой вспомогательный характер, на свою близость к торговле, они не входили в область применения торгового права, пока не стали на чисто капиталистическую почву. Это наглядно видно на средствах товарного передвижения. Только когда извоз превратился в транспорт, он вошел в юридическое понятие о торговле. Страхование рано вошло в эту об-

¹ Это положение подвергалось в последнее время оспариванию со стороны Зомбарта, *Современный капитализм*, I, 214, который стремится доказать, что первоначальным накоплением капитал обязан не торговле, а земельной ренте. Однако доводы Зомбарта недостаточно убедительны, чтобы ниспровергнуть общепринятый взгляд. Что торговый капитал и в России предшествовал промышленному капиталу, см. Туган-Барановский, *Русская фабрика в прошлом и настоящем*, 2-е изд. 1900, стр. 4 и сл.

ласть, потому что, по самому своему характеру, оно не могло организоваться иначе, как на капиталистических началах.

Распространение области торгового права на этом не остановилось. Необходимость неизменения формы товара, обращения экономических благ в том же виде, в каком они вышли от производителя, была признана несущественным признаком. Всякая покупка продукта с целью перепродажи, хотя бы после полной его переработки, признается отныне торговой. Таким образом, в юридическое понятие о торговле вошла обрабатывающая промышленность, насколько она имеет дело не с собственным материалом, а с приобретенным извне. Опять-таки это включение произошло тогда, когда обрабатывающая промышленность, порвав с цеховыми традициями, пошла по капиталистическому пути. Только деятельность фабрик и заводов причисляется к торговле. Ремесло осталось ныне, как было и в средние века, исключенным из этой области.

За материальными благами в торговый оборот вступает в качестве товара труд всякий раз, как имеет место организованное посредничество между представителями труда и нуждающимися в его результате. Как только это посредничество приняло капиталистический облик, оно получило доступ к торговому праву. Сюда вошли занятие обработкой чужого материала (мукомольный завод), типографский промысел, театральная, балетная, цирковая антреприза, организация контор для прислуживания прислуги, занятий и т.п.

Торговля имеет дело с товаром, передвигаемым от производителя к потребителям. Поэтому торговля недвижимостями, которые не производятся и не перемещаются, противоречит обычному словоупотреблению. И тем не менее новейшие законодательства (итальянское) подчинили торговому праву спекуляцию недвижимостями, например, покупке имения для перепродажи по частям. Побуждением к такому расширению послужило не расширение экономического представления о торговле, даже не связь спекуляции недвижимостями с торговлей, а организация этого нового промысла на капиталистических началах, какова, например, деятельность некоторых земельных банков.

Оставалось сделать последний шаг и прямо признать, что торговое право существует для капиталистических предприятий. Этот смелый шаг сделало новейшее германское уложение: признается торговым предприятием всякое промышленное предприятие, которое по свойству и объему его должно быть ведено порядком, принятым для торговых

предприятий¹. Какой это порядок – закон не решает, но не может быть сомнения, что речь идет о капиталистической организации². Торговым является всякое предприятие, которое организовано на капиталистических началах.

Торговое право останавливается перед сельским и лесным хозяйством. Причиной нерешительности является, конечно, историческое предубеждение. Но опять-таки то же новейшее германское уложение делает поползновение отторгнуть от этой заповедной области по крайней мере те предприятия, которые хотя и остаются под сенью сельского хозяйства, но представляют самостоятельную хозяйственную организацию. При желании самого помещика он может этой организованной частью своего хозяйства войти в область, признаваемую законом торговой, и подчиниться действию торгового права.

Таким образом, торговое право, зародившись в области торговой промышленности, захватило ныне всю обрабатывающую и готовится занять добывающую промышленность. Торговый оборот все более близится к слиянию с экономическим оборотом.

§ 3. Понятие о торговом праве

Л и т е р а т у р а: G o l d s c h m i d t, *Handbuch des Handelsrechts*, I, 1–6; L e h m a n n, *Lehrbuch des Handelsrechts*; 10–14; R a n d a, *Das oest reichische Handelsrechts*, I, 1–5; T h a l l e r, *Traité élémentaire de droit commercial*, 2–4; T h a l l e r, *De la place du commerce dans l'histoire générale et du droit commercial dans l'ensemble des sciences*, 1892 (также в «Annales du droit commercial» за 1892 год).

1. П у б л и ч н о е т о р г о в о е п р а в о . Соприкасаясь с различными сторонами правовой жизни народа, торговля затрагивает разные отделы системы права.

Прежде всего она порождает известные отношения между самим государством и лицами, отдающимися торговой деятельности. Результатом этого является публичное торговое право.

а. Насколько торговля составляет предмет постоянного занятия известных лиц и насколько закон соединяет с подобным занятием известные права и преимущества для данного сословия, нормы этого публичного права входят в состав *государственного торгового права*.

¹ Германское торговое уложение, § 2.

² L e x i s, *Das Handelswesen*, I, 7.

С падением сословных начал на западе Европы область государственного торгового права или права купеческого потеряла всякую почву. В России сословные начала не успели еще окончательно стереться, здесь сохранилось еще купеческое сословие, замененное на Западе торговым классом. Поэтому у нас еще сохранилось государственное торговое право. Так, купечество первой гильдии, «составляя особый класс почетных людей в государстве»¹, пользуется правом приезда ко двору, имеет право на мундир, на звание коммерции и мануфактур-советника.

б. В видах развития общественного благосостояния государственная власть предпринимает целый ряд мер, имеющих своим назначением содействовать успеху торговли и порождаемым ею отношениям, — отсюда *административное торговое право*. Таковы меры, принимаемые с целью обеспечить торговый кредит (например, нормирование деятельности банков), облегчить сообщение между торговцами для выяснения отношения спроса к предложению (например, учреждение бирж).

с. Нередко обеспечение торгового кредита и взаимного доверия между торгующими вызывает со стороны государственной власти угрозу наказанием за их нарушение. Здесь создается почва для *уголовного торгового права*. Таково отношение нашего законодательства к банкротству, к упущению ведения торговых книг, к нарушению взаимных обязанностей со стороны купца и приказчика и т.п. На Западе карательными мерами борются против недобросовестной конкуренции, против фальсификации товаров.

д. Торговля всегда являлась богатым источником доходов казны и с этой точки зрения вызывала особенно заботливое к себе отношение со стороны государственной власти. Обложение торговли налогами составляет задачу *финансового торгового права*. Таково у нас сложное содержание положения о государственном промысловом налоге.

II. М е ж д у н а р о д н о е т о р г о в о е п р а в о. При усилившихся в настоящее время взаимных экономических связях государств вследствие взаимного обмена и сознания взаимной необходимости возникает международное торговое право, регулирующее, с одной стороны, отношения по торговле одного государства к другому и отношения каждого из них к подданным другого, с другой стороны, взаимные отношения подданных разных государств как частных лиц. В то время как указанные выше виды торгового права носят чисто публич-

¹ Св. Зак., т. IX, ст. 554.

ный характер, международное право отличается смешанным характером, отчасти публичным, отчасти частным. Торговые отношения дают наибольшее содержание частному международному праву, хотя и не исчерпывают его вполне.

III. Ч а с т н о е т о р г о в о е п р а в о. Наконец, внутри каждого гражданского общества между частными лицами возникают по поводу торговли многочисленные и сложные юридические отношения, вызывающие существование частного торгового права или торгового права в собственном значении этого слова, так как под этим именем в настоящее время понимается специальная часть, особый отдел гражданского права, – полная противоположность старому времени, когда, при господстве сословных начал, торговое право было по преимуществу публичным, определяющим права и обязанности, привилегии целого сословия лиц, когда оно было правом купеческим, *jus mercatorum*, а не правом торговли, *jus mercaturae*¹. Торговое право в этом последнем его значении и составляет предмет настоящего курса.

IV. О т н о ш е н и е т о р г о в о г о п р а в а к г р а ж д а н с к о м у. Как вид частного права торговое право соприкасается с гражданским правом. Взаимная связь обоих отделов частного права, естественно, самая тесная. То и другое имеют своим предметом нормы, регулирующие частные отношения граждан данного государства. Если торговый оборот вследствие некоторых обстоятельств успел добиться для себя таких норм, которые чужды гражданскому обороту и даже прямо противоположны нормам гражданского права, тем не менее, помимо этих специальных и исключительных норм, торговые отношения все же регулируются общегражданским правом так же, как и гражданские. Это весьма понятно, потому что отношения между частными лицами, возникающие из торгового оборота, являются вместе с тем составной частью гражданского оборота. Поэтому торговля, сохраняя за собой привилегию на исключительные торговые нормы, в то же время подчиняется действию общего гражданского права, насколько оно не отстранено первыми.

¹ Впрочем, некоторые до сих пор видят в торговом праве значительную долю публичного права, например, *Lyon-Caen et Renault, Traité*, I, 5. Однако изложение порядка назначения маклеров так же мало отнимает у торгового права его частный характер, как мало изложение организации нотариата отнимает частный характер у гражданского права. Гораздо дальше идет профессор Удинцев, *Русское торгово-промышленное право*, I, 8, который предлагает излагать торговое право без различия частного от публичного права. С точки зрения справочной – это очень удобно, но с точки зрения научной системы – это невыполнимо.

Каждому купцу приходится постоянно переходить из-под действия гражданского права под действие торгового и наоборот. И это не потому, что купец вне своей промышленной деятельности является обыкновенным гражданином, но потому также, что торговые отношения, в которые ему приходится вступать, входят то в область торгового права, то в область гражданского права. Покупка товара у производителя совершается по гражданскому праву, а расплата за него векселем — по торговому. Каждый торговый договор уже в силу того, что он договор, порождающий обязательство, предполагает применение общей части обязательственного права, а в силу того, что он сделка, — применение общей части гражданского права.

V. **Определение торгового права.** Эта тесная связь торгового права с гражданским до крайности затрудняет задачу его определения. Выставляемые обыкновенно западно-европейскими коммерсиалистами определения не могут быть приняты.

По мнению одних¹, торговое право есть совокупность юридических норм, регулирующих торговые отношения. Определение неточно по двум причинам: во-первых, потому, что торговое право регулирует и неторговые отношения, например вексель; во-вторых, потому, что торговые отношения регулируются и неторговым правом, например покупка товара. Кроме того, определяя торговое право как право, применяемое к торговле, мы впадаем в заколдованный круг, потому что торговля, с юридической точки зрения, есть область применения торгового права. Таким образом, торговое право есть то право, которое применяется к торговле, а торговля есть та область, к которой применяется торговое право.

Несостоятельность приведенного определения обратила на себя внимание некоторых коммерсиалистов и вызвала иное определение: торговое право есть совокупность норм, применимых исключительно в торговых отношениях². Но таких норм слишком мало и они слишком отрывочны, чтобы из них можно было составить нечто целое. Какое представление можно было бы составить о торговой покупке по французскому законодательству, на основании единственной статьи (§ 109),

¹ Lyon-Caen и Renault, I, 4; Massé, I, 44; Vidari, I, 47; Germano, I, 29; Endemann, 4; Behrend, 9; Canstein, I, 1; Randa, I, 1; Башилов, I, 13; Цитович, *Лекции*, I, 5; Нерсесов-Гусаков, I; Азаревич, I.

² Gierke, I, 889; Cosack, 3; Goldschmidt, I, 1; Molinier, I, 12; Valabrégue, 2; Thaller, 2; Федоров, I, 11.

посвященной французским торговым кодексом этой основной торговой сделке.

С нашей точки зрения, торговое право, со стороны задач его изложения, есть совокупность норм частного права, общего или специального, имеющая применение к той области народнохозяйственной жизни, которую закон признает торговлей.

Таким образом, торговое право рассматривает: 1) институты и правовые положения, составляющие исключительное достояние торгового оборота, например фирмы; 2) правовые институты и положения, хотя и не чуждые гражданскому обороту, но имеющие главное значение в торговом обороте, например вексель, товарищества; 3) правовые институты и положения, приложимые равно как к торговому, так и к гражданскому обороту, например купля-продажа.

Торговое право не претендует на научную самостоятельность. Это не более, как монографическая разработка отдела гражданского права, вызванная практическим интересом. В стране земледельческой по преимуществу, как Россия, с таким же, если не с большим, основанием могло бы выделиться в преподавании и литературе поземельное право, и опять без претензии на научную самостоятельность, а как монография по гражданскому праву.

И такая постановка торгового права совершенно независима от постановки вопроса в законодательстве. Разделен ли частноправовой материал между двумя кодексами или объединен в одном, торговое право выделится в преподавании и литературе.

§ 4. Характер торгового права

Л и т е р а т у р а: E n d e m a n n, *Das deutsche Handelsrecht*, 1887, стр. 32–35; B e h r e n d, *Lehrbuch des Handelsrechts*, т. I, § 6; H u v e l i n, *Histoire du droit commercial*, 1904, стр. 3–14.

Предлагаемая характеристика не относится к торговому праву какой-либо страны или в какой-либо момент – она имеет в виду основные черты торгового права, как они выразились в его историческом отношении к гражданскому праву.

а. В то время как гражданское право отличалось всегда формализмом, торговое право настойчиво добивалось свободы от формы. Требование формы вызывалось в области общегражданской желанием заставить вступающих в сделку вдуматься в ее значение. Сложность и

длительность формы давали возможность контрагентам взвесить последствия, прежде чем они наступали. Но это возможно лишь в том случае, когда юридическая сделка является редким событием в домашней жизни. Когда же приходится постоянно, по нескольку раз в день, вступать в юридические сделки, сложность формы составляет тормоз для хозяйственной деятельности. Тем более обременительна была форма, что ее цель была излишняя там, где сделки были обычной профессией, где каждая из ряда их была лишь звеном в общем, заранее обдуманном, хозяйственном плане. Вот почему торговое право объявило решительный протест против формы как ненужной и стеснительной опеки.

Еще и сейчас мы можем наблюдать этот контраст в отношении формализма. В гражданском кодексе Франции требуется письменная форма для каждой сделки, превышающей по ценности 150 франков; двусторонний договор должен быть совершен в стольких экземплярах, сколько в сделке сторон; в одностороннем договоре акт должен быть собственноручно написан и подписан обязывающейся стороной¹. Для торгового права все эти форменные условия не существуют: суд свободен в оценке доказательств, может заслушать свидетелей, какова бы ни была цена сделки, заключенной словесно.

b. Построенный на началах свободной конкуренции торговый оборот не терпит каких-либо иных средств борьбы, кроме экономических. Борьба должна быть «честной». И потому недопустимо прибегать к различным юридическим способам защиты, рассчитанным на поддержку слабости, неопытности, легкомыслия. Раз вступил в торговые сношения, начал торговать — нечего ссылаться на свой возраст: купец всегда совершеннолетний! Женщина, принявшая участие в операциях, не вправе ссылаться на *senatus consultum Vellejanum*, на свою зависимость от мужа. Торгующий должен знать цену того, что покупает и продает, — поэтому в торговом обороте нет места для *laesio enormis*. Кредит для купца не есть случайность, заем не есть крайность, это атмосфера, в которой он живет, — и потому никаких ограничений в размере процента. *Lex Anastasiana* стоит в полном противоречии с духом и смыслом торговых операций. Так расчищало торговое право арену для экономической борьбы, загроможденную до недавнего времени обломками римского и канонического права.

c. Кто вступит в торговый оборот, кто становится купцом, к тому предъявляются особенные требования. Он обязан проявить усиленное

¹ Французское гражданское уложение, § 1325, 1326.

внимание к чужим, вверенным ему, интересам, он должен нести повышенную ответственность за свои действия. Открывая предприятие, связывая свои интересы рядом экономических нитей с интересами многочисленных лиц, рабочих, приказчиков, клиентов, контролеров, предприниматель должен быть во всеоружии знания и опытности, связанных с ведением дела. Поэтому к нему применяется мера внимания, соответствующая заботливости не всякого гражданина, не отца семейства, а мера купеческая, соответствующая обычной заботливости предпринимателя. И он не вправе ссылаться на то, что в своих собственных делах он не более внимателен — от него требуется внимание, проявляемое обыкновенно всеми купцами, ведущими нормально свои дела. Другими словами, к нему прилагается мера абстрактная, а не конкретная, как это допускается в гражданских делах.

d. Вступая в сношения с торговым предприятием, всякий вправе не считаться с тем, что происходит внутри него, как складываются в действительности отношения среди его деятелей. Каждый вправе считаться не с тем, что есть, а с тем, что представляется его опытному глазу. Ему некогда, да и нет возможности разбираться подробно во внутренней жизни предприятия. И потому купец должен пояснить, что ему придется отвечать за действия его агентов, хотя бы они поступали несогласно, вопреки его полномочиям, что ему придется нести ответственность за действия своих товарищей, хотя бы они действовали противно товарищескому соглашению. Ответственность купца основывается не на внутреннем складе предприятия, а на внешнем его облике.

e. В гражданском праве каждый несет ответственность за свою вину и только последствия, вызванные его виной, могут быть поставлены ему в вину. Несколько иначе в торговом праве, при обсуждении ответственности особо сложных предприятий, как транспортные, складочные и некоторые другие. За вверенные вещи предприятие может отвечать даже тогда, когда гибель их или повреждение вызвано случайностью. Но капиталистическая организация обязывает (oblige!).

f. В торговом праве господствует принцип возмездности. В этой области ни одно действие не предполагается бескорыстным. В гражданском кругу принимаются поручения, которые признаются безмездными, пока не обнаруживается условленное вознаграждение. В гражданских отношениях заем считается беспроцентным, если вознаграждение за пользование капиталом прямо не указано. В торговом обороте капитал всегда приносит проценты и одолжение его одним лицом другому предполагает всегда обычный процент. В мире спекуляции и не может

быть места для дарственных актов – здесь все предполагается возмездным.

г. Торговое право проникнуто космополитическим духом. В противоположность гражданскому праву, которое всегда, по общепринятому мнению, носило национальный, религиозный, местный отпечаток, торговое право чуждо национальных убеждений. Еще в средние века морские сборники решений и торговые обычаи свободно переходили из страны в страну, не считаясь ни с заставами, ни с таможами. Космополитизм торгового права вызывается стремлением устранить препятствия к широкому обмену, создаваемые различием регулирующих его норм. На торговом праве впервые объединились германские государства, а на обязательственном – швейцарские кантоны. Бернская конвенция 1890 года сплотила восемь государств в деле нормирования железнодорожного транспорта. Делаются всевозможные усилия, чтобы достигнуть объединения морского, акционерного, вексельного права. В погоне за широким рынком торговля и сопровождающее ее торговое право ломают всякие национальные и политические границы.

§ 5. Исторические основания торгового права

Л и т е р а т у р а: Сочинения, посвященного истории торгового права, не существует до сих пор на Западе. Только G o l d s c h m i d t, в третьем издании своего *Handbuch des Handelsrechts*, 1891, предпринял обстоятельный обзор истории торгового права, оставшийся, однако, неоконченным (доведен до XVI века). Сочинение H u v e l i n, *L'histoire du droit commercial*, 1904, представляет, при всех своих достоинствах, скорее план истории, чем саму историю. Выяснению исторического развития торгового права могут служить: P a r d e s s u s, *Discours sur l'origine et le progrès de la législation et de la jurisprudence commerciales*, 1820; M o l i n i e r, *Traité de droit commercial*, I, 1841, введение; L y o n - C a e n и R e n a u l t, *Traité de droit commercial*, 4 изд., I, 11–80; E n d e m a n n, *Das deutsche Handelsrecht*, § 4, также в *Handbuch des Handels-See- und Wechselrechts*, § 4. Специально для истории торгового права в Риме: C a r n a z z a, *Il diritto commerciale dei romani*, 1891; F a d d a, *Istituti commerciali del diritto romano*, 1903; W a l t o n, *The Growth of Commercial Law at Rome* («Juridical Review», V, 332); B o h l, *Le droit commercial romain*, 1897; B r e m e r, *Zur Geschichte des Handelsrechts im Anfang der römischen Kaiserzeit* («Festgabe für Thöl», 1879). Для средних веков: E n d e m a n n, *Beiträge zur Kenntniss des Handelsrechts im Mittelalter* (Z. F. H. R., V, 352); L a s t i g, *Entwicklungswege und Quellen des Handelsrechts*, 1877; L a t t e s, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, 1884; G e d d i, *Per la storia delle legislazione e istituzioni mercantili lombarde*, 1893; B e n s a, *I commercianti e le*

corporazioni d'arti nell antica legislazione genovese, 1844; Н о l t z e, *Das Berliner Handelsrecht im 13 und 14 Jahrhundert*, 1880; Н u v e l i n, *Essai historique sur le droit des marchés et des foires*, 1897. В русской литературе можно указать: У д и н ц е в, *История обособления торгового права*, 1900; Ц и т о в и ч, *Лекции*, I, 9–105; Ш е р ш е н е в и ч, *Система торговых действий*, 1888.

Существование рядом с гражданским правом особого торгового может быть объяснено только историческими традициями. Получив твердое основание в средние века, торговое право сохранило до сих пор свою индивидуальность, свою самостоятельность, несмотря на стремление настоящего времени к уравниванию всех исторических особенностей, к созданию общего для всех права.

І. Р и м. Так как самостоятельность торгового права обязана своим существованием условиям средневекового порядка, то наше исследование должно бы начаться с этого именно времени. Однако значение римского права для юристов не позволяет обойти вопроса о положении торгового права у римлян.

Римское право, каким оно является нам в Юстиниановском сборнике, не знает дуализма частного права, для торгового права нет особого места рядом с гражданским. Отсюда заключают, что римское право не знало вовсе разделения частного права на две системы. В объяснение этого явления приводят различные обстоятельства. Римляне по характеру своему не были склонны к торговым занятиям, их симпатии были на стороне земледелия первоначально, а потом путем постоянных победоносных войн они приобрели наклонность грабить покоренные народы и расплачиваться за ввозимые предметы роскоши данью последних, но не продуктами собственного труда. Согласно с таким народным характером торговая деятельность не пользовалась уважением со стороны римлян, и они относились с презрением к гражданину, который решался идти наперекор общественному предрасудку. Исключение делалось лишь для крупной торговли ввиду больших барышей, даваемых ею, и подобным занятием не пренебрегали римские аристократы. Надо заметить, впрочем, что в этих случаях самое техническое исполнение торговли было возложено на рабов, господа же сохраняли за собой пользование доходами. При таких условиях в Риме не могло образоваться купеческое сословие, подобно тому, как мы это видим в средние века.

Однако юристы, отвергающие существование дуализма частного права у римлян, признают в то же время, что римское обязательственное право проникнуто торговым характером. Возникает вопрос, каким обра-

зом приобрело оно подобный характер, пропиталось торговым духом, тем более, что на первоначальной ступени римской жизни мы знаем его совершенно иным: узконациональным исключительным, строго формальным и потому неспособным служить торговому обороту. Очевидно, оно должно было выдержать упорную борьбу с сильным противником, который в конце концов одержал над ним победу. Принцип исключительности, характеризовавший древнее римское право, был побежден началом торгового космополитизма.

Если мы обратимся к обозрению исторического развития римского права, насколько оно выясняется из скудных источников, мы увидим, что действительно дуализм частного права, совместное существование общегражданского права и специального торгового – не чужды римскому быту.

Первоначально римляне были народом земледельческим, как и окружающие их соседние народы. При натуральном хозяйстве, при ограниченности потребностей не могло существовать развитого обмена, хотя уже весьма рано мы находим ярмарки. При отсутствии кредитных отношений совершаемые здесь сделки не могли встретить затруднения в недостатке юридических определений. Когда римляне мечом достигли выдающегося положения среди окружающих народов, иностранные купцы не замедлили явиться с предложением своих услуг. Но, как и все первобытные народы, римляне были предубеждены против чужеземного элемента, особенно когда возникал вопрос о предоставлении иностранцу возможности вступать в юридические отношения к гражданам. Римское право существовало только для римлян, присутствие иностранца на римской территории было терпимо, но он не должен был домогаться уравнивания его в правоспособности с туземцами. Каждый иностранец, приезжавший в Рим, конечно, для торговых целей, должен был прибегать к покровительству одного из римских граждан. Отсюда *hospitium privatum*. Иностранный купец имел дело лишь с покровителем, а перед римлянами представителем его являлся патрон.

По мере знакомства путем войн с другими народами и благодаря ввозу предметов роскоши и удобства, римляне сильнее стали чувствовать потребность в международной торговле. Потому римляне принуждены были сделать уступку требованию времени в ущерб своей национальной исключительности и предоставить иностранным купцам право вступать самым непосредственно во все сделки, необходимые по торговле. С этой целью иностранцам было разрешено *commercium*, т.е. дана возможность совершать гражданские сделки, не соединенные с полити-

ческими и семейными правами. Согласно с торговым характером предоставленной правоспособности иностранцы лишены были возможности приобретать земельные участки. Вместе с *commercium* явилась необходимость в судебной защите. Для них именно учрежден был особый вид судопроизводства – *resciperatio*. Очень может быть, что *resciperatores* выбирались из людей, сведущих в торговых делах; во всяком случае, принимая во внимание сокращенный порядок этого судопроизводства, можно признать в *resciperatio* подобие коммерческого суда¹.

С течением времени оказалось недостаточным допускать иностранцев к праву заключать сделки, признаваемые квинитским правом. Явилась потребность в новых сделках, а для тех, которые уже существовали в гражданском праве римлян, нужно было облегчить формы их заключения и расширить их свободу. С этой целью в 247 году до Р. Х. учреждена была должность *praetor peregrinus* и с этой же целью, вероятно, возник формулярный процесс. Здесь-то, ради торговых целей, римское право воспринимает совершенно новые сделки, перенесенные из иностранного права, таков греческий обычай давать задатки при заключении купли-продажи и других договоров (*arra*), родосский закон о выбрасываемых во время бури вещах (*lex Rhodia de jactu*), страхование товаров при перевозке морем (*foenus nauticum*). Наряду с этими, совершенно новыми для римского права, сделками изменяют свой вид уже знакомые римлянам, тяжеловесная форма которых вовсе не годилась для торгового оборота. Таковы более употребительные в торговле договоры, как купля-продажа и заем: на место *mancipatio* и *nexum* появляются *emptio-venditio* и *mutuum*, консенсуальные договоры занимают место формальных: торговый оборот нуждается в быстроте, в доверии – одно-го согласия достаточно для заключения договора.

Так возникло и развивалось в Риме наряду с прежним гражданским правом особое торговое – общенародное право, *jus gentium*. Оно обняло по преимуществу ту область юридических отношений, которые вытекали из торгового оборота, и это весьма естественно, потому что потребность в нем была вызвана международной торговлей. Это обстоятельство дало основание Иерингу совершенно справедливо назвать *jus gentium* международным торговым правом – *ein allgemeines internationales Handelsrecht*².

¹ М о м м с е н, *Римская история*, т. I, стр. 154; G o l d s c h m i d t, *Handbuch*, т. I, стр. 75 (новое издание).

² I h e r i n g, *Geist d. Röm. Rechts*, I, § 16, стр. 234. H u v e l i n выставляет в виде общего социологического закона, что торговое право зарождается, как международное, в про-

Несомненно, что консервативный гражданский быт римлян долго не допускал к себе этого либерального права и охранял свои старые формы; потому то и другое право стояли долго, как два совершенно отдельных организма. *Jus civile* управляло жизнью только римских граждан, но во всей ее полноте; *jus gentium* регулировало отношения всех свободных лиц, находившихся в Риме, но преимущественно по торговле. Как в настоящее время торговое право оказывает свое обновляющее и оживляющее влияние на общегражданское, так и тогда в Риме *jus civile* стало поддаваться воздействию *jus gentium*. Как и современному гражданину, римлянину приходилось попеременно руководствоваться то одним правом, то другим. Сравнение должно было быть не в пользу *jus civile*. Не желая прямо нарушать священного национального права, римские юристы обратились к обходу формальностей старого права и таким путем стали сливать торговое право с общегражданским. Процесс этого слияния должен был быть долгим, медленным, но в результате снова получилось единое гражданское право, каким мы его знаем в эпоху Юстиниана.

И т а л ь я н с к и й п е р и о д. Основание современного раздвоения частного права кроется в особом складе средневекового быта, в раздроблении гражданского общества на отдельные сословия, вырабатывавшие каждое самостоятельно порядок юридических отношений между своими членами. С усилением государственности верховная власть берет на себя задачу устроения частных отношений членов общества и сначала продолжает эту работу в духе сословном, пока, наконец, в последнее время, с падением сословных начал и с полным торжеством идеи государственности, сами основания торгового права подверглись коренному пересмотру. В своем развитии торговое право прошло три эпохи: итальянскую, французскую и германскую. Первая эпоха характеризуется полным господством сословных начал и местного обычного торгового или, вернее, купеческого права; во второй период сословный характер сохраняется, но ставится в подчинение государственному началу, часть торгового права кодифицируется, обычное право стремится к объединению и устранению местных особенностей; третья эпоха – падение сословных начал, купеческое право переходит в торговое и становится частным правом наряду с гражданским, обычное право уступает место кодифицированному. Переходим к рассмотрению каждой эпохи в отдельности.

типоволожность гражданскому, как национальному. Основная причина – переход от натурального хозяйства к меновому (*Histoire du droit commercial*, 13).

Задача образования основ современного торгового права выпала на долю Италии. Этой стране суждено было дать первые толчки к развитию как духовного мира в области философии, науки, поэзии, так и материального быта в сфере промышленности и торговли. Все складывалось в пользу того, чтобы предоставить Италии роль руководителя культуры Западной Европы. Налицо были все необходимые географические и исторические условия. Расположенная посреди Средиземного моря – этого центра античного мира и торговли, Италия была близка к наиболее культурным странам Европы – Южной Франции и Испании, а также к Востоку. В силу же этого географического положения ей выпала роль быть посредницей между Азией и Европой, в особенности если мы припомним, что в то время единственно возможная торговля была морская. Это же географическое положение дало ей возможность воспользоваться с таким успехом крестовыми походами. С другой стороны, и все предания были на стороне Италии. Материальные условия быта, развитые потребности не были искоренены покорителями, напротив, они сами им подчинились. Не забыли также окружающие народы и дорогу в Италию, поставщиками которой они были в эпоху могущества Римской империи.

Италия не могла пожаловаться на угнетения со стороны ее покорителей. Со времени вторжения готов в конце V века в Италии водворилось относительное спокойствие, которым не замедлили воспользоваться спекулятивные инстинкты торговцев. Сначала выступают южные города: Амальфи, Палермо, Мессина, потом города северные: Венеция, Генуя, Пиза, скоро совсем отбившие торговлю у первых. Города эти ведут морскую торговлю. Да и трудно было бы ожидать сухопутной при способах сообщения того времени и отсутствии средств перевозки. Перевозить товары в большом количестве можно было только на кораблях. Поэтому городами, наиболее процветавшими, явились лежащие на берегу моря. Оттого первые следы торгового права представляются в виде сборников обычаев и правил, выработанных морской торговлей. Самый древний сборник морских обычаев – это пизанский *Ordo maris*, составленный в XII веке. Таково же морское право города Амальфи, так называемая *Tabula Amalphitana*. Но указанный сборник имел лишь местное значение; напротив, другой сборник морского права, известный под именем *Consulato del mare*, применялся почти всеми городами Средиземноморья. В переводе указанный сборник означает: морской судейник. Он представляет собой совершенно беспорядочное соединение обычаев, изложенное в 297 главах, из которых некоторые имеют исключительно местный интерес. Ни место его происхождения, ни время (XI–

XIV вв.) его составления не могут быть определены. Даже язык, на котором он написан, вызывает сомнение. Одно лишь достоверно – это его огромное влияние на Средиземном море. Итальянский коммерсиалист XVIII века Казареджи говорит, что «в морских делах *Consulato del mare*, как общий обычай, имеет силу закона и безусловно применяется всеми провинциями и народами». Хотя рассматриваемый сборник и не был законом, но авторитет его основывался на том уважении, с каким относились средние века к памятникам старины. Морская торговля и вызванные ею особые юридические отношения потребовали создания особых для этой цели судов – *curiae maritimae*.

Особенно сильно повлияли на развитие итальянской торговли крестовые походы. Города, обладавшие значительным торговым флотом, не замедлили явиться с предложением своих услуг для перевозки рыцарей и для снабжения их необходимым продовольствием. Купцы следовали за рыцарями, которые своим мечом на столько способствовали делу освобождения Гроба Господня, сколько прокладывали путь для торговли. Венецианцы и генуэзцы умели направлять силы крестоносцев, куда им нужно было, при их содействии создавались и разрушались государства. Крестовые походы способствовали ознакомлению между собой обитателей различных концов Европы и установлению между ними сношений. Столкновение с восточным миром научило европейцев новым отраслям производства, выделке тканей, обработке металлов, изготовлению стеклянных изделий и т.п. Кроме того, крестоносцы увлекали за собой в поход многих итальянских графов и тем освободили города, бывшие под их властью. Когда разоренные и бессильные графы возвращались на родину, – было уже поздно – города запирали перед ними ворота. С этого времени Италия покрывается сетью республик, в которых внутренняя свобода и внешнее могущество еще более способствовали поднятию торгового духа. Трудно было найти человека, который бы, живя в городе, не занимался торговлей. По меткому выражению французского экономиста Бланки, на средневековые итальянские республики можно смотреть как на большие торговые дома¹.

В каждом почти городе купцы разделялись, как и представители обрабатывающей промышленности, на корпорации сообразно предмету своей торговли (*artes, paratici, convivia*). Существование купца вне корпорации было немислимо. В ней находил он защиту, при ее лишь помощи мог он вести торговлю. Корпорация охватывала всю жизнь отдельного лица. Каждая корпорация имела своего патрона, свое знамя,

¹ Б л а н к и, *История политической экономики в Европе*, I, 244.

свои празднества. Горе и радость отдельного члена находили сочувствие в корпорации. Успехи и неудачи корпорации отзывались на каждом члене. Несомненно, что при таком значении корпорации столкновения и споры, могущие возникнуть между ее членами, должны были составлять предмет рассмотрения внутри корпорации, это являлось, так сказать, делом семейным. Но так как эти недоразумения возникали большей частью по поводу торговых отношений, то здесь и должно было развиться особое обычное право для каждой корпорации. Лица, которым поручалось разбирательство этих дел, назывались консулами. Консульская юрисдикция послужила источником развития торгового права. Консулы избирались корпорацией из своей среды на год или 6 месяцев, и, следовательно, судьи не могли быть чуждыми потребностям жизни, не могли сделаться формалистами. Судебное разбирательство происходило *sine strepitu et figura iudicii*, в самые краткие сроки, дня в два или три по возбуждении спора, по всей справедливости, с исканием внутренней правды (*ex bono et aequo, sola veritate rei inspecta*). Тяжущиеся должны были явиться лично, без всяких адвокатов.

Судебное разбирательство не могло не вызвать письменного делопроизводства. Обычаи, по мере усложнения торговых отношений, размножались, а потому могли нередко возбуждать сомнения. Это обстоятельство вызвало необходимость записывать наиболее выдающиеся решения в книги (*statuti de' mercanti*). Решения заносились в хронологическом порядке, и потому, естественно, статуты не лишены были повторений, противоречий. Это заставляло пересматривать по временам содержание статутов и приводить их в систематический порядок. Просмотр и приведение в систему судебных решений возлагались на особых лиц (*statutarii*). Таким путем возникли сборники решений отдельных корпораций¹.

На дальнейшей ступени развития итальянских республик мы видим постепенное слияние отдельных корпораций. Совокупность их составила купеческое сословие города, *status mercatorum*. Различия прав сгладились под влиянием постоянных взаимных сношений. Из корпоративного права образовалось сословное торговое право каждого города. Право это отличалось от общего, которым руководились вообще все жители города, не тем, что оно регулировало отношения, вытекающие из торговых сделок в противоположность другим отношениям, а тем,

¹ О статутах см. S h u p f e r, *Manuale di storia del diritto italiano*, 2-е изд., 1895, стр. 319–406; L a t t e s, *Il diritto statutario*, 1887; P e r t i l e, *Storia del diritto italiano*, т. VI, изд. 2, стр. 11 и след.

что ему подчинялись купцы в противоположность остальному населению. Это было еще не *jus mercaturae*, каким оно стремится быть в настоящее время, а *jus mercatorum*. Как часть права городских жителей, оно составило часть статуты городских (*statuti civili*), и притом преимущественную, насколько торговое сословие было преобладающим в каждом городе. От этого периода сохранились сборники судебных решений, между которыми первое место по важности занимает *Decisiones Rotae Genuensis de mercatura et rebus ad eam pertinentibus*, относящийся к половине XVI века.

Итальянское торговое право на этом остановилось, дальше ему не суждено было идти. Оно так и осталось правом отдельных городов и не возвысилось на степень общего итальянского торгового права. Этому мешали политические условия, потерявшие силу лишь в нынешнем столетии. Знамя прогресса было перехвачено у итальянцев другими народами Западной Европы и прежде всего французами. Все же Италия послужила образцом, примером для подражания. Ею выработанные обычаи и учреждения были заимствованы другими нациями и легли в основание дальнейшего развития торгового права. Распространению торговых отношений и обычаев, выработанных торговой жизнью итальянских народов, немало способствовали сами итальянцы, рассеявшиеся по всей Европе ради коммерческих интересов. Итальянские банкиры соперничали с местными евреями. В Германии итальянские ростовщики слыли под именем *Sauwercini* и не пользовались особыми симпатиями местных жителей.

Что касается городов остальной Европы того времени, то следует заметить, что торговая промышленность развилась в них позднее, чем в Италии. Тем не менее, благодаря обостренным отношениям сословий, во всех городах Западной Европы торговое сословие замкнулось в крепких стенах и вело отчаянную борьбу за свою свободу и независимость. Естественным результатом враждебных столкновений между сословиями и взаимного недоверия должно было быть обособление юрисдикции, а это, в свою очередь, привело к самостоятельному развитию права каждого сословия.

Морская торговля городов, расположенных по побережью Франции и Германии, особенно городов, вошедших в состав знаменитой Ганзы, не могла не потребовать собирания господствующих обычаев. Действительно, и в этих местностях встречаем сборники морского обычного права. На Атлантическом океане, у берегов Франции и Англии, пользовался большим распространением судебник Олеронский, *Rôles d'Oléron*, которого место и время происхождения также мало известны,

как и указанного выше *Consulato del mare*, с которым он сходен по своему влиянию. Честь составления этого сборника приписывают себе как французы, так и англичане, а время составления приблизительно относят к XII–XIII векам.

На севере Европы городами ганзейского союза и другими было принято в руководство *Висбийское морское право* – сборник, имеющий характер заимствований из *Consulato del mare* и *Rôles d'Oléron*. Название свое сборник получил от города Висби на острове Готланде, представлявшем один из главных торговых пунктов Ганзейского союза. Но еще большего значения достиг другой сборник, обнимавший более широкую область торговых отношений, это *Сборник морского права Ганзы*, получивший несколько редакций, из которых последняя 1614 года, и имевший силу закона для союзных городов.

Таким образом, в то время как в Италии развивается торговое право в виде отдельных сборников для каждого города, на севере торговля привела уже к попыткам объединения начал торгового права, по крайней мере, морского. В то время как каждый город союза самостоятельно развивал свое гражданское право, потребности торгового оборота привели к объединению торгового права. Все же и здесь, как и в Италии, оно продолжает быть правом купцов – *jus mercatorum*, а не правом торговли – *jus mercaturae*. Оно распространяется на торговца не по отношению к его торговым действиям, а на купца как такового, охватывая всю его жизнь, все его отношения.

III. Ф р а н ц у з с к и й п е р и о д. Во второй половине XV столетия произошли события, которым суждено было подорвать торговое значение Италии, отнять у нее гегемонию и передать ее другим государствам, особенно Франции, ставшей во главе европейской цивилизации. На Востоке Италию поразило известие о взятии Константинополя, на Западе – нахождение нового пути в Индию и открытие новых стран. Завоевание Греции турками в 1453 году было равносильно для итальянцев закрытию пути на Восток и сообщения со странами, продукты которых составляли главный предмет торговли Венеции, Генуи, Флоренции. В конце того же столетия Васко да Гама обогнул мыс Доброй Надежды, прошел вдоль Мадагаскара и 20 мая 1498 года бросил якорь у Калькутты.

С этого времени посредничество итальянцев в торговле с Востоком оказалось бесполезным, если бы даже им и удалось вступить в договоры с турками. Открытие Америки и масса золота, привезенного оттуда в Испанию, временно оживили торговлю итальянцев, но только для того, чтобы вскоре потом еще нагляднее показать Италии, что ее роль окон-

чена. Италия осталась в стороне, а в центре очутилась Франция. Вслед за новым открытием поднялась торговля голландцев и англичан. Они снаряжали флоты, завладели колониями, образовали большие торговые компании. При таком развитии торгового могущества привилегии, которыми пользовались до сих пор ганзейские города, оказались несостоятельными и началось быстрое падение Ганзы.

Одновременно с этими внешними обстоятельствами, послужившими причиной изменения характера торговли, замены натурального хозяйства денежным, явились признаки пересоздания всего внутреннего общественного строя Европы. Идея государственности уже носилась в воздухе. Феодальный порядок был уже сильно поколеблен и с каждым днем все более терял почву под ногами. Гордые бароны один за другим склонялись перед вновь возникшей силой королевской власти, которая явилась представительницей нового государственного порядка. По мере своего усиления она подрывала традиционное значение феодального барона, сдерживала проявление его произвола в известных границах и тем давала возможность появиться на свет новым отношениям, подавленным и притаенным в прежнее время. Крепостные связи были ослаблены, множество народа вздохнуло свободнее, бросилось на те пути, где каждый мог воспользоваться своей свободой. Усиление государственной власти должно было обнаружиться прежде всего в обеспечении внутренней безопасности. Дороги стали более безопасны, притеснение со стороны сильных баронов менее страшно, благодаря возможности жалоб на них. Прекратилась замкнутость городов. Их крепкие стены сыграли свою роль: они охраняли свободу граждан и их привилегии. Пора было воспользоваться последними. Городские ворота открылись, и между городами завязались оживленные сношения.

Вся совокупность новых отношений, порожденных изменением характера торговли и государственного порядка, требовала новых юридических определений, нового права. Государственная власть обнаружила свою склонность и свое покровительство римскому праву, особенно потому, что оно как нельзя более соответствовало ее видам. В римском праве верховная власть нашла подкрепление своим притязаниям по отношению к феодализму и церкви. Римское право представляло идею порядка, подчинение единой власти в противоположность прежнему началу раздробления и сепаратизма. Проводившие его начала легисты постепенно разрушали остатки феодализма и способствовали созданию абсолютизма. В свою очередь, христианская церковь покровительствовала каноническому праву, которое, впрочем, находилось в теснейшей связи с римским правом.

Между тем торговое право, возникшее и державшееся прежде в стенах города, со времени наступившего общения между городами и умножившихся торговых сношений, вышло из своих узких рамок. Благодаря постоянному взаимному столкновению это право обнаружило сильное стремление к объединению, к уравниванию начал путем общего признания тех из них, которые наиболее соответствовали интересам торговли и торгового класса и уничтожения силы тех, которые представляли бесполезные и затрудняющие торговый оборот местные особенности. Появилась идея общего обычного торгового права.

Таким образом, явилось совместное существование трех прав – римского, канонического и торгового, между которыми столкновение было неминуемо.

Наиболее упорным врагом торговли всегда было каноническое право. Церковь неблагоприятно смотрела на эту деятельность как порождающую зависть, ненависть между ближними и благоприятствующую развитию всех дурных инстинктов человечества. Наиболее ненавистным для церкви было взимание процентов в какой бы то ни было форме. Всякую сделку, скрывающую проценты, она осуждала как противную религии. Всюду отыскивала она *palliatam usuram*, само существование торговли подвергалось сомнению. Ввиду этого торговое право, обратившее на себя особое внимание с того времени, как выступило на широкую арену, принуждено было употреблять всевозможные хитрости и уловки, чтобы скрыть от канонического права отношения, неприятные последнему и необходимые для торговли. Отсюда объясняется содержание средневекового торгового права, которое поставило своей задачей оправдать и отстоять некоторые торговые сделки, а запрещенные скрыть под именем и наружностью дозволенных. Так, запрещение взимания процентов обходилось учреждением товарищества (*participatio*), в котором кредитор занимал роль мнимого товарища; запрещение торговли с мусульманами обходилось посредством комиссионной торговли при содействии другого лица, которое брало на себя грех сношения с неверными; залог с правом пользования доходами в виде процентов скрывался под формой купли-продажи.

Не менее враждебно было отношение торгового права к римскому. Это понятно, потому что римское право было чуждо многим новым сделкам и притом было рецепировано не в своем чистом виде, а с различными примесями средневековой формации. Особенно противны торговым интересам были представители римского права – легисты, с их стремлением держаться буквы закона и договорного соглашения, с их казуистикой и мелочной придирчивостью. Притом юристы, образо-

ванные в духе уважения к римскому праву, относились с презрением ко всему, что было несогласно с ним. Римские юристы не хотели, да и едва ли это было легко для них, ознакомиться с обычным торговым правом, что, впрочем, не мешало им стремиться всюду проводить римские начала.

В этой борьбе с римским и каноническим правом еще более обрисовалась индивидуальность торгового права. Протестуя против положений общего права, оно создавало внутри себя самого все необходимые ему определения, а усиливаясь как экстенсивно, так и интенсивно, оно приобретало все более ясный внешний облик.

По мере усиления государственной власти самостоятельность городов и купеческого сословия становилась менее возможной. Но правительство, нуждавшееся в доходах вследствие увеличенных издержек на поддержание нового порядка, не могло поступать так круто и энергично с городами и купцами, как поступало оно с дворянством. Напротив, в его прямых интересах было поддержание и даже способствование развитию торговли и торгового класса. Правительству ничего более не оставалось, как взять в свои руки опеку над ними и заняться юридической защитой торговых отношений. Дело развития торгового права должно было перейти в руки правительства. Во Франции абсолютизм развился одновременно с торговлей, и потому здесь мы встречаем первые законодательные попытки регулирования торговых отношений и создания кодифицированного торгового права.

Франция, как мы уже заметили, очутилась посреди наиболее промышленных стран, Италии и Испании с юга, Англии и Голландии с севера. Это не могло не отразиться на развитии ее собственной промышленности и торговли. Под влиянием итальянских войн, которые вели французские короли начиная с Карла VIII, во Францию перешли многие отрасли производства. По пути между Италией и Северной Германией образовался целый ряд новых ярмарок, а существовавшие ранее еще более развились. Таковы ярмарки в Авиньоне, Арле, Лионе, Безансоне, городах Шампани и др. Короли одаряли их различными привилегиями, а иностранцам обеспечивали неприкосновенность их имущества. Короли обещали им свой личный суд и защиту. Но что наиболее обеспечивало интересы купцов, как иностранных, так и местных, — это ярмарочные суды (*Cours des foires*), составлявшиеся из лиц, специально назначаемых советом короля. Суды эти были временны, продолжались до окончания ярмарки, и апелляция на них не допускалась.

В противоположность Италии, инициатива законодательных мер в области торговой принадлежала не самому купечеству, а королевской

власти. Однако короли продолжали держаться того воззрения, что торговля и промышленность могут процветать лишь при корпоративном устройстве торгового сословия и известной доле автономии. Генрих III указом 1581 года напомнил всем купцам и вообще торговым людям, всем ремесленникам, жившим в городах и местечках, чтобы они не забывали записываться в корпорации, гильдии и цехи. Когда на собрании генеральных чинов 1614 года был поднят вопрос об уничтожении корпораций, вопрос этот потерпел полное поражение; мера была признана несвоевременной и опасной для всей промышленности. В ноябре 1563 года учрежден был первый постоянный коммерческий суд в Париже. В указе не были упомянуты нормы права, которыми должен был руководствоваться вновь учрежденный суд, но римскому праву во всяком случае здесь не было места, потому что состав суда был выборный от купечества. Короли, несмотря на всю свою симпатию к римскому праву, не могли не сознавать неприменимости его к торговому сословию, которое издавна привыкло руководиться в своих взаимных отношениях обычаями.

Между тем одним из купцов, имя которого осталось неизвестным, составлен был в Руане сборник обычаев, относившихся к морскому страхованию, под названием *Guildon de la mer*, являющийся как бы дополнением к *Rôles d'Oléron*. Королевская власть не могла отстать на этом пути, и вот в XVII веке она берет дело торгового законодательства в свои руки и создает кодифицированное, общее для всей Франции, торговое и морское право, внушившее всеобщее удивление и уважение со стороны соседних государств. Инициатива этого дела принадлежит Кольберу. Гению этого человека Франция была обязана оживлением промышленности, улучшением финансов, которые дали возможность вести славные войны и поднять военный авторитет государства. Ему же обязана Франция тем, что в течение долгого времени ее торговое законодательство служило образцом для всех стран, пока наконец в XIX столетии Германия не отняла этой роли у Франции, которая, в свою очередь, похитила ее в свое время у Италии.

Кольбер желал остаться на почве выработанного уже и усвоенного обычного права. С этой целью на законодательную комиссию возлагалась обязанность ознакомления с местными обычаями; с этой целью в нее приглашен был известный своим знакомством с торговыми обычаями негоциант Жак Савари. Его влияние на законодательные работы было настолько велико, что сам кодекс, вышедший в мае 1673 года, назван был некоторыми *Code Savary*. Официальное название этого законодательного памятника торгового права: *Edit servant de règlement pour le*