1955

7ГП6
Е-16

О ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВѢ

ПРИ

ЗАКЛЮЧЕНІИ ЮРИДИЧЕСКИХЪ СДѢЛОКЪ.

44107

А. А. Евецкій.

Инв. №

ХАРЬКОВЪ.
Въ Университетской Типографіи.

1877.

344.164.2
Е 164

Напечатано по опредѣленію Совѣта Императорскаго Харьковскаго Университета.

Ректоръ *А. Питра.*

Библиотека
№ 21896
ФБ
Каф. Правовой
ПК

Ученіе о представительствѣ при заключеніи юридическихъ сдѣлокъ[1], не смотря на то, что въ новѣйшее время весьма часто подвергалось ученымъ изслѣдованіямъ, до сихъ поръ еще можно считать вопросомъ спорнымъ и открытымъ. Наука гражданскаго права, въ лицѣ наиболѣе извѣстныхъ ея представителей, главнымъ образомъ, нѣмецкихъ цивилистовъ (Савиньи, Іеринга, Кунце, Лабанда и др.), приложила много старапій, чтобы поставить вопросъ о представительствѣ на почву удобную для изслѣдованія и окончательнаго разрѣшенія.

Быть можетъ, отношенія представительства показываютъ съ наибольшею ясностью, что далеко не всегда современная граж-

[1] Литература. *Buchka*, Die Lehre v. d. Stellvertretung bei Eingehung v. Verträgen (здѣсь-же подробныя указанія древнѣйшей литературы, § 15—21). *Ruhstrat*, Bemerkungen über aussergerichtliche Repräsentation (Arch. f. Old. Rechts. I. H. I, № 2. S. 12). *Ruhstrat*, Verantwortlichkeit d. Mandatare — inwiefern haftet heutzutage der Mandatar aus den Verträgen, die er als solcher geschlossen hat? (Arch. f. civil. Praxis. 30. Heft 3. S. 340). *Brinz*, Kritische Blätter. Nr 2. *Mühlenbruch*, Die Lehre v. d. Cession d. Forderungsrechte (3-te Aufl.) §§ 5, 9—14. *Schmid*, Die Grundlehren d. Cession. I, §§ 38—46. S. 374—449. *Dernburg*, Heidelb. Krit. Zeit. I. S. 1—21. *Ihering*, Mitwirkung f. fremde Rechtsgeschäfte (Jahrb. f. Dogmatik. I. S. 273. II. S. 67). *Scheurl*, Stellvertretung, insbe-

данская жизнь можетъ довольствоваться чуждыми ей опредѣленіями римскаго права. Въ римскомъ правѣ самая идея представительства выражалась весьма слабо; она получаетъ полное раскрытіе только въ современныхъ правоотношеніяхъ. Однакожъ, нельзя думать, что и римской жизни, и ея бытовымъ условіямъ была чужда потребность представительства и, подобно нѣкоторымъ ученымъ [1], доказывать, что различіе римскаго и современ-

sondere bei Begründung von Obligationen (Krit. Uebersch. I. S. 315). *Laband*, Die Stellvertretung bei d. Abschluss von Rechtsgeschäften nach allgemein. Deutsch. Handelsgesetzbuch (Zeit. f. Handelsrecht. S. 183—241). *Schlimann*, Krit. Bemerkungen zum Entw. des H. G. B. *Unger*, Die Verträge zu Gunsten Dritter. *Kuntze*, Die Obligation. §§ 65—74 (Die obligatorischen Gestaltungen der Stellvertretung, Cession und Schuldüberweisung). *Busch*, Doctrin und Praxis über die Gültigkeit d. Verträge zu Gunsten Dritter. *Heimbach*, Rechtslexikon. XII. S. 797. *Seuffert*, Die Lehre von d. Ratihabition. *Bähr*, Jahrb. f. Dogmatik. VI. S. 131. *Windmüller*, Beitrag zur Erl. d. Preuss. Rechts. X. S. 214. *Zaun*, Arch. f. Pract. R. I. S. 32. *Savigny*, Syst. d. heut. R. R. III. § 113. S. 90 — 98 и Obligationenrecht. II. §§ 54—60. S. 21—84. *Puchta*, Pandekten, und Vorlesungen. §§ 273 — 279, и Cursus d. Institutionen. II. § 203. *Vangerow*, Pandekten. III. §§ 608 и 661. *Sintenis*, D. practische g. Civilr. II. § 102. *Windscheid*, Pandekten, §§ 73, 74 и 313. *Keller*, Pandekten. § 61. *Unger*, Oest. Privatr. II. § 90. *Wächter*, Würt. Privatr. II. § 88. *Förster*, Theorie und Praxis d. Preuss. Privatr. I. S. 194—199 и § 75. *Beseler*, Die Lehre v. d. Erbverträgen. I. Th. 2. S. 60—85, и Syst. II. § 118. *Mittermaier*, Grundsätze d. g. deut. Privatr. § 55. *Thöl*, Handelsrecht. I. §§ 20 — 33 (1-te und 2-te Aufl.). *Brinz*, Pandekten. II. S. 1593 — 1630. *Unterholzner*, Quellenmässige Zusammenstellung d. Lehre d. röm. Rechts v. d. Schuldverhältnissen. I. S. 186. *Molitor*, Les obligations en droit romain. I. S. 95. *Ruhstrat*, Ueber Savigny's Lehre v. d. Stellvertretung. *Ruhstrat*, Ueber Stellvert. ohne Vollmacht. Jahrb. f. Dogm. X. S. 211.

[1] *Laband*, Zeitschr. f. Handelsrecht. X. S. 186. Der Gegensatz

наго института представительства объясняется этическими основаніями. Напротивъ, вся та сложная система ухищреній, которыми изобилуетъ по вопросу о представительствѣ преторское право съ его utiles и adjectitiae qualitatis actiones, наглядно доказываетъ, какъ много стараній должна была приложить юридическая практика, а впослѣдствіи и положительное право, чтобы, минуя институтъ представительства, удовлетворить требованіямъ гражданской жизни лишь его суррогатами. Конечно, подобная юридическая несообразность имѣла свои основы въ строгомъ консерватизмѣ римскаго права и его постоянномъ стремленіи сохранять древнія формы jus civile. Но современному праву слѣдуетъ принять совсѣмъ другую формулу представительства, чѣмъ ту, какую знало римское право, ибо институтъ рабства, имущественное безправіе членовъ римской семьи подъ поглощающимъ вліяніемъ paterfamilias'a, какъ факты, служившіе римлянамъ главнымъ основаніемъ для косвеннаго удовлетворенія требованіямъ представительства въ юридическихъ отношеніяхъ, совершенно чужды современному гражданскому быту [1]. Поэтому кон-

zwischen dem römischen Recht und dem heutigen ist aber überhaupt nicht mit logischer Abstraction zu beseitigen, sondern er beruht auf der Ethik; er ist nicht eine Folge des Obligations-Begriffs, sondern der ethischen Würdigung der freien Persönlichkeit und ihres Willens.

[1] Даже actiones exercitoria et institoria были построены въ римскомъ правѣ по масштабу подвластныхъ отношеній — actio quod jussu. Gai. IV. 7. О значеніи этого иска см. *Buchka*, Stellvertr. §§ 4 — 5; *Windscheid*, Pandekt. II. § 482, Anm. 6. Бухка даетъ особенно подробную обработку вопроса о представительствѣ по древнему римскому праву. Ibid. §§ 1—14. S. 1—120; *Шмидъ*, Die Grundlehren der Cession. §§ 38—46. S. 374—466. Но вѣрныя положенія представительства при договорахъ по римскому праву впервые выставилъ Мюленбрухъ, Die Lehre v. d. Cession. 3-te Aufl. §§ 5, 9.

струированіе вопроса о представительствѣ согласно духу римскаго права, которое мы встрѣчаемъ у Пухты[1] и Теля[2] (стремленіе къ подобной же конструкціи замѣтно у Мюленбруха[3] и Синтениса[4]), не можетъ разсчитывать на сочувствіе, такъ-какъ оно несогласно съ бытовою стороной института представительства или его фактическою природой[5]: если римское право считало всякаго представителя субъектомъ заключаемой имъ сдѣлки, то оно далеко расходится съ современнымъ правомъ, которое единственнымъ контрагентомъ сдѣлки признаетъ принципала[6-7]. Такъ-что съ внѣшней стороны современное представительство характеризуется тою формулой, которую очень удачно выразилъ Бринцъ—

> «Das Eigenthümliche dieses Institutes: dass der Handelnde in die Lage des Nichthandelnden, und der Nichthandelnde in die des Handelnden kommt».
>
> *Brinz*, Kritische Blätter. N-r 2. S. 7.

I.

Съ понятіемъ о представительствѣ всегда соединяется понятіе о дѣйствіи, которое одно лицо (представитель) совершаетъ именемъ другаго (принципала). Свойствомъ дѣйствія и его непосредствен-

[1] Lehrbuch. § 273.

[2] Handelsrecht (2-te und 3-te Aufl.) §§ 24—30.

[3] Lehre v. d. Cession. §§ 9—14.

[4] Practische Civilrecht. II. S. 366. *Vangerow*, Pand. III. § 608.

[5] Объ этомъ говоритъ *Шерлъ*, Kritsche Uebersch. I. S. 315. Kaum hat in einer andern Rechtslehre die moderne Rechtswissenschaft mit dem römischen Rechte so mühsam zu ringen gehabt, als in die Lehre von der Stellvertretung, besonders im Gebiete des Obligationenrecht.

[6] Мы будемъ называть этимъ именемъ представляемое лицо.

[7] Нельзя не остановиться на замѣчаніи *Лабанда* (Zeit. f. Handelsrecht. X. S. 185), который основываетъ фактъ существованія

ными послѣдствіями опредѣляется характеръ самаго представительства: если дѣйствіе оставляетъ по себѣ только фактическіе слѣды, то и представительство въ такомъ случаѣ будетъ фактическое; напротивъ, если одно лицо предпринимаетъ именемъ другаго дѣйствіе, производящее извѣстное измѣненіе въ сферѣ правоотношеній, то такое лицо явится уже съ признаками юридическаго представительства. Изъ этого слѣдуетъ, что представительство фактическое и юридическое принципіально тождественны и различаются только по своимъ объективнымъ послѣдствіямъ. Еще шире понимаетъ представительство Бринцъ[1]: онъ опредѣляетъ представительство какъ «Vollführung fremder Geschäf-

представительства въ высказанномъ нами духѣ на соображеніяхъ о государственныхъ и международныхъ отношеніяхъ: Die logische Möglichkeit einer Vertretung wird schon durch einen Blick auf das Staatsrecht und Völkerrecht dargethan; Rechte und Pflichten, die ihrer Natur nach nur Staaten erwerben und auf sich nehmen können, werden durch Verträge von Beamten begründet und es ist in diesen Fällen doch wohl noch weniger mit der Logik verträglich, anzunehmen, dass diese Rechte und Pflichten in der Person der Minister, Gesandten und andern Beamten entstehen und von diesen erst auf die Staaten hinsichtlich ihrer materiellen Wirkung übergehen. Такой пріемъ Лабанда искать основаній разумности и цѣлесообразности институтовъ гражданскаго права за предѣлами частныхъ отношеній въ области публичнаго права заслуживаетъ особаго вниманія; тѣмъ болѣе, что въ послѣднее время онъ повторился у Ляссона относительно moralische Personen въ его соч. Princ. d. Völkerr. S. 59 такъ-же поступилъ Савиньи относительно unvordenkliche Zeit. System. IV. S. 482.

[1] Kritische Blätter. S. 4. Nr. 2. Не смотря на нападки *Іеринга* (Jahrb. I. S. 277) Бринцъ не измѣнилъ своего взгляда на представительство, и «въ Пандектахъ», на стр. 1596, онъ говоритъ: Fehler aber war es keiner, wenn ein «neuerer Schriftsteller» einst auch in der Verrichtung gemeiner Geschäfte Stellvertretung fand.

te nicht nur der Wirkung, sondern auch dem Willen nach»[1]. Но въ этомъ опредѣленіи, а еще больше въ тѣхъ примѣрахъ, которыми оно поясняется (Krit. Blätter. Nr. 2. S. 5. — so bin ich auch Stellvertreter, wenn ich eines Anderen Schulden schenkungsweise zahle. Bei dem Taglöhner, der auf fremdem Boden arbeitet, ist alles was zu einem Stellvertreter gehört), Бринцъ смѣшалъ два понятія — представительство и совершеніе дѣйствія въ пользу третьяго лица. Подобное упущеніе во всякомъ случаѣ весьма существенно: подъ опредѣленіе Бринца о представительствѣ подойдутъ самыя разнообразныя отношенія фактическихъ услугъ и простого раздѣленія труда[2]. Что-же касается смѣшиванія Бринцемъ фактическаго представительства съ юридическимъ (о которомъ такъ много распространяются Шерль и Іерингъ), то оно вовсе не является столь гибельнымъ для самой идеи представительства: все различіе сводится къ послѣдствіямъ, которыя оставляетъ представительство того или другого характера. Въ примѣрѣ, приведенномъ у Мейера[3], ясно

[1] Опредѣленію Бринца, по-видимому, слѣдуетъ Ферстеръ—Theorie d. Preuss. Rechts. I. S. 196. Anm. 13; также II т. S. 299: «Koch definirt den Vollmachtsauftrag zu eng, indem er ihn nur auf Rechtsgeschäfte beschränkt».

[2] Противъ Бринца *Шерль* (Krit. Uebersch. I. S. 317), который упрекаетъ Бринца за то, что онъ «bloss factische Stellvertretung mit der juristischen vermengt, während alle andern neueren Schriftsteller stets unter Stellvertretung die letztere allein verstehen. *Ihering*, Jahrb. I. 277, Anm. 4. *Unger*, Oest. Pr. II. § 90. *Laband*, Zeit. f. Handelsr. X. S. 188.

[3] Курсъ гражданскаго права. II, стр. 555 (4-е изд.). *Ферстеръ*, Theorie und Praxis d. preuss. Rechts. II т. § 141. S. 297. — Für das Mandat ist nämlich ein Moment charakteristisch, welches der Dienstmiethe fehlt: die Stellvertretung .... Rechtsgeschäfte gehören hierher und sind am häufigsten, aber nicht allein Gegenstand des Auftrags.

можно видѣть, что дѣйствіе представителя не оставляетъ по себѣ никакихъ юридическихъ послѣдствій, никакой перемѣны въ сферѣ правоотношеній представляемаго лица, а одни только фактическія послѣдствія.

Главнымъ критеріемъ при опредѣленіи представительства Бринцъ считаетъ самостоятельное веденіе чужого дѣла, причемъ «Ein fremdes Geschäft ist aber dasjenige nicht, bei dem derjenige, dessen es ist, selbst als Parthei auftritt (S. 5 Krit. Blätt.). Но это опредѣленіе, не смотря на всю свою темноту, захватываетъ множество отношеній, совершенно чуждыхъ области представительства; главнымъ же образомъ, оно не даетъ возможности отличать представительство отъ дѣйствій въ пользу третьихъ лицъ. Хотя Бринцъ (S. 5 Krit. Blätter) и спѣшитъ оговориться, что онъ не подводитъ подъ понятіе представительства напр. поручительство[1], которое, по его мнѣнію, слѣдуетъ считать договоромъ въ пользу третьихъ лицъ, но этимъ онъ спасъ только юридическое представительство, фактическое же представительство, которое самъ Бринцъ впервые сталъ допускать въ отношеніяхъ между лицами, онъ не различаетъ отъ тѣхъ услугъ, которыя всего чаще порождаются договоромъ личнаго найма. Поэтому, соглашаясь съ Бринцемъ въ томъ, что представительство выходитъ за предѣлы юридическихъ отношеній, мы, однакожъ, не можемъ принять его опредѣленія. Мы утверждаемъ, что представительство всегда характеризуется дѣйствіемъ, которое одно лицо (представитель) предпринимаетъ именемъ другого (принципала), т. е. существеннымъ признакомъ представительства является дѣйствіе, предпринимаемое представителемъ согласно волѣ или намѣренію принципала. При этомъ

[1] Такъ-какъ договоръ въ пользу третьихъ лицъ не представляется съ юридической точки зрѣнія — Vollführung fremder Geschäfte. *Brinz*, Krit. Bl. II. S. 5.

намѣреніе принципала не есть только мотивъ дѣйствія, но представляетъ собою его моментъ. Слѣдовательно, дѣйствіе представителя имѣетъ два субъективныхъ отношенія: взятое отдѣльно, оно заключаетъ въ себѣ всѣ необходимые элементы, въ отношеніи же принципала оно составляетъ лишь видимый corpus его намѣренія, такъ-какъ представитель, хотя и выразилъ въ этомъ дѣйствіи свою волю, но волю квалифицированную намѣреніемъ принципала. И такъ, мы далеки отъ того, чтобы считать представителя механическимъ орудіемъ (blosses Werkzeug. *Savigny*, Oblig. II. S. 57) представляемаго: лицо можетъ сдѣлаться органомъ посторонней воли только въ случаяхъ физическаго насилія, но никакое нравственное вліяніе, даже моральное принужденіе, не въ состояніи убить волю лица и сдѣлать его орудіемъ принуждающаго—tamen coactus voluit, въ такихъ случаяхъ говорили совершенно вѣрно римскіе юристы. Представитель точно такъ-же, хотя и находитъ въ намѣреніи принципала мотивъ и точное опредѣленіе своего дѣйствія, однакожъ, выражаетъ свою собственную волю, усваивая при этомъ то направленіе, какое ей сообщаетъ воля принципала. Но такъ-какъ дѣйствіе представителя составляетъ желанныя послѣдствія намѣренія принципала, то оно, послѣ момента совершенія, и должно быть разсматриваемо исключительно съ точки зрѣнія этого послѣдняго, какъ corpus его воли и, слѣдовательно, оставаясь внѣ всякой связи съ представителемъ, имѣть для себя единственнымъ субъектомъ—принципала. Вся эта внутренняя конструкція представительства можетъ быть выражена въ выставленной уже нами формулѣ: быть представителемъ значитъ совершать дѣйствіе именемъ другого.

Современное право, согласно этимъ внутреннимъ признакамъ отношеній представительства, принимаетъ и въ юридическихъ сдѣлкахъ, совершаемыхъ именемъ другого, мотивъ дѣйствія представителя за отдѣльный моментъ; разсматриваетъ все дѣйствіе только въ отношеніи принципала и притомъ — какъ corpus его намѣренія.

Сообщая такую конструкцію отношеніямъ представительства, вовсе не надо прибѣгать къ помощи ни на чемъ не основанныхъ фикцій, которыхъ справедливо избѣгаютъ нѣкоторые ученые[1]: право въ случаяхъ представительства признаетъ субъектомъ дѣйствія не чуждое его происхожденію лицо, но лицо, предпринявшее одинъ изъ моментовъ этого дѣйствія. Только съ внѣшней стороны представительство характеризуется тѣмъ, что лицо недѣйствующее становится въ положеніе дѣйствующаго и, наоборотъ, лицо дѣйствующее — въ положеніе недѣйствующаго[2].

При анализѣ института представительства невозможно обойдти тѣхъ отношеній, которыя имѣютъ съ нимъ неразрывную связь. Если въ новѣйшее время ученые совершенно основательно отличаютъ отъ представительства различные виды участничества и содѣйствія при сдѣлкахъ, то, съ другой стороны, они впадаютъ въ крайность, не находя всѣхъ признаковъ представителя въ нунціи. Особенно же энергично заговорилъ въ послѣднее время Іерингъ[3] противъ объединенія понятій нунція и представителя, и для проведенія своей теоріи онъ устанавливаетъ особыя категоріи участія при юридическихъ сдѣлкахъ[4]. Іерингъ не считаетъ за представителей тѣхъ лицъ, которыя предпринимаютъ вмѣсто другихъ и именемъ другихъ дѣйствія, неоставляющія юридическихъ послѣдствій — Wie Noth es thut, diese Bemerkung zu betonen, zeigt das Beispiel eines neuern

---

[1] *Kuntze*, Die Obligation und die Singularsuccession. § 67. S. 272.

[2] *Brinz*, Krit. Blätter. S. 7. 2.

[3] *Ihering*, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte. Jahrb. f. Dogmatik. I. S. 273. VII.

[4] Jener Verhältnisse sind drei:
1) Factische Mitwirkung bei einem fremden Rechtsgeschäft (der Gehülfe);

Schriftstellers (очевидно, Бринца) über die Stellvertretung, der von einer Stellvertretung in Geschäften, die keine Rechtsgeschäfte sind, spricht»[1]. Объявивъ протестъ противъ допущенія представительства за предѣлами юридическихъ отношеній, Іерингъ, далѣе, при заключеніи всякой юридической сдѣлки, усматриваетъ два рода дѣйствій: фактическія и юридическія: «только съ послѣдними, говоритъ онъ, можетъ соединяться понятіе о представительствѣ, если они совершаются однимъ лицомъ вмѣсто другого и во имя другого — Anstatt und in Namen des Principals». Лица же предпринимающія, хотя и съ сохраненіемъ этихъ условій, дѣйствія, составляющія только фактическій элементъ сдѣлки, а не являющіяся для нея юридически необходимыми, съ точки зрѣнія Іеринга, представляются только фактическими пособниками (Gehülfe). «Но и юридическое содѣйствіе при сдѣлкахъ можетъ или оставаться только простымъ участіемъ (Theilnehmer), если лицо не дѣйствуетъ самостоятельно вмѣсто другого, а только помогаетъ главному лицу (dem Principal), или же составляетъ близкій къ представительству образъ, отличающійся отъ него тѣмъ, что лицо хотя и дѣйствуетъ вмѣсто другого, но какъ самостоятельный контрагентъ — suo nomine». Установляемые Іерингомъ разряды содѣйствія при сдѣлкахъ, хотя въ существѣ своемъ представляютъ повтореніе началъ прежде высказанныхъ теорій, заслуживаютъ, однакожъ,

2) Juristische Mitwirkung an demselben und zwar: erster Fall: neben dem eigentlichen Subjecte desselben (dem Principal) oder die Theilnahme im eigentlichen Sinn.

3) Zweiter Fall: anstatt des Principals, aber ohne Abschluss des Geschäfts auf dessen Namen (der Ersatzmann).

— Der dritte Fall dieser Mitwirkung begrifft die Stellvertretung, oder Abschluss des Geschäfts anstatt und in Namen des Prinzipals. Jahrb. I. S. 274.

[1] Ibid. S. 277. Anm. 4.

особаго вниманія по своему направленію и категорической постановкѣ[1]. Заключеніе сдѣлки, говоритъ Іерингъ[2], нерѣдко требуетъ физическаго содѣйствія третьихъ лицъ, особенно если сдѣлка заключается между отсутствующими: примѣромъ фактическаго содѣйствія можетъ служить дѣятельность слуги, принимающаго вещь въ присутствіи господина, лица, переписывающаго доказательство договора, толмача, передающаго объясненіе сторонъ, и пр. Во всѣхъ этихъ случаяхъ стороны сами заключаютъ договоръ, и вышеприведенныя лица оказываютъ услуги чисто физическаго свойства: они остаются чуждыми и неприкосновенными къ сдѣлкѣ — Sie sind nichts als communicative Instrumente und bleiben dem Rechtsgeschäft völlig fremd[3]. — Для сдѣлки, далѣе, безразличны субъективныя къ ней отношенія этихъ лицъ — ихъ bona и mala fides. Такимъ-же фактическимъ характеромъ отличается дѣятельность нунція (Bote) при заключеніи договора между отсутствующими, такъ-какъ и онъ не проявляетъ юридической дѣятельности — «роль нунція можетъ также удачно исполнить ученый попугай или дрессированное животное, передающее пакетъ или письмо заинтересованному контрагенту сдѣлки». Раздѣленіе Іеринга, устанавливающее двѣ группы дѣйствій при заключеніи юридическихъ сдѣлокъ, не представляетъ даже хорошей схемы для вывода правильнаго заключенія о различіи представителя и нунція и, конечно, оно далеко не рѣшаетъ этого вопроса, являющагося весьма спорнымъ въ системѣ ученія о представительствѣ.

[1] О юридическомъ содѣйствіи говорилъ Бринцъ въ Krit. Blätter Nr. 2. S. 5 (Stellvertreter und Beistand). Понятіе Ersatzmann Іеринга было извѣстно до него подъ именемъ mittelbare Stellvertretung (Бринцъ); stiller Stellvertreter (Сигель). *Kuntze*, Obligation und Singul. Success. S. 274.

[2] Jahrb. I. S. 278.

[3] Ibid. S. 279.

Прежде всего возникаетъ вопросъ — можно ли согласиться съ Іерингомъ и признать такое безусловное раздѣленіе дѣйствій при всѣхъ юридическихъ сдѣлкахъ на фактическія и юридическія? На этотъ вопросъ слѣдуетъ отвѣчать утвердительно. Лабандъ[1] дѣлаетъ вовсе неубѣдительныя замѣчанія, говоря, что и фактическіе элементы сдѣлки при извѣстныхъ обстоятельствахъ могутъ пріобрѣсть юридическое значеніе и, на-оборотъ, дѣйствія съ формальными юридическими признаками могутъ иногда низойдти на степень фактическихъ: «такъ наприм., говоритъ Лабандъ, воля и ея выраженіе имѣетъ несомнѣнно юридическое значеніе, существенное для сдѣлки, но, будучи недостаточно или неправильно выражена, она теряетъ свое первоначальное значеніе; точно такъ-же и дѣятельность толмача, нотаріуса или нунція имѣетъ и свое юридическое значеніе, такъ - какъ она способствуетъ выраженію воли контрагентовъ». Не смотря на эти замѣчанія Лабанда, на поставленный нами выше вопросъ все-таки слѣдуетъ отвѣчать утвердительно: Іерингъ, раздѣляя дѣйствія при сдѣлкахъ на юридическія и фактическія, имѣлъ въ виду ближайшія ихъ послѣдствія и ихъ непосредственное вліяніе. Никто не станетъ отрицать, что, при извѣстной комбинаціи фактовъ, и чисто фактическій, даже болѣе, инстинктивный пріемъ можетъ оставлять юридическія послѣдствія и измѣнить status quo правоотношеній, но вслѣдствіе одного этого онъ, однакожъ, не пріобрѣтаетъ свойствъ юридическаго дѣйствія.

Классификація Іеринга, будучи объективно вѣрною, никакъ не можетъ подтвердить основной идеи этого ученаго—что нунцій отличается отъ представителя свойствомъ предпринимаемаго имъ дѣйствія. Іерингъ невѣрно опредѣлилъ самое понятіе нунція,

[1] Zeitschr. f. Handelsrecht. X. 191. Nicht darauf kommt es also an ob eine Handlung juristisch oder nur thatsächlich von Bedeutung ist; es ergiebt keine Handlung, der man äusserlich ansehen kann, ob ihr die eine oder andere Bedeutung zukommt.

какъ пособника (Gehülfe) въ сдѣлкахъ: въ самомъ дѣлѣ, по мнѣнію Іеринга, нунцій совершаетъ «фактическія дѣйствія, чуждыя самой сдѣлкѣ, т. е. неявляющіяся для нея юридически необходимыми»; слѣдовательно, дѣйствія, имѣющія самостоятельное значеніе и внутренне несвязанныя съ самою сдѣлкой, ибо польза, которую доставляютъ эти дѣйствія сдѣлкѣ, порождаютъ только внѣшнюю связь ихъ съ нею[1]. Слѣдовательно, далѣе, тотъ фактическій дѣятель, которымъ Іерингъ считаетъ и нунція, совершая свое дѣйствіе, не является пособникомъ, а отдѣльнымъ дѣятелемъ, ибо его фактическое дѣйствіе имѣетъ само по себѣ самостоятельное значеніе, тогда-какъ дѣйствіе юридическаго участника (Theilnehmer) не только въ отношеніи настоя-

[1] Если на этомъ только основаніи считать одно дѣйствіе элементомъ (*Іерингъ*, Jahrb. I. S. 274) другого, тогда надо принимать, что и дѣятельность лицъ, подготовляющихъ сдѣлку, напр. маклеровъ (Unterhändler), также представляется составною частью дѣйствій будущихъ контрагентовъ; и, слѣдовательно, считать, съ точки зрѣнія Іеринга, и этихъ лицъ нунціями. Но теорія права совершенно основательно различаетъ Unterhändler'овъ не только отъ нунція, но и отъ подставныхъ лицъ — Zwischenperson. — Aus dem Begriff der Stellvertretung ergiebt sich zugleich der Unterschied zwischen dem Vertreter und dem Unterhändler. Der Unterhändler als solcher betheiligt sich bei dem eigentlichen Geschäftsabschluss gar nicht, weder indem er seinen eigenen Willen erklärt, wie der Stellvertreter, noch indem er den Willen des Auftraggebers ausspricht, wie der Bote; er bereitet nur den Willen zweier Personen durch seine Thätigkeit dergestalt vor, dass diese beiden Personen dann mit einander contrahiren können. Dies schliesst aber nicht aus, dass der Mäkler, wenn er diese vorbereitende Thätigkeit mit Erfolg ausgeübt hat und die Contrahenten unter seinem Einfluss willenseinig geworden sind, dann zugleich als Bote die Erklärung des gegenseitigen Contractswillens den Parteien überbringt, bisweilen auch als Stellvertreter Namens einer Partei das Geschäft mit der andern abschliesst. — *Laband*, Zeitschr. f. Handelsrecht. X. S. 193. 3.

щихъ контрагентовъ представляется несамостоятельнымъ, но и взятое отдѣльно не имѣетъ никакого значенія. Характеръ такого самостоятельнаго дѣйствія, которое совершаетъ фактическій участникъ (по мнѣнію Іеринга — и нунцій), будетъ опредѣляться въ каждомъ данномъ случаѣ спеціальною причиной, главнымъ образомъ тѣмъ—будетъ ли совершаться фактическое дѣйствіе именемъ посторонняго лица, или же, если намѣреніе постороннаго лица не составитъ его момента, дѣйствіе будетъ совершено именемъ самого дѣятеля, безъ всякихъ признаковъ представительства. Въ послѣднемъ случаѣ намѣреніе главнаго контрагента въ отношеніи фактическаго участника (нунція) будетъ представляться не моментомъ его дѣйствій, но выраженіе этого намѣренія составитъ только цѣль ихъ (см. стр. 15 прим. 1). — Но даже, если согласиться съ Іерингомъ, что дѣйствія фактическаго участника составляютъ элементъ сдѣлки и что нунціями будутъ лица, предметъ дѣйствій[1] которыхъ составитъ — überbringen einer Willenserklärung oder einer Sache, и тогда вопросъ о различіи нунція и представителя нисколько не разрѣшится, ибо теорія Іеринга не даетъ отвѣта на вопросъ — какъ смотрѣть на того нунція, который не только передаетъ другому контрагенту опредѣленное намѣреніе принципала, но вмѣстѣ съ этимъ употребляетъ форму, имѣющую юридическое значеніе для самаго дѣйствія контрагентовъ.

И такъ, слѣдовательно, формальный критерій, выставленный Іерингомъ[2], не даетъ возможности отличать нунція отъ представителя.

Относительно третьихъ лицъ нунцій ничѣмъ не отличается отъ представителя, такъ-какъ оба они совершаютъ дѣйствіе

[1] Конечно, фактическихъ.

[2] Förster поддержалъ, по-видимому, выставленный Іерингомъ критерій — Theorie und Praxis d. Preuss. Privatr. I. S. 194. Anm. 1.

именемъ своего принципала[1]. Различіе между ними не идетъ далѣе внутреннихъ отношеній ихъ къ принципалу. Сущность представительства состоитъ въ томъ, что дѣйствія одного лица представляютъ видимый corpus намѣренія другого, почему и всѣ послѣдствія этого дѣйствія, не касаясь дѣйствующаго лица, распространяются исключительно на лицо постороннее — представляемое. Основаніемъ такого, во всякомъ случаѣ экстраординарнаго вида отношеній, должна всегда являться спеціальная причина, выражающаяся въ договорѣ или соглашеніи между представляемымъ и представителемъ[1]. Этимъ соглашеніемъ опредѣляется и матеріальное содержаніе того дѣйствія, какое имѣетъ предпринять представитель, который этимъ договоромъ вводится въ опредѣленные предѣлы; ихъ переступить онъ не можетъ безъ нарушенія своего полномочія. Но такъ-какъ принципалъ, дающій полномочіе, не можетъ предвидѣть детально всѣхъ обстоятельствъ и фактовъ, могущихъ повліять на всю сумму предпринимаемыхъ представителемъ дѣйствій, то онъ неизбѣжно долженъ оставить представителю извѣстную степень свободы для самостоятельнаго расположенія его дѣйствій. Въ извѣстныхъ случаяхъ эта свобода бываетъ только кажущаяся: она не направлена на существованіе возможности выраженія самостоятельнаго намѣренія представителя въ заключаемой имъ сдѣлкѣ, а только на опредѣленіе того, должно ли осуществиться въ данномъ случаѣ усвоенное представителемъ намѣреніе принципала. Здѣсь представителю помогаютъ духъ полномочія и логическое раскрытіе его опредѣленій. Но въ тѣхъ случаяхъ, когда представитель получаетъ общее полномочіе (procurator omnium rerum, представитель юридическаго лица) и когда свобода его

[1] Лицо же, не совершающее дѣйствія именемъ принципала, не будетъ нунціемъ: поэтому слѣдуетъ различать два часто смѣшиваемыя понятія—нунція и лица, совершающаго фактическое дѣйствіе въ пользу другого.

между нунціемъ и представителемъ, находя его въ большей или меньшей опредѣленности уполномочивающаго договора, въ позднѣйшее время защитникомъ и лучшимъ ея выразителемъ является Шлиманъ[1]. Новѣйшіе ученые, непринявшіе теоріи Іеринга, уклоняются и отъ воззрѣній старой школы, съ которою, однакожъ, они сходятся по результатамъ своихъ мнѣній, признавая, что нунцій представляется органомъ (Träger eines fremden Willens) принципала, въ то время, какъ представитель, совершая юридическія сдѣлки, выражаетъ свою собственную самостоятельную волю[2]. Савиньи[3], вопреки всѣмъ выраженнымъ теоріямъ,

[1] *Schlimann*, Krit. Bemerk. S. 14.

[2] *Laband*, Zeit. f. Handelsrecht. S. 192 (эта самостоятельность воли представителя должна быть только формально, а не матеріально?).

[3] *Savigny*, Obligationenrecht. II. S. 57. Мы позволяемъ себѣ привести въ подлинникѣ главнѣйшія основанія теоріи Савиньи, послужившей образцомъ для теорій послѣдующихъ ученыхъ, которые (Шерль) измѣнили ее только въ частностяхъ, нисколько не измѣнивъ главной ея идеи — « Die Benennung des Boten (nuncius), und die stets wiederkehrende Zusammenstellung desselben mit dem Briefe, führt leicht zu einer sehr beschränkten Auffassung dieses Begriffs. Der Brief ist ein bewusstloses und willenloses Werkzeug und das kann unstreitig der Bote auch sein. Wenn ich ein Pferd kaufen will, der Verkäufer fordert Hundert, ich kann mich dazu nicht entschliessen, wir gehen ohne Vertrag auseinander, ich sende aber nachher einen Boten mit der Erklärung, dass ich in die Forderung meines Gegners eingehe, so überbringt der Bote mein ja — Wort, ohne zu wissen, wovon die Rede ist; er ist also ein bewusstloses und willenloses Werkzeug vollig wie ein Brief (см. стр. 15 прим. I).

Es ist aber gar kein Grund vorhanden, bei diesem höchst beschränkten Fall stehen zu bleiben. Wenn ich dem Boten sage, wovon die Rede ist, so dass er nicht das blose Ja — Wort, sondern den vollständigen Inhalt meiner Willenserklärung überbringt, so ist

21896

— —

дѣйствій очевидна, отношенія представительства могутъ быть объяснены только предварительною ратигабиціей, которую заранѣе даетъ принципалъ относительно всѣхъ дѣйствій, предпринятыхъ представителемъ въ духѣ общаго полномочія[1].

Если же порученіемъ принципала опредѣляется его намѣреніе детально, то представитель въ такихъ случаяхъ будетъ нунціемъ. Мы видѣли, что самостоятельность дѣйствій представителя всегда обусловлена невозможностью заранѣе детально предвидѣть всѣхъ фактическихъ комбинацій, вліяющихъ на осуществленіе полномочія; чѣмъ, слѣдовательно, сложнѣе содержаніе уполномочивающаго договора, тѣмъ можетъ быть шире свобода дѣйствій представителя. Если же объектъ порученія составляетъ не сумма дѣйствій, а лишь единичное дѣйствіе, то его содержаніе можетъ быть опредѣлено заранѣе весьма точно. Вотъ почему кажется, будто нунцій совершаетъ лишь фактическое, чуждое праву дѣйствіе.

Слѣдовательно, нунцій и представитель выражаютъ свою собственную волю, квалифицированную намѣреніемъ принципала; но въ то время, какъ нунцій въ уполномочивающемъ договорѣ получаетъ детальное опредѣленіе своихъ дѣйствій, представитель — только общее, вслѣдствіе чего онъ или самъ рѣшаетъ — долженъ ли онъ въ данномъ случаѣ выразить усвоенное имъ намѣреніе принципала, или же выражаетъ свое намѣреніе, которое по предварительной ratihabitio тотчасъ-же становится и намѣреніемъ принципала.

Старая теорія[2] придерживалась принципа внѣшняго различія

[1] Kuntze (Oblig. S. 271) придаетъ представителямъ юридическихъ лицъ, опекунамъ и управителямъ peculium'a — особое значеніе; vollkommene unmittelbare Stellvertretung относительно animus rem sibi habendi.

[2] *Buchka*, Die Stellvertretung bei Eing. v. Verträgen. S. 206. § 19.

доказываетъ, что представитель въ одинаковой степени является органомъ чужой воли, будетъ ли онъ нунціемъ, или же лицомъ, совершающимъ по своему свободному выбору одно изъ порученныхъ ему дѣйствій. Кажущееся отличіе нунція и представителя, съ точки зрѣнія Савиньи, объясняется только тѣмъ, что нунцій

---

derselbe nicht mehr ein bewusstloses Werkzeug (wie ein Brief), wohl aber noch immer willenlos. Niemand wird zweifeln, dass dieser Vertrag noch immer als von mir selbst geschlossen gelten muss. Gesetzt aber, ich träge dem Boten auf, den Preis wo möglich auf neunzig herunter zu handeln, im Nothfall jedoch auf Hundert einzuwilligen, so ist der Bote schon nicht mehr völlig willenlos, da ihm eine gewisse Freiheit der Wahl eingeräumt ist. Dieser Fall nun steht, wenn auf Hundert abgeschlossen wird, völlig auf gleicher Linie mit dem vorhergehenden Fall; bei dem Abschluss auf Neunzig ist eine gewisse Selbstthätigkeit des Vertreters sichtbar; dennoch wird schwerlich Jemand einen Unterschied beider Fälle zu behaupten versuchen, so dass in dem ersten Fall der Vertreter als blosser Bote erschiene, mit directer Einwirkung auf den Vertretenen, im zweiten Fall aber als Bevollmächtigter, mit der Begründung von utiles actiones für und wider den Vertretenen.

Wir wollen nun noch einen Schritt weiter gehen; gesetzt, ich habe bei einem Pferdehändler mehrere Pferde gesehen, deren Jedes besondere Vortheile und Bedenken zu haben scheint. Ich gebe nun einem Bekannten, der mehr von Pferden versteht als ich, den Auftrag, für mich dasjenige Pferd auszusuchen, das er für das passendste hält, und es in meinem Namen zu kaufen, wobei ich ihm auch mehr oder weniger Freiheit in der Bestimmung des Preises überlasse. Hier hat der Vertreter einen sehr freien Spielraum für sein Urtheil und seinen Willen. Schliesst er nun für mich den Vertrag ab, so muss er dennoch unbedenklich eben so angesehen und beurtheilt werden, wie der blosse Bote in den vorigen Fällen, welchen Namen wir ihm übrigens beilegen mögen. Denn mein, auf manichfaltige Entschlüsse gerichteter Wille, zwischen welchen der Stellvertreter die Wahl haben soll, ist ja noch immer mein Wille, und der Stellvertreter selbst erscheint in allen diesen Fällen, der

выражаетъ волю принципала bewusstlos und willenlos, а представитель, будучи также органомъ принципала, выражаетъ его волю (nicht völlig) willenlos, но не bewusstlos. Но это различіе, по мнѣнію Савиньи, не имѣетъ никакого юридическаго значенія, ибо квалификація передачи чужой воли нисколько не измѣняетъ значенія нунція и представителя — какъ Träger fremdes Willens.

Теорія Савиньи вызвала сильныя возраженія относительно главной сущности и частностей ея со стороны Теля [1], Рушграта [2], Лабанда [3] и Кунце [4]. Мы также никакъ не можемъ съ нею согласиться. Съ нашей точки зрѣнія, не вѣрна самая основная идея теоріи Савиньи: лицо можетъ сдѣлаться органомъ посторонней воли только въ случаяхъ физическаго принужденія, никакія же другія вліянія не могутъ обратить личность въ чисто механическое орудіе воли посторонняго лица — волѣ лица можно дать только извѣстное направленіе, согласно своему собственному намѣренію, но въ такомъ случаѣ никто не станетъ утверждать, что импульсъ, сообщенный постороннею волей направленію дѣйствій извѣстнаго лица, сдѣлалъ это лицо органомъ посторонней воли. Если стать на точку зрѣнія Савиньи, тогда масса дѣйствій не будетъ имѣть значенія самостоятельныхъ дѣйствій, и весьма многія дѣйствующія лица станутъ органами по-

---

anderen Partei gegenüber, als der blosse Träger meines Willens». Тель, по-видимому, укоряетъ Савиньи за поспѣшность вывода изъ этихъ частныхъ примѣровъ, далеко непокрывающихъ всѣхъ случаевъ представительства — Handelsrecht. I. S. 101 (3-te Auflage).

[1] *Thöl*, Handelsrecht. I. § 25. Anm. 2.

[2] *Ruhstrat*, Ueber Savigny's Lehre v. d. Stellvertretung. S. 21.

[3] *Laband*, Zeitsch. f. Handelsrecht. X. S. 190.

[4] *Kuntze*, Die Obligation. S. 273. § 67 (въ главѣ — Die Obligatorischen Gestaltungen der Stellvertretung).

сторонней воли, ибо въ огромномъ большинствѣ случаевъ причина дѣятельности лица лежитъ внѣ субъективной его свободы. Если представитель совершаетъ дѣйствіе именемъ своего принципала и согласно его намѣренію, то это никакъ не значитъ, что онъ является органомъ принципала; это обстоятельство доказываетъ только, что воля представителя одинаковаго направленія съ волею принципала. Эти замѣчанія находятъ для себя ясное подтвержденіе въ существованіи такихъ представителей, которые получаютъ общее полномочіе (procuratores omnium rerum)[1] и представителей юридическихъ лицъ. Воля этихъ представителей опредѣляется только схематически, въ общихъ чертахъ. Въ своемъ полномочіи представитель получаетъ общую формулу, раскрытіе которой обусловливается тою или другою комбинаціей фактическихъ отношеній. Слѣдовательно, нельзя сказать, что эти виды представителей въ предпринимаемыхъ ими дѣйствіяхъ являются орудіями посторонней воли, или что и они передаютъ эту волю только не bewusstlos, но willenlos. Хотя, съ другой стороны, нельзя также утверждать, что названные представители выражаютъ свои абсолютно самостоятельныя намѣренія: схематическое опредѣленіе ихъ дѣятельности принципаломъ (у представителей корпораціи союзомъ членовъ) доказываетъ, что воля и этихъ представителей должна выражаться въ духѣ ихъ общаго полномочія[2].

[1] *Thöl*, Handelsrecht. I. S. 102 (3-te Aufl.).

[2] Съ воззрѣніями *Рушпрата* (Bemerk.-Arch. f. Old. R. I. S. 12), *Дернбурга* (Heid. Krit. Zeit. I. S. 1) и *Шерля* (Krit. Uebersch. I. S. 317) о различіи нунція и представителя въ римскомъ правѣ и о сходствѣ ихъ въ правѣ современномъ, объ основаніяхъ этого сходства (фикціи) мы будемъ говорить при разборѣ ихъ теорій о представительствѣ въ современномъ правѣ. Теорія *Куне* (Olig. § 67) въ главныхъ своихъ основаніяхъ опирается на начала господствующей въ настоящее время теоріи (Лабандъ).

Важность отличія нунція отъ представителя, говорятъ Тель[1], Лабандъ[2] и другіе ученые, усугубляется еще часто практическими соображеніями — вопросы о дѣеспособности и различномъ состояніи воли представителя и нунція должны разрѣшаться совершенно различно. Мысль Лабанда получаетъ особое направленіе у Іеринга[3] — «даже попугай, говоритъ Іерингъ, и дрессированная собака можетъ явиться со всѣми признаками нунція». При такой постановкѣ вопроса, конечно, разрѣшается самъ собою и вопросъ о дѣеспособности нунція, которая, съ точки зрѣнія Іеринга и ученыхъ, видящихъ въ нунціи — blosses Werkzeug fremdes Willens, должна сводиться къ нулю.

Нунцій, какъ лицо, совершающее дѣйствіе, долженъ удовлетворять всѣмъ требованіямъ относительно дѣеспособности и правоспособности для того, чтобы его дѣйствіе могло сдѣлаться юридическимъ фактомъ. Правоспособность, какъ юридическое свойство лица, есть возможность стать субъектомъ правоотношеній частнаго быта. Нунцій долженъ быть правоспособнымъ лицемъ, ибо: 1) положеніе нунція достигается только въ силу спеціальной

Куне раздѣляетъ представительство на посредственное (uneigentliche) и непосредственное (eigentliche); послѣднее въ свою очередь онъ раздѣляетъ на полное и неполное; первое (полное представительство) имѣетъ мѣсто, когда оно направлено на совершеніе цѣлой сдѣлки (представитель); второе — когда путемъ представительства совершается только внѣшній ея образъ (нунцій) — factum apprehensionis, voluntatis declarandæ. Полное непосредственное представительство не встрѣчается въ сферѣ обязательствъ. По раздѣленію ролей представителя и нунція въ сдѣлкахъ теорія Іеринга весьма близко подходитъ къ воззрѣніямъ Куне.

[1] *Thöl*, Handelsrecht. I. § 25. Der Bote ist ein Mensch, der nur einen fremden Willen mittheilt, und daher kann ein Kind es sein.

[2] *Laband*, Zeitsch. f. Handelsr. X, S. 190.

[3] *Ihering*, Jahrb. f. Dogmat. I. S. 282.

причины — порученія принципала, и лицо, прежде чѣмъ сдѣлаться нунціемъ, становится контрагентомъ особаго договора съ принципаломъ, служащаго causa justa для понятія — Bote; 2) задача дѣятельности нунція, установляющаго юридическіе факты, состоитъ въ заключеніи юридическихъ сдѣлокъ. Конечно, правоспособность нунція, равно какъ и всякаго представителя, надо понимать въ самомъ широкомъ смыслѣ этого слова: различныя спеціальныя ея ограниченія, обсуждаемыя съ точки зрѣнія содержанія сдѣлки, не касаются нунція и представителя, а должны обсуждаться только въ отношеніи принципала, ибо на этого послѣдняго распространяются и результаты дѣйствій нунція и представителя. Несомнѣнно, за-тѣмъ, что нунцій долженъ быть и дѣеспособнымъ лицомъ. Требованіе дѣеспособности не всегда бываетъ обусловлено положительною юридическою дѣятельностью субъекта: иногда оно находитъ для себя основаніе въ чисто отрицательныхъ способахъ выраженія воли; нунцій же, хотя и дѣйствуетъ подъ вліяніемъ детально опредѣленной воли принципала, совершаетъ, однакожь, положительное дѣйствіе, которое относительно третьихъ лицъ совершенно одинаково съ дѣйствіемъ всякаго представителя. Самымъ-же наглядымъ доказательствомъ необходимости дѣеспособности для нунція служитъ отвѣтственность, которую несетъ нунцій, если онъ совершаетъ дѣйствіе, несогласное съ порученіемъ своего принципала. Еще Іерингъ [1] доказывалъ существованіе этой отвѣтственности, хотя онъ ее основывалъ на началахъ dam. injuria datum. Тель [2] пошелъ еще дальше; по его мнѣнію, отвѣтственность нунція можетъ основываться на отношеніяхъ actio de dolo. Отвѣтственность же въ юридическихъ сдѣлкахъ предполагаетъ полную гражданскую дѣеспособность; поэтому въ юридическихъ сдѣлкахъ не можетъ быть

[1] *Ihering*, Jahrb. f. Dogm. I. S. 280—282, особ. прим. 7 и 8.
[2] *Thöl*, Handelsrecht. I. § 25.

нунціемъ ни попугай, ни сумасшедшій, какъ это утверждаютъ многіе ученые, а только лицо съ развитою волею. Резюмируя все сказанное нами относительно сходства и отличія нунція отъ представителя, мы находимъ:

1. Какъ нунцій, такъ и представитель дѣйствуютъ именемъ представляемаго лица.

2. Возможность существованія нунція и представительства въ юридическихъ сдѣлкахъ всегда обусловливается опредѣленіями положительнаго права, дающаго санкцію той спеціальной причинѣ (договору), которая порождаетъ представительство въ каждомъ данномъ случаѣ, т. е. позволяетъ одному лицу дѣйствовать именемъ другого.

3. Представитель, въ силу особаго содержанія уполномочивающаго договора, можетъ совершать цѣлый рядъ дѣйствій, составляющихъ въ отношеніи принципала corpus его намѣренія, выраженнаго или опредѣленно въ полномочіи, или же полученнаго путемъ предварительной ратигабиціи.

4. Нунцій, совершая дѣйствіе именемъ принципала, дѣйствуетъ согласно съ строго опредѣленнымъ его намѣреніемъ, выраженнымъ въ самомъ полномочіи.

5. Требованіе правоспособности, обсуждаемое съ точки зрѣнія содержанія сдѣлки, распространяется не въ одинаковой степени на представителей и представляемыхъ.

II.

Нѣкоторую связь съ представительствомъ имѣютъ: во 1) договоры въ пользу третьихъ лицъ и 2) юридическое содѣйствіе при заключеніи правовыхъ сдѣлокъ. Для ученія о представительствѣ выясненіе истиннаго смысла близкихъ къ нему понятій имѣетъ несомнѣнно весьма важное значеніе. Прежніе ученые часто смѣшивали отношенія представительства съ договорами въ

пользу третьихъ лицъ[1]. Однакожъ, при внимательномъ разсмотрѣніи этихъ понятій, оказывается, что между ними нѣтъ ничего общаго: тотъ, кто совершаетъ договоръ черезъ представителя, пріобрѣтаетъ непосредственно права и обязательства, какъ самостоятельный контрагентъ; кто же заключаетъ договоръ въ пользу третьяго лица, тотъ самъ является контрагентомъ, и его договоръ только распространяется на третье лицо[2]. Договоры могутъ распространяться на третьихъ, неучаствовавшихъ въ нихъ лицъ, двоякимъ образомъ: или такъ, что договоръ заключается въ доставленіи предмета его третьему лицу или, на-оборотъ, предметомъ его служатъ дѣйствія третьяго лица. Что въ послѣднемъ случаѣ третье лицо ни къ чему не обязывается — объ этомъ нѣтъ спора въ литературѣ; непоколебимость этого положенія сознаютъ, далѣе, начиная съ римскаго, и всѣ новѣйшія законодательства.

Въ другомъ видѣ представляется вопросъ о существѣ и значеніи договоровъ въ пользу третьихъ лицъ, когда изъ содержанія договора видно, что предметъ его долженъ быть доставленъ не контрагенту, а лицу постороннему, въ договорѣ не участвовавшему, и притомъ самостоятельно, а не какъ цессіонарію[3]

[1] Съ представительствомъ смѣшалъ договоры въ пользу третьихъ лицъ и Бухка (Stellvertretung bei Eingehung v. Verträgen). Критика этого труда у Бринца — Krit. Blätter. Nr. 2.

[2] *Savigny*, Oblig. II. § 59. *Windscheid*, Pandektr. § 316. *Unger*, Verträge zu Gunsten Dritter. *Laband*, Zeitsch. f. Handels. X. S. 194. *Ihering*, Jahrb. f. Dogm. X. 61. *Vangerow*, Pand. III. S. 296 (7-te Aufl.).

[3] Въ настоящее время господствующая теорія признаетъ за основаніе иска лица, въ пользу котораго договоръ былъ заключенъ, cessio или mandatum (Беръ) настоящаго контрагента. Если стать на эту вѣрную вполнѣ точку зрѣнія, тогда необходимо отказать договору въ пользу третьихъ лицъ въ значеніи самостоятельнаго юридическаго института. Другое, наиболѣе послѣ этого

или представителю контрагента. Римское право въ принципѣ не допускаетъ подобныхъ договоровъ, какъ это видно изъ L. 11. de O. et A. (44.7). — Quæcumque gerimus, cum nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus. При этомъ римское право, въ случаяхъ заключенія договора въ пользу третьихъ лицъ, не признавало права иска даже за лицомъ, заключившимъ договоръ: nec sibi, cessante voluntate, nec tibi, prohibente jure potuit actionem[1]. Но формальная теорія[2] принимаетъ, что по-крайней-мѣрѣ для позднѣйшаго римскаго права, не смотря на запрещеніе положительнаго законодательства, возможность заключенія договоровъ въ пользу третьихъ лицъ достигалась фактически употребленіемъ своеобразной stipulatio съ обращеніемъ на контрагента только verba obligativa (promitis mihi), а на третье лицо verba executiva (quod dabis Titio); формула же promitis, quod dabis illi — недѣйствительна[3]. Но употребленіе такой стипуляціи давало искъ

распространенное мнѣніе, по которому воля лица, дающаго обѣщаніе сдѣлать что-либо въ пользу третьяго лица, разсматривается, какъ заявленіе стать контрагентомъ не только принимающаго обѣщаніе, но и третьяго лица, не выдерживаетъ критики потому, что третье лицо не можетъ сдѣлаться безъ собственной воли контрагентомъ (корреальнымъ?) постороняяго для него договора. Послѣдующая же акцептація порождаетъ между должникомъ и 3-мъ лицомъ самостоятельный, независящій отъ прежняго, договоръ.

[1] L. 26, C. de j. dot. (5—12).

[2] См. *Laband*, Zeit. X. S. 194. *Buchka*, Stellvertr. § 15 и слѣд.

[3] *Бринцъ* (Pand. S. 1626) относительно формулы — «alteri stipulari» говоритъ слѣдующее: Nach römischen Rechte ist das alteri stipulari (von dem für die Gewalthaber abgesehen) nicht, mag in dieser Form «zu Gunsten» (versprichst du mir, dem Titius X zu geben), oder «im Namen» (versprichst du mir Namens des Titius,

только контрагенту, а не лицу, въ пользу котораго совершался договоръ.

Однакожъ, изъ общаго, принципіальнаго запрещенія договора въ пользу третьихъ лицъ римское право допускало нѣкоторыя исключенія. Какія именно исключенія допускало римское право, это — вопросъ спорный въ ученой литературѣ: тѣ случаи, которые одни писатели относятъ къ исключеніямъ, другіе считаютъ случаями cessio или фиктивной передачи требованія[1]. Савиньи[2] допускаетъ весьма незначительныя исключенія, большинство же изъ нихъ онъ объясняетъ отношеніями представительства.

Для современнаго права, допускающаго широкое примѣненіе представительства, договоры въ пользу третьихъ лицъ далеко не имѣютъ такой практической важности, какую они могли имѣть въ римскомъ правѣ.

Теорія римскаго права о принципіальной недѣйствительности договоровъ въ пользу третьихъ лицъ, поддержанная Кюжасомъ и Доннелломъ, господствовала въ наукѣ права до XVII ст., когда въ юридической практикѣ обнаружилась склонность признавать за третьимъ лицомъ право требованія изъ заключеннаго въ его пользу договора. Съ этого же столѣтія, опираясь на обычное право, communis opinio голландскихъ и нѣмецкихъ юристовъ рѣшительно отвергло правило — Alteri nemineni stipulari posse и признало дѣйствительность договоровъ въ пользу третьихъ лицъ. Въ новѣйшее время опять наступила въ теоріи реакція[3] въ

diesem X zu geben) eines Anderen contrahirt sein; nach heutigen Rechte ist es wirksam möglich, wenn man «sich» nur als dem Statthalter des Andern, wenn man also stellvertretend stipulirt haben will, und dazu die nöthige Vollmacht oder Ratification vorliegt oder eintrifft.

[1] *Windscheid*, Pand. § 316. *Buchka*, Stellvertr. § 13.

[2] *Savigny*, Oblig. II. § 59.

[3] *Бринцъ* (Pandekt. § 374) признаетъ для современнаго права

пользу римскаго права. Самымъ же видимъ противникомъ этой реакціи въ настоящее время можно считать Унгера[1].

Другое близкое къ представительству отношеніе представляетъ юридическое содѣйствіе при заключеніи правовыхъ сдѣлокъ. Юридическій участникъ въ заключеніи правовой сдѣлки совершаетъ дѣйствіе, которое только въ совокупности съ дѣйствіемъ главнаго контрагента или субъекта порождаетъ сдѣлку. При этомъ оба дѣйствія, будучи результатомъ двухъ самостоятельныхъ намѣреній, отдѣльно взятыя не имѣютъ никакого значенія, но, сливаясь юридически, они образуютъ одну сдѣлку, касающуюся только главнаго дѣятеля или ея субъекта[2]. Участникъ, слѣдовательно, выражаетъ свою волю и отъ своего имени, но результаты его дѣйствій распространяются исключительно на принципала, вовсе не касаясь его самого. Такимъ образомъ, юридическая сдѣлка, заключенная съ помощью участниковъ, разлагается на нѣсколько самостоятельныхъ дѣйствій, изъ которыхъ дѣйствіе принципала по своимъ результатамъ будетъ главнымъ, а дѣйствія участниковъ — второстепенными; но оба вида дѣйствій связаны между собою на-столько крѣпко, что одно не можетъ существовать безъ другаго; сила и значеніе каждаго изъ нихъ опи-

возможность заключенія договоровъ въ пользу 3-го лица только — Stellvertretend mit Vollmacht oder Ratification. По мнѣнію *Савиньи*, Oblig. II. § 59 — ратификація, обращаетъ договоръ въ пользу третьяго лица въ случай представительства; необходимость же ея въ современномъ правѣ Савиньи признаетъ положительно.

[1] Unger (Verträge zu Gunsten Dritten. S. 56) признаетъ договоры въ пользу третьихъ лицъ дѣйствительными безъ всякой ратификаціи, подобно договорамъ, заключеннымъ уполномоченнымъ представителемъ: «bis auf den heutigen Tag weder die Theorie den Muth, noch die Praxis die Kraft gehabt hat, die principielle Giltigkeit der Verträge zu Gunsten Dritter durchzusetzen».

[2] *Ihering*, Jahrb. f. Dogm. I. S. 291. *Laband*, Zeit. f. Handelsr. X. S. 193.

рается на взаимное содѣйствіе, не смотря на то, что моменты ихъ происхожденія могутъ быть раздѣлены значительными промежутками времени. Такова юридическая сущность участничества. Сходство этого института съ представительствомъ заключается, слѣдовательно, въ томъ, что дѣйствіе, предпринятое участникомъ, не касается его самого, а результаты его распространяются непосредственно на принципала; различіе объясняется тѣмъ обстоятельствомъ, что участникъ въ юридической сдѣлкѣ совершаетъ дѣйствіе отъ своего имени; поэтому его дѣйствіе не представляется corpus'омъ намѣренія другого лица, и только вслѣдствіе своей второстепенности не даетъ для самого дѣйствующаго никакихъ результатовъ[1]. Примѣромъ участничества могутъ служить—требуемые закономъ свидѣтели, попечители несовершеннолѣтнихъ и проч. Auctoritas же tutoris, о которой упоминаетъ Іерингъ[2], для современнаго обычнаго права имѣетъ совершенно другое значеніе, нежели для римскаго права: если по римскому праву опекунъ будетъ только участникомъ въ сдѣлкахъ малолѣтняго, то въ современномъ гражданскомъ быту онъ является уже его настоящимъ представителемъ[3].

III.

Въ литературѣ изслѣдуемаго нами вопроса принято раздѣленіе представительства на прямое или непосредственное и непрямое или

[1] Отъ участничества надо, однакожъ, отличать сходные съ нимъ институты, напр. поручительство, ибо поручитель совершаетъ отдѣльную сдѣлку, хотя она относительно сдѣлки главнаго должника имѣетъ только второстепенное значеніе.

[2] *Ihering*, Mitwirk. f. Rechtsgesch. Jahrb. I. 295. — Здѣсь-же трактуется и о другихъ случаяхъ и примѣрахъ участія.

[3] Моя монографія «О юридическихъ лицахъ». §§ 1 и 4.

посредственное[1]. Подъ понятіе непрямого представителя подойдетъ лицо, заключающее сдѣлку за счетъ принципала, но на свое имя[2]. Такое лицо, слѣдовательно, само является субъектомъ сдѣлки, или контрагентомъ договора, но, съ другой стороны, оно обязано передать пріобрѣтенныя имъ по договору или сдѣлкѣ права своему принципалу (cessio и пр.), хотя въ то-же время имѣетъ власть на сообщеніе этому послѣднему и обязательствъ по заключенному договору. И такъ, строго говоря, посредственное представительство не составляетъ самостоятельнаго юридическаго института[3]: посредственный представитель во всѣхъ отношеніяхъ — и формально и матеріально субъектъ заключенной имъ сдѣлки, ибо всѣ юридическія ея послѣдствія распространяются первоначально на него самого. Существеннѣйшимъ признакомъ, отличающимъ непрямого представителя отъ обыкновенныхъ контрагентовъ договора, является тотъ внутренній мотивъ его дѣйствій, который, порождая сдѣлку, не высказывается открыто въ намѣреніи дѣйствовать для другого. Представитель, въ точномъ смыслѣ этого слова, свое намѣреніе дѣйствовать для другого высказываетъ открыто—это намѣреніе представляетъ объективный составъ или моментъ его дѣйствій; у посредственнаго представится, напротивъ, намѣреніе дѣйствовать для другого остается на степени импульса, движущаго его, но извѣстнаго ему самому. Уже этого описательнаго опредѣленія достаточно, чтобы замѣтить, что такъ называемое посредственное представительство, если и носитъ формальные признаки сходства съ прямымъ, но своей юридической конструкціи отличается отъ него

[1] Этотъ видъ представителей, извѣстный у Іеринга подъ именемъ Ersatzmann, Шмидъ (Cession. I. S. 390. Anm. 39) и Бринцъ (Pand. S. 1598) по примѣру Сигеля, назвали stiller Stellvertreter (послѣдній даже—stiller Vertreter): Шерль и Унгеръ (Jahrb. f. Dogm. II. S. 19, Syst. II. S. 90)—Zwischenperson. Удачность этого послѣдняго термина и основаніе его (interposita persona) сомнительны.

[2] *Laband*, Zeit. X. S. 195. *Ihering*, Jahrb. f. Dogm. I. S. 312.

[3] Въ современномъ правѣ.

существенно. Унгеръ[1] прямо замѣчаетъ, что «посредственное представительство» — contradictio in adjecto. Съ нимъ въ извѣстной степени согласно большинство новѣйшихъ германскихъ цивилистовъ, возстающихъ противъ категорическаго раздѣленія представительства на посредственное и непосредственное. Старая теорія, поддержанная Пухтою[2] и Телемъ[3], выражаетъ противоположный взглядъ: она признаетъ посредственное представительство и въ настоящее время единственною формою представительства и притомъ—въ духѣ римскаго права. Наконецъ, посредственное представительство принимаютъ и тѣ ученые[4], которые признаютъ всякаго представителя естественнымъ контрагентомъ заключеннаго договора, прибавляя, что и по современному праву представитель получаетъ по заключенной имъ сдѣлкѣ, хотя формально, права и обязанности, и что противоположность между современнымъ и римскимъ правомъ заключается лишь въ томъ, что по современному праву 1) контрактъ можетъ быть заключенъ непосредственно отъ имени представляемаго и 2) что возникающія для представителя права и обязанности матеріально касаются только представляемаго.

Возникаетъ вопросъ, какими причинами объясняется существованіе непрямого представительства въ современномъ правѣ, которое неограниченно допускаетъ прямое представительство? Въ самомъ дѣлѣ, результаты обоихъ видовъ представительства одни и тѣ-же: разница только формальная—въ самой процедурѣ дѣйствій, съ несомнѣннымъ преимуществомъ на сторонѣ прямаго представительства, которое въ этомъ отношеніи можетъ быть названо сокращеннымъ. Келлеръ[1] упоминаетъ о тѣхъ ученыхъ, которые (сюда не относится Лабандъ[2]) не принимаютъ или не признаютъ необходимымъ посредственнаго представительства въ современномъ правѣ. Но мнѣнія названныхъ ученыхъ во всякомъ случаѣ неубѣдительны. Мы повторяемъ, что посредственнаго представительства, какъ отдѣльнаго и самостоятельнаго института, въ современномъ правѣ нѣтъ: это представительство характеризуется обязательною передачей тѣхъ правъ, которыя получаетъ изъ сдѣлки посредственный представитель; обязательность же эта порождается договоромъ, который, конечно, не заключаетъ въ себѣ ничего противозаконнаго. Между тѣмъ современный бытъ выдвигаетъ весьма часто такія отношенія, которыя обусловливаютъ тотъ видъ содѣйствія, какой, хотя и не совсѣмъ удачно, наазывается посредственнымъ представительствомъ. Выгода косвеннаго представительства сравнительно съ прямымъ именно и заключается въ томъ, что намѣреніе представителя (Zwischenperson) составляетъ только внутренній мотивъ его дѣйствій, не переходящій субъективнаго рубежа. Іерингъ[3] прямо указываетъ на это свойство Ersatzmann'a,

[1] *Unger*, Syst. d. Oest. Privatr. II. S. 135.

[2] Lehrbuch d. Pand. § 273.

[3] *Thöl*, Handelsrecht. I. §§ 24—30 (2-te und 3-te Aufl.). *Mühlenbruch*, Lehre v. d. Cession der Forderungsrechte. §§ 9—14. *Sintenis*, Pract. gem. Civilr. II. 266. *Vangerow*, Pand. III. § 608.

[4] *Kuntze*, Obligation. § 67. S. 274, и § 72—die civilistische Formel für das moderne Gewohnheitsrecht obligatorischer Stellvertretung.

[1] *Keller*, Pand., § 61.

[2] *Laband*, Zeit. X. S. 196. По его мнѣнію, посредственное представительство излишне въ томъ смыслѣ, въ какомъ понимало его римское право. Это мнѣніе въ настоящее время раздѣляетъ большинство ученыхъ.

[3] *Ihering*, Jahrb. f. Dogm. I. S. 318. Das Interesse des A (Principals) kann aber nicht blos darin bestehen, dass sein Name verschwiegen und aus diesem Grunde der Vertrag auf den des X (Ersatzmannes) gestellt werde, kurz in der Form des Abschlusses, sondern ganz bestimmend können sowohl für ihn, wie für den X die materiellen Wirkungen sein die an diese Form geknüpft sind,

какъ на особенно выгодное, обусловливающее частое его примѣненіе при заключеніи сдѣлокъ. Наконецъ, весьма часто употребляется посредственное представительство въ современномъ быту въ посредническихъ и коммиссіонныхъ отношеніяхъ, необходимость которыхъ условлена требованіями удобства и быстроты совершенія гражданскихъ, особенно же торговыхъ сдѣлокъ[1]. Нельзя, слѣдовательно, согласиться съ тѣмъ, что въ современномъ правѣ посредственное представительство не имѣетъ твердыхъ юридическихъ основаній, ибо тотъ институтъ, необходимость котораго объясняется потребностями гражданской жизни, и въ положительномъ правѣ всегда имѣетъ твердыя основанія, которыхъ поколебать не въ-силахъ одни только предвзятыя соображенія. Если посредственное представительство по своей юридической конструкціи не можетъ подойдти подъ масштабъ представительства въ точномъ смыслѣ слова, то изъ этого еще никакъ не слѣдуетъ, что оно является ненужнымъ или и вовсе излишнимъ: кромѣ посредственнаго представительства можно наблюдать многіе сходные съ нимъ виды посторонняго содѣйствія при юридическихъ сдѣлкахъ, которые, однакожъ, никто не станетъ считать излишними.

Разсмотрѣнный нами видъ содѣйствія при заключеніи договоровъ, называемый нѣкоторыми учеными представительствомъ, получилъ особый характеръ и значеніе самостоятельнаго института въ римскомъ правѣ, въ которомъ онъ замѣнилъ собою представительство. Шерль[2] объединяетъ понятія Zwischenperson и interposita persona римскаго права. Но мысль Шерля едвали справедлива: между двумя этими понятіями очень мало об-

nämlich dass dieselben zunächst nur in der Person des Ersatzmannes eintreten.

[1] *Savigny*, Oblig. II. § 56. *Thöl*, Handelsrecht. I. §§ 20—33.

[2] *Scheurl*, Jahrb. f. Dogm. II. S. 20, и *Förster*, Theorie und Praxis d. Preuss. Pr. I. S. 197.

щихъ чертъ: въ то время, какъ Zwischenperson заключаетъ договоръ suo nomine и, слѣдовательно, самъ является единственнымъ контрагентомъ относительно другой стороны этого договора, независимо отъ своего принципала, interposita persona въ римскомъ правѣ оказываетъ только второстепенное, отдаленное содѣйствіе въ сдѣлкахъ, заключаемыхъ непосредственно интерпонентомъ и третьимъ лицомъ. Роль interposita persona относительно сдѣлки посторонняхъ контрагентовъ въ римскомъ правѣ была только дополняющая, но никакъ не самостоятельная подобно Zwischenperson[1], и главнѣйшимъ, слѣдовательно, признакомъ, отличающимъ interposita persona отъ Zwischenperson, будетъ то обстоятельство, что первый, совершая самостоятельное дѣйствіе, только результатами его помогаетъ совершенію сдѣлки интерпонента, въ то время какъ второй совершаетъ самую сдѣлку за счетъ принципала suo nomine. Такимъ образомъ, interposita persona представляетъ совершенно самостоятельный видъ содѣйствія, правильно не подходящій даже подъ юридическое участіе въ сдѣлкахъ вообще.

Нужно, однакожъ, замѣтить, что въ позднѣйшемъ только римскомъ правѣ посредственное представительство получило значеніе самостоятельнаго института[2], ибо оно влекло за собою и такія послѣдствія, которыя вовсе неизвѣстны древнему jus civile и, тѣмъ болѣе, современному праву: преторское право предоставляло, послѣ введенія actiones adjectitiae qualitatis, принципалу еще ранѣе дѣйствительной передачи пріобрѣтенныхъ представителемъ suo nomine правъ и обязательствъ, эти права и обязательства (utiles actiones) въ силу предполагаемой или фиктивной передачи. Поэтому, совершенно правильно можно сказать, что, съ точки зрѣнія преторскаго права, сдѣлка, заключенная не

[1] См. еще *Брингъ*, Pand. S. 1599. t. II. и L. II. § 7 (Marcellus), de don. (24. 1).

[2] Contra Іерингъ Jahrb. I. S. 345, и др.

прямымъ представителемъ, только формально касалась этого представителя, какъ исключительнаго контрагента (такъ-какъ она заключена suo nomine); матеріальныя же послѣдствія ея распространялись въ одинаковой степени и на принципала[1]. Какъ вырабатывался институтъ непрямого представительства—отвѣтъ должно дать изложеніе системы представительства по началамъ римскаго права[2].

Римское право въ принципѣ не допускало прямого представительства—это общее правило выражено въ L. 11, § 2, de oblig. et act. (44. 7) (*Paulus*, lib. 12, ad Sabinum): Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus[3]. Изъ этого общаго[4] правила, однакожъ, были исключенія:

1) Прямое представительство допускалось римскимъ правомъ въ тѣхъ сдѣлкахъ, при которыхъ представитель являлся передатчикомъ чужой собственности. Это положеніе примѣняется и при передачѣ наличнаго владѣнія третьему лицу именемъ настоящаго владѣльца[5]. Но нельзя сказать, чтобы вопросъ о допущеніи въ

[1] Нельзя не признать глубокаго смысла выраженія Бринца (Krit. Blätter. Nr. 2. S. 11), который говоритъ—«So kommen wir in diesen actiones (adjectitiæ qualitalis) statt auf eine Stellvertretung des Herrn durch den Institor u. auf eine Stellvertretung des Institor u. durch den Herrn. Еще яснѣе *Лабандъ* (Zeitsch. f. Handelsrecht. X. S. 196): Der Ersatzmann vertrat nicht den Principal bei Eingehung des Geschäfts, sondern der Principal vertrat den Ersatzmann bei Erfüllung des Geschäfts.

[2] *Buchka*, Stellvert. §§ 1—14. *Schmid*, Die Grundlehren d. Cession. I. §§ 38—46. *Mühlenbruch*, Die Lehre v. d. Cession. 3-te Aufl. §§ 5—9. *Savigny*, Oblig. II. § 54 и слѣд.

[3] Кромѣ того L. I. § 2, de contr. emt. (18, 1).

[4] *Vangerow*, Pand. III. § 608. *Savigny*, Oblig. II. § 5.

[5] Само собою понятно, что это правило дѣйствуетъ относительно всѣхъ видовъ пріобрѣтенія и осуществленія владѣнія. *Бухка*, Stellvertret. S. 81.

римскомъ правѣ представительства въ случаяхъ пріобрѣтенія и потери владѣнія былъ безспоренъ: существуютъ взгляды ученыхъ, допускающіе представительство въ настоящихъ случаяхъ только въ ограниченной степени: тотъ, кто пріобрѣтаетъ владѣніе черезъ представителя, долженъ лично осуществить важнѣйшій моментъ въ актѣ пріобрѣтенія—animus rem sibi habendi—въ силу правила, выраженнаго въ сентенціяхъ Павла—R. S. L. V. T. 2. § I. «Possessionem adquirimus et animo et corpore: animo utique nostro: corpore vel nostro, vel alieno». Хотятъ, слѣдовательно, доказать, что черезъ представителя владѣніе пріобрѣтается—quoad corpus: самое представительство, поэтому, получаетъ не самостоятельное, а какое-то дополнительное значеніе, съ точки зрѣнія Іеринга[1], въ формѣ фактическаго содѣйствія; по мнѣнію же другихъ[2] ученыхъ, оно, хотя и не теряетъ юридическаго характера, но принимаетъ форму дѣятельности нунція. Начиная съ глоссаторовъ, ученые (Донеллъ, Арндтсъ, Виндшейдъ и др.) стали принимать положеніе, что дополнительный характеръ представительства въ случаяхъ пріобрѣтенія владѣнія совершенно измѣняется относительно procuratores omnium rerum[3], которые не суть только органы для осуществленія фактической власти надъ вещью, но они замѣ-

[1] *Ihering*, Jahrb. f. Dogm. I. S. 282. Contr. 287.

[2] Сюда относятся всѣ ученые, признающіе нунція органомъ посторонней воли. Къ этой категоріи относимъ и Кунце (Obligat. § 67): «indem ich den Boten mit dem Apprehensionsstellvertreter auf gleiche Linie stelle . . . . .».

[3] Савиньи (Recht des Besitzes. 7-te Aufl. S. 316) для пріобрѣтенія владѣнія черезъ negotiorum gestores и procuratores omnium (universorum) bonorum требуетъ ratihabitio. Бринцъ (Pandekt. S. 1604) также думаетъ, что одинъ «Generalmandat zum Besitzerwerb nicht ausreichend».

няютъ своего принципала и при осуществленіи внутренняго момента въ актѣ пріобрѣтенія владѣнія[1]. Владѣніе черезъ представителя съ общимъ полномочіемъ, съ точки зрѣнія названныхъ ученыхъ, пріобрѣтается, слѣдовательно, съ нарушеніемъ правила, высказаннаго въ сентенціяхъ Павла — voluntate nostra, animo et corpore alieno[2]. По ученію же большинства цивилистовъ (Виндшейда[3], Бринца[4], Савиньи[5], Кунце[6] и др.) существуютъ случаи, когда владѣніе пріобрѣтается еще при большей экстенсивности воли принципала—случаи пекуліарнаго пріобрѣтенія и пріобрѣтенія владѣнія представителями юридическихъ лицъ или

[1] Виндшейдъ (Pand. I. § 155, S. 385): «Der Besitz kann auch durch einen Andern erworben werden. Diess ist zunächst so zu denken, dass nur das Moment der thatsächlichen Gewalt durch einen Andern beschafft wird..... Allerdings ist aber in den hier genannten Fällen der Vertreter mehr als Organ der Beschaffung der thatsächlichen Gewalt, er ist auch zugleich Vermittler des Willensmoments».

[2] *Бринцъ*, Pand. S. 1603.

[3] *Windscheid*, Pand. § 155.

[4] *Brinz*, Pand. § 368.

[5] *Savigny*, Obligationenrecht. II. § 57, и Recht des Besitzes. 7-te Aufl. S. 317.

[6] *Kuntze*, Oblig. § 67. S. 271. Съ этою господствующею теоріею положительно не соглашается Ленцъ (Recht des Besitzes und seine Grundlagen. S. 158): «Ich musste namentlich nachweisen, dass die drei Ausnahmen, welche die gangbare Lehre aufstellt nämlich der Erwerb für juristische und bevormundete Personen, so wie der Erwerb auf Grund des Peculienverhältnisses, keine Ausnahmen sind, wenn man nur daran festhält, dass Diejenige, durch welche factisch Besitz erworben wird, blos als Organe anerkannter Rechtssujekte handeln, welche in ihnen einen Ersatz der mangelnden oder eine Erweiterung der vorhandenen eigenen Persönlichkeit finden».

опекунами малолѣтнихъ[1]. Но мѣсто, заключающееся въ сентенціяхъ Павла, служащее основаніемъ разнообразныхъ мнѣній, не представляетъ матеріала для того, чтобы отрицать возможность представительства въ случаяхъ пріобрѣтенія владѣнія: выраженіе—«animo utique nostro»—не условливаетъ собою какого-то несамостоятельнаго характера представительства въ этихъ случаяхъ, оно только весьма точно и вѣрно схватываетъ существенные признаки представительства,—всѣ вообще представители, какъ мы уже старались это показать, не выражаютъ самостоятельной воли, а дѣйствуютъ подъ большимъ или меньшимъ давленіемъ намѣреній принципала. Такимъ образомъ, всякій представитель, даже наиболѣе свободный (procurator omnium rerum, органъ корпораціи и пр.) въ отношеніи принципала совершаетъ только corpus сдѣлки, animus для которой представляетъ намѣреніе принципала, совершенно согласное съ волею дѣйствующаго представителя. И, слѣдовательно, различіе, которое устанавливаютъ Арндтсъ, Виндшейдъ и др., относительно procuratores omnium rerum и обыкновенныхъ представителей, далеко не такъ существенно, какъ это кажется съ перваго взгляда: все различіе между ними сводится къ большей или меньшей опредѣленности уполномачивающаго ихъ договора. Но даже схематическое опредѣленіе дѣятельности представителя съ предварительною ратигабиціей обращаетъ общій характеръ полномочія въ спеціальный при его осуществленіи.

[1] Бринцъ (Pand. S. 1601) думаетъ, что несамостоятельный характеръ представительства при владѣніи удерживается даже тогда, когда представителемъ является лицо alieni juris, ибо если рабъ или filius пріобрѣтаютъ владѣніе peculiariter sine animo domini, то они, строго говоря, и не являются представителями, такъ какъ пріобрѣтаютъ suo nomine, если же эти лица хотятъ пріобрѣсти владѣніе не на свое имя, а на имя dominus'a, то они не могутъ обойдтись безъ animus domini.

Самое положеніе, что прямое представительство въ римскомъ правѣ допускалось въ тѣхъ сдѣлкахъ, при которыхъ представитель являлся передатчикомъ чужой собственности, оспаривается многими учеными[1]: нѣкоторые думаютъ, что римское право не требуетъ, чтобъ отданное состояло въ собственности представляемаго лица, и довольно того, что оно отдается отъ его имени. Такой взглядъ опирается на положительныя основанія въ источникахъ — L. 126, § 2, de verb. oblig. (45. 1). *(Paulus,* l. 3. Quaestionum) — Plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret vel suam, vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniæ creditæ adquireretur. Но это правило, во всякомъ случаѣ, позднѣйшаго происхожденія[2]. Римская юриспруденція придумала такое объясненіе этому, съ точки зрѣнія древняго jus civile, аномальному положенію — «если кто-либо въ качествѣ mandatar'a занимаетъ принадлежащую ему въ собственность сумму отъ имени представляемаго лица третьему (должнику), то въ силу юридической фикціи принимается, будто деньги съ помощью constituti possessorii переданы въ собственность mandans'a и, затѣмъ, путемъ представительства, отданы въ займы должнику. Особый взглядъ выражаетъ по этому поводу Іерингъ[3]: выходя изъ того положенія, что существеннѣйшимъ моментомъ договора (traditio) является Willenserklärung контрагентовъ, а не физическая передача вещи, онъ считаетъ всякаго передатчика, при заключеніи реальнаго договора[4], нунціемъ, какъ лицо, совершающее фактическія дѣйствія. При договорѣ займа, говоритъ Іерингъ, римляне на-столько расширяли понятіе Bote, что разумѣли его даже въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ онъ являлся со всѣми признаками представителя: такой именно случай представляется тогда, когда кто-либо отъ имени mandans'a передастъ заимообразно свои деньги должнику; при этомъ, въ силу praesumtio juris et de jure, отданная вещь разсматривается какъ-бы принадлежащею въ собственность представляемаго, а представитель «als Bote wird nicht blos präsumirt, sondern fingirt»[1]. Но такое представительство при заключеніи договора займа стало допускаться римскимъ правомъ только впослѣдствіи: по древнему праву, договоръ займа характеризовался непосредственною передачей собственности заимодавцемъ должнику — Appellata est — mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit.

2) Едва-ли не самымъ характернымъ исключеніемъ изъ общаго начала о недѣйствительности прямого представительства въ римскомъ правѣ было допущеніе вынужденнаго (Universalrepräsentationsverhältniss)[2] представительства для подвластныхъ лицъ (servi et homines alieni juris) въ пользу paterfamilias'a — L. 38, § 17, de verb. obl. (45. 1). (Ulpianus l. 49, ad Sabinum) — Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur. Но хотя вынужденное представительство носило на себѣ всѣ формальные признаки прямого представительства, оно не всегда было имъ въ строгомъ смыслѣ слова: рабы и подвластныя лица пріобрѣтали права paterfamilias'у даже тогда, когда заключали сдѣлки suo nomine — rem peculiarem agentes[3]. По строгому jus civile, и подвластныя ли-

[1] *Windscheid*, Pand. § 315.
[2] *Buchka*, Stellvert. S. 83.
[3] *Ihering*, Jahrb. f. Dogm. I. S. 282—286.
[4] См. объ этомъ *Schmid*, Cession. I. S. 384.

[1] Противъ положеній, выставляемыхъ Іерингомъ — *Windscheid*, Pand. § 315, Anm. 3. Шерль (Krit. Ueber. I. S. 328) еще раньше Іеринга (1853) доказывалъ, что при займѣ представитель фигурировалъ въ качествѣ нунція (ministerium), осуществляя не внутренній моментъ займа (Consens), а внѣшній — передачу денегъ. Савиньи (Oblig. II. § 57 и S. 66) видитъ въ допущеніи представительства при займѣ лишь подтвержденіе своей теоріи: о существованіи представительства при formlosen Verträge.
[2] *Kuntze*, Oblig. S. 299 и 295.
[3] *Lenz*, Recht d. Besitzes. S. 158.

ца не могли быть представителями своего paterfamilias'a въ случаяхъ пріобрѣтенія не правъ, а обязательствъ, въ силу правилъ — Filiusfamilias promittendo patrem civiliter non obligat, sed se obligat—L. 8. § 4, de accept. (46. 4); melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest—l. 133. de reg. juris (50. 17). Слѣдовательно, по jus civile подвластныя лица могли пріобрѣтать властедержателю только права: обязательства же подвластныхъ лицъ имѣютъ значеніе для нихъ самихъ; въ отношеніи рабовъ такія обязательства составляютъ obligatio naturalis, которое не перестаетъ быть таковыми даже послѣ manumissio. Понятно, слѣдовательно, что нельзя всегда говорить о представительствѣ и въ тѣхъ случаяхъ, когда подвластный заключалъ сдѣлки patris nomine, такъ-какъ положительное право объявляло недѣйствительнымъ представительство по обязательствамъ; и, съ другой стороны, оно же квалифицировало представительство въ случаяхъ пріобрѣтенія правъ, ибо въ этихъ случаяхъ подвластное лицо представляло своего властедержателя, даже заключая сдѣлку suo nomine[1]; и представительство это нельзя назвать косвеннымъ или посредственнымъ, какое мы наблюдаемъ иногда въ современномъ правѣ, и которое въ принципѣ допускало римское право, а напротивъ — оно было прямое и непосредственное[2]; такъ-какъ paterfamilias пріобрѣталъ права непосредственно, независимо отъ всякой cessio, въ моментъ совершенія самаго дѣйствія—placet, quoties adquiritur per aliquem hereditas vel quid aliud ei, cujus quis in potesta-

[1] *Brinz*, Pand. S. 1601; Krit. Blätter. S. 9—a. Nr. 2.

[2] Кунце (Oblig. 295) признаетъ непосредственность пріобрѣтенія правъ только относительно владѣнія и собственности; обязательства же и наслѣдственныя права, вслѣдствіе особыхъ ихъ свойствъ, возникаютъ сперва для самихъ подвластныхъ и только въ силу Zweigrecht распространяются на paterfamilias'a (quasi utiles actiones).

te est, confestim adquiri ei, cujus est in potestate: neque momento aliquo subsistere in persona ejus, per quem adquiritur: et sic ei adquiri, cui adquiritur—L. 79 de acq. her. vel omitt. (29. 2). Ulpianus—l. 2. ad leg. Jul. et Pap.)[1]. Строгія постановленія jus civile, ограничивая возможность существованія представительства даже для подвластныхъ лицъ чрезвычайно узкимъ райономъ дѣйствій, очевидно должны были на каждомъ шагу въ гражданской жизни высказываться въ громадныхъ практическихъ неудобствахъ, отъ которыхъ одинаково терпѣли и подвластные и властедержатели. Эти неудобства были устранены преторскимъ эдиктомъ, введшимъ actiones adjectitiæ qualitatis. Однакожь, нельзя думать, что эти иски преторскаго права были прямо разсчитаны на представительство: они дали возможность только косвеннымъ путемъ удовлетворить тѣмъ требованіямъ, которыя выставляла римская гражданская жизнь. Съ появленіемъ соч. Бринца — Kritische Blätter — Nr. 2, доказавшаго несостоятельность теоріи Бухки о преторскихъ искахъ, actiones adjectitiæ qualitatis не стали болѣе относить въ область представительства[2]. Даже самый поверхностный анализъ существа отношеній, созданныхъ actiones adjectitiæ qualitalis, приводитъ къ убѣжденію, что они стоятъ внѣ сферы представительства: эти иски[3], во-первыхъ, дѣйствовали и противъ тѣхъ лицъ, которыя совершали сдѣлки въ качествѣ косвенныхъ представителей (институровъ и проч.), а во-вторыхъ, они всегда предпо-

[1] Бухка (Stellvertretung bei Eing. v. Verträgen. S. 8—22) доказываетъ, что пріобрѣтеніе правъ paterfamilias'омъ всегда происходитъ «aus der Person des Haussöhnes»—слѣдовательно, путемъ фиктивной cessio.

[2] *Scheurl*, Krit. Uebersch. I. S. 318.

[3] Начавшись сперва въ ограниченной области подвластныхъ отношеній actiones adj. qual. скоро стали возникать и черезъ независимыхъ лицъ — институровъ и пр.

лагали корреальное обязательственное отношеніе между представителями, контрагентами договоровъ и лицами, за счетъ которыхъ совершались договоры. Такимъ образомъ, въ той области, въ которой примѣнялись въ римскомъ правѣ actiones adjectitiæ qualitatis, наблюдались не отношенія представительства, а лишь множество субъектовъ обязательства. Нельзя, слѣдовательно, также преувеличивать значенія преторскихъ исковъ: эти иски касаются только отношеній третьихъ лицъ къ принципалу, но они нисколько не измѣнили установленныхъ еще jus civile отношеній представителя къ третьимъ лицамъ: представитель оставался по прежнему лицомъ обязаннымъ, контрагентомъ договора, но уже не единственнымъ, а корреальнымъ[1]. Но многіе писатели[2] утверждаютъ, что actiones adjectitiæ qualitatis распространялись на представителя (институра), но 1) только на то время, пока онъ имъ оставался[3], а во 2) институръ обязанъ былъ удовлетвореніемъ не изъ своего имущества, а изъ имущества принципала. Однакожъ, эта теорія, несогласная съ господствующимъ мнѣніемъ ученыхъ, не находитъ для себя подтвержденія и въ источникахъ римскаго права. Ясное же съ нею противурѣчіе составляетъ—L. 7. D. quodum eo (14. 5) (Scævola l. I. responsorum)—Pater filio permisit mutuam pecuniam accipere, et per epistolam creditori mandavit, ut ei crederet; filius ex minima parte patri heres exstitit. Respondi esse in potestate creditoris, utrum filium cui credidisset in solidum, an heredes pro qua parte quisque successisset mallet convenire.

[1] *Ruhstrat*, Arch. f. Old. R. I. S. 42, n. 3; и Arch. f. civ. Praxis. 30. S. 341. 3 Heft.—Inwiefern haftet heutzutage der Mandatar aus den Verträgen u. s. w. *Vangerow*, Pand. III. § 661. *Sintenis*, Civilrecht. II. § 102, not. 15 и 54.

[2] *Glück*, XIV S. 196; *Thibaut*, Syst. § 525; *Bülow*, Abh. S. 322. *Thöl*, Handelsrecht—Erste Auflage. I. § 26. S. 77.

[3] «So lange derselbe dies Amt bekleide»—*Thibaut*, ibid. § 525.

Sed filius condemnatur quantum facere potest[1]. Вообще, характеръ отношеній при actiones adjectitiæ qualitatis между представителемъ, принципаломъ и третьимъ контрагентомъ споренъ. Бринцъ[2] не считаетъ эти отношенія корреальными по отсутствію въ нихъ—«Identität der Haftungen»; Вангеровъ[3] и Виндшейдъ[4] прямо относятъ actiones adjectitiæ qualitatis въ область корреальныхъ обязательствъ; Риббентропъ[5] и Савиньи[6] считаютъ названные случаи особымъ видомъ (unechten Fällen) корреальныхъ обязательствъ; при этомъ, по мнѣнію Савиньи, «отношенія, возникающія въ случаяхъ actiones ad. qualitatis, напоминаютъ корреальныя тѣмъ, что кредиторъ относительно иска имѣетъ право выбора между двумя лицами по поводу одного и того-же предмета, но различіе между этими двумя видами отношеній состоитъ въ томъ, что обязательство при actiones ad. qualit. существуетъ только относительно лица, заключившаго договоръ (magister u. s. w.). «Поэтому, наприм. новація и акцептиляція (квитированіе) кредитора съ препонентомъ (der eben nicht eigentlich Schuldner war, sondern eine fremde Klage über sich ergehen lassen musste) бываютъ всегда недѣйствительны». Но савиньи-риббентропская теорія не нашла много послѣдователей. Съ особенною наглядностью ее опровергаетъ Кунце[7]: онъ замѣчаетъ, что существованіе личнаго иска на исполненіе чего либо немыслимо безъ обязательственнаго отношенія между препонентомъ и другимъ контрагентомъ сдѣлки; чужое же obligatio

[1] Рушстратъ блистательно доказалъ всю несостоятельность этой теоріи въ Arch. f. Old. R. I S. 43 и сл.

[2] *Brinz*, Krit. Blätter. N 4. S. 13. N 2. S. 12. 41.

[3] *Vangerow*, Pand. § 573. III.

[4] *Windscheid*, Pand. § 486.

[5] *Ribbentrop*, Zur Lehre von d. Correalobligationen. S. 12.

[6] *Savigny*, Oblig. I, S. 21.

[7] *Kuntze*, Obligation, § 57. S. 239.

никакъ не можетъ составить непосредственнаго юридическаго основанія actio для посторонняго лица: actio же безъ obligatio равносильно дѣйствію безъ причины, поэтому, продолжаетъ Кунце—«ist nun aber die actio adj. qualit. eine Obligatio, so haben wir es hier in der That mit einer Merheit von Obligationen zu thun, denen derselbe Vermögensstoff oder Inhalt gemeinsam ist, die Merkmale der Korrealität. Diese Obligatio des Präponenten ist eine besondere Art accessorischer Obligationen neben der Bürgschaftlichen (an vielen Orten stellen die Römer sie mit der Bürgschaftsobligation zusammen). Demgemäss muss ich auch, im Widerspruch mit v. Savigny, behaupten, dass novatio, acceptilatio seiten des Präponenten nicht nur dessen Obligation, sondern implicite, auch die Hauptobligation tilgen, gerade wie der Novation oder Acceptilation des Bürgen die gleiche Wirkung auf die Obligation des Hauptschuldners beigelegt ist»[1]. Съ результатами аргументаціи Кунце должно согласиться безусловно: корреальный характеръ при обязательствахъ actiones adjectitiæ qualitatis, на который указалъ Вангеровъ, очевиденъ, ибо эти иски ставили одно лицо кредиторомъ въ отношеніи нѣсколькихъ должниковъ, отвѣтственность же при личныхъ искахъ, происходя, хотя и силою закона, изъ одного и того-же договора, всегда предполагаетъ существованіе корреальнаго обязательства.

Какое же значеніе имѣютъ actiones adj. qual. въ современномъ правѣ? Въ римскомъ правѣ, какъ мы видѣли, эти иски дали возможность заключать договоры alieno nomine въ своеобразномъ значеніи этого слова, т. е. suo nomine, но съ привлеченіемъ самого принципала въ контрагенты сдѣлки: въ случаяхъ приложенія actiones adj. qual. отвѣтственными лицами всегда являлся представитель, или институръ, и принципалъ, а управомоченнымъ — только представитель. Utilis actio давалось принципалу только in subsidium (напр. въ случаяхъ несостоятельности представителя)[1]. Не трудно усмотрѣть въ этихъ отношеніяхъ, что actiones adj. qual. представляли только суррогатъ прямого представительства. Начавшись сперва въ ограниченной области подвластныхъ отношеній[2], преторскіе иски находили себѣ все болѣе широкое примѣненіе[3], не измѣняясь нисколько въ своемъ существѣ.

[1] Въ этихъ замѣчаніяхъ Кунце выразилъ главнѣйшія основанія своей теоріи о существѣ представительства въ обязательствахъ.

Въ современномъ правѣ actiones adj. qualit. потеряли всякое практическое значеніе, ибо отпала самая причина ихъ установленія — недопущеніе прямого или непосредственаго представительства.. Вслѣдствіе этого и юридическая конструкція посредственнаго представительства въ современномъ правѣ совершенно иная: если въ настоящее время кто-либо заключаетъ договоръ за счетъ другого, но на свое имя, онъ является и самостоятельнымъ контрагентомъ или стороною заключеннаго договора.. Съ принципаломъ посредственнаго представителя другой контрагентъ не находится ни въ какихъ юридическихъ отношеніяхъ. Слѣдовательно, заключеніе договора за счетъ другого (но на свое имя) въ современномъ правѣ составляетъ только мотивъ сдѣлки, вовсе исключенный изъ ея объективнаго состава. Поэтому actiones utiles, основанныя на фиктивной цессіи, и actiones adjectitiæ qualitatis (даже наиболѣе важные ихъ виды: actio quasi-in-

[1] О постепенной выработкѣ utilis actio принципала см. Бухка—Stellvertret. § 6. Cont. Бринцъ K. B. S. 19. Schmid. S. I. 389.

[2] Таковы были первоначально actio quod jussu; actio de in rem verso; actio de peculio.

[3] Actio exercitoria, institoria, quasi-institoria, хотя возникали и черезъ посредство независимыхъ лицъ, но и они были построены по масштабу actio quod jussu (actio quod jussu ad instar actionis institoriae recte in solidum dominum convenit. L. 7, § 1, de inst. act. (14. 3).

stitoria) для современнаго права потеряли всякое значеніе. Въ настоящее время, говоритъ Лабандъ[1], договоръ можетъ быть заключенъ или именемъ третьяго лица и, въ такомъ случаѣ, это лицо будетъ и единственнымъ контрагентомъ исключительно обязаннымъ и самостоятельно управомоченнымъ; или же договоръ можетъ быть заключенъ за счетъ третьяго лица, но на свое имя, и тогда заключившій его будетъ самостоятельною стороною, а въ отношеніи принципала не будетъ имѣть мѣста никакія utiles actiones и actiones adjectitiæ qualitatis (quasi institoriæ). Дальше этой альтернативы не пошло современное право[2].

За этими исключеніями принципъ недопущенія прямого представительства въ римскомъ правѣ, выраженный юристомъ Павломъ[3], примѣнялся неограниченно. Всякое лицо, несостоящее въ чьей-либо власти и не относительно paterfamilias'a, могло заключать договоръ только suo nomine: ему нельзя было употреблять stipulatio или какой-либо другой способъ заключенія сдѣлокъ такъ, чтобы изъ заключенной имъ сдѣлки другое лицо пріобрѣтало искъ recte suo nomine. Всякій представитель, чтобы сообщить искъ своему принципалу, долженъ былъ сперва пріобрѣсть его самъ и за-тѣмъ передать представляемому. Эти положенія римскаго права, замѣченныя и выраженныя Мюленбурхомъ[4], принимались сперва безспорно почти всѣми писателями. Въ новѣйшее время ученые измѣняютъ эту догму римскаго права о представительствѣ, то присоединяя новые случаи представительства, будто бы извѣстные римскому праву, то измѣняя самый принципъ представительства римскаго права:

[1] *Laband*, Zeit. f. Handels. X. S. 197.

[2] Противъ этого *Thöl*, Handelsrecht (2-te und 3-te Aufl.) § 25. *Puchta*, Lehrbuch. § 273 и др.

[3] L. 11. § 2, de Obl. et Act. (44. 7).

[4] *Mühlenbruch*, Cession. §§ 5, 9—14.

1) Пухта[1], Вангеровъ[2] и Бухка[3] доказываютъ, что представительство въ римскомъ правѣ было также въ отношеніяхъ наслѣдодателя и наслѣдниковъ, изъ которыхъ первый относительно третьихъ лицъ являлся представителемъ своихъ наслѣдниковъ заключая (активно и пассивно) обязательства[4].

2) Савиньи[5], основываясь на отрывкѣ Модестина, l. XIV, ad Q. Mucium — L. 53. D. de adqu. rer. dom. (41.1): Ea, quae civiliter adquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet, volentibus nobis possidere, adquirimus, и на томъ обстоятельствѣ, что нунцій, котораго римское право безусловно дозволяло употреблять при договорахъ, юридически тождественъ съ представителемъ, доказываетъ, что въ позднѣйшемъ римскомъ и юстиніановомъ правѣ civile Handlungen стояли подъ давленіемъ правилъ строгаго jus

[1] *Puchta*, Pand. §§ 273—279.

[2] *Vangerow*, Pand. III. § 608.

[3] *Buchka*, Stellvertr. §§ 1—15.

[4] Противъ положеній, выраженныхъ Пухтою, Вангеровымъ и Бухкою, возражаютъ Бринцъ (Krit. Blätt. S. 19) и Шерль (Krit. Uebersch. I. S. 318, и Beitr. I. Nr. 3). Шерль совершенно вѣрно замѣчаетъ, что «наслѣдодатель заключаетъ обязательства на свое имя и только условно передаетъ ихъ своимъ наслѣдникамъ. Такимъ образомъ, наслѣдодатель не имѣетъ никакихъ признаковъ представителя: онъ дѣйствуетъ исключительно suo nomine; и во всякомъ случаѣ не наслѣдодатель является представителемъ своихъ наслѣдниковъ, заключая обязательства, а наслѣдники представительствуютъ за наслѣдодателя, исполняя эти обязательства. Но съ этою послѣднею мыслью Шерля, что «наслѣдники являются» представителями наслѣдодателя, исполняя его обязательства», едвали можно согласиться: наслѣдники не представительствуютъ за наслѣдодателя, а получая права in universum jus, представляютъ продолженіе его личности.

[5] *Savigny*, Oblig. II. § 54—66 и Syst. d. heut. R. R. III. § 113. S. 96.

civile: представительство при нихъ возможно только для рабовъ и подвластныхъ лицъ (alieni juris personae); но naturale Handlungen неограниченно допускали прямое представительство[1].

[1] Противъ ученія Савиньи, непринятаго другими цивилистами, направлены замѣчанія Пухты (Inst. II. § 203), Бухки (Stellvertr. S. 116. § 14), Шерля (Krit. Uebersch. I. S. 315), Рушграта (Ueber Savigny's Lehre v. d. Stellvertretung. S. 19) и Геймбаха (Rechtslexikon, 12. S. 797). Пухта объясняетъ, что въ отрывкѣ изъ Модестина «владѣніе» приведено не какъ примѣръ, а какъ единственный случай прямого представительства въ противоположность всѣмъ остальнымъ. Бухка, въ доказательство того, что владѣніе въ отрывкѣ изъ Модестина приведено какъ единственный случай, указываетъ на другія мѣста въ кодексѣ и институціяхъ (l. 1. C. per quas pers. (4. 27) § 5, 1, per quas pers. 2. 9) и на Базилики (Bas. Lib. 50, tit. 1, c. 52): Etiam quæ civiliter acquirit is, qui in mea potestate est, mihi acquirit, velut ex stipulatione: nam et possessionem per quemcunque nanciscimur. Наиболѣе энергически опровергаетъ теорію Савиньи Шерль; онъ не думаетъ, чтобы мѣсто пандектовъ, на которое опирается Савиньи, устанавливало двѣ категоріи правъ — тѣ, которыя пріобрѣтаются förmliche и formlose, ибо, въ такомъ случаѣ, куда же отнести собственность? Самое выраженіе «ea, quæ civiliter etc. acquiruntur», по мнѣнію Шерля, нужно понимать: si quæ res civiliter etc. acquiruntur: почему римское право различаетъ только случаи пріобрѣтенія правъ, но не категоріи. Далѣе, Шерль не можетъ согласиться съ Савиньи и въ томъ, что тѣ мѣста Юстиніанова права (§ 5, J. per quas pers. n. acq. (2. 9). L. I. C. per quas pers. n. acq. *(Paulus*, S. R. V. 2, § 2): per liberas personas, quæ in potestate nostra non sunt, acquiri nobis nihil potest, sed per procuratorem acquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est), которыя только при владѣніи (и собственности, насколько она пріобрѣтается при посредствѣ владѣнія) признаютъ прямое представительство и составляютъ, такимъ образомъ, противорѣчіе съ L. 53 de ac. rer. dom. (41. 1), являются «eine traditionelle, aber längst antiquirte Regel (aussprechen)», ибо Юстиніанъ тщательно старался выпускать всѣ правила, представляющія юридическій анахронизмъ.—Наконецъ, по

3) Іерингъ[1] допускаетъ прямое представительство при всѣхъ реальныхъ договорахъ, порождающихъ обязательство возвращенія взятаго имущества[2].

мнѣнію Шерля, самое выраженіе L. 53 de ac. rer. dom. (41. 1)— «volentibus nobis possidere acquirimus» ясно доказываетъ, что Модестинъ имѣлъ въ виду только одно владѣніе. Затѣмъ продолжаетъ Шерль: «Selbst zugegeben aber, dass sein (L. 53 etc.) Sinn der war, auch Obligationen werden durch jedweden mittelst formloser Verträge erworben, wenn wir sie durch ihn erwerben wollen, so kann dies doch auch dann gar wohl nur so gemeint sein, dass dieser Erwerb durch liberæ oder extraneæ personæ insofern, aber auch bloss insofern erfolgen kann, als formlose Verträge durch diese als reine nuntii abgeschlossen können, wie es auch in L. 15. D. de pec. const. (13. 5) lediglich mit Beziehung hierauf heisst: et licet libera persona sit, per quam tibi constitui, non erit impedimentum, quod per liberam personam acquirimus, quis ministerium tantummodo hoc casu præstare videtur. *Windscheid*, Pand. § 73, n. 14. *Vangerow*, Pand. S. 292. III (7-te Aufl.).

[1] *Ihering*, Jahrb. f. Dogmat. II. S. 87 — «hinsichtlich aller eine Rückforderung des gegebenen begründenden benannten Realcontracte».

[2] Іерингу возражаетъ Schmid (Die Grundlehren d. Cession. I. S. 384), основываясь на L. 11. § 6, 7. de pign. act. (13. 7), Ulpianus l. 28 ad Sabinum. — Per liberam personam pignoris obligatio nobis non acquiritur: adeo ut ne per procuratorem (plerumque) vel tutorem acquiratur: et ideo ipsi actione pignoratitia convenientur. Sed nec mutat, quod constitutum est ab imperatore nostro; posse per liberam personam possessionem acquiri: nam hoc eo pertinebit, ut possimus pignoris nobis obligati possessionem per procuratorem vel tutorem apprehendere: ipsam autem obligationem libera persona nobis non (semper) acquiret (§ 7). Sed si procurator meus vel tutor rem pignori dederit, ipse agere pignoratitia poterit—Шмидъ дѣлаетъ слѣдующій выводъ: «Wir dürfen hiernach als gewiss annehmen, dass die Möglichkeit directer Vertretung im Römischen Rechte streng auf solche Rechtsgeschäfte beschränkt geblieben ist, welche, wie das mutuum, wesentlich auf der Ueberlieferung von Eigenthum beruhen und den Empfänger einfach zur Rückübertra-

Изложеніе началъ римскаго права о представительствѣ приводитъ къ слѣдующимъ выводамъ: за исключеніемъ случаевъ пріобрѣтенія правъ paterfamilias'у[1] подвластными лицами, римское право вообще не признавало юридическаго представительства. Представительство, допускаемое при потерѣ и пріобрѣтеніи владѣнія, какъ чисто фактическаго отношенія,—было фактическое,

gung von Eigenthum verbinden, den Hingebenden aber von jeder contractlichen Verpflichtung frei lassen. Alle übrigen benannten und unbenannten Realcontracte, welche beide Contrahenten zu einem bestimmten Verhalten gegeneinander verpflichten und daher nicht blos den Geber gegen den Empfänger, sondern auch den Empfänger gegen den Geber zu Contractsklagen berechtigen, sind der von Paulus für alle Contracte aufgestellten Regel unterworfen.

[1] Если же согласиться съ тѣми учеными (Бухка—Stellvert. § 2, и Кунце—Oblig. S. 299), которые доказываютъ, что и въ случаяхъ пріобрѣтенія правъ paterfamiliaѕ'у, этотъ послѣдній пріобрѣтаетъ ихъ хотя «im Augenblick der juristischen Handlung, aber aus der Person des Haussöhnes», то прійдется отказаться и отъ этого исключенія.—Какъ же слѣдуетъ смотрѣть на замѣчанія Лабанда (Zeit. f. Handr. X. 201), который говоритъ: «so muss doch der begriffliche Unterschied zwischen dem Erwerbe durch hausunterthänige Personen und der Stellvertretung fest gehalten werden. Obwohl es nun im heutigen Rechte weder Sclaven noch Hausunterthänige im Sinne des Röm. Rechts giebt, so sind doch auch im heutigen Recht gewisse Fälle von der wirklichen Stellvertretung zu unterscheiden, in denen Jemand, trotzdem er für sich erwerben will, Kraft eines Rechtssatzes gegen seinen Willen diese Rechte einem Andern überlassen muss, in denen er also thatsächlich für einen andern erwirbt. Solche Fälle kommen im Handelsrecht vor». Намъ кажется, что аналогія, которую проводитъ Лабандъ между подвластными отношеніями въ представительствѣ римскаго права и нѣкоторыми видами необходимаго представительства въ современномъ торговомъ правѣ, невыдержана, ибо римскій рабъ или filius были настоящими представителями paterfamilias'а, когда они заключали договоръ patris nomine.

а не юридическое, ибо оно не условливало собою измѣненія правоотношеній. Такимъ-же фактическимъ характеромъ, по мнѣнію Шерля[1] и Іеринга[2], отличается и дѣятельность представителя при заключеніи договора займа. Эти ученые разлагаютъ содержаніе договора займа 1) на моментъ его дѣйствительнаго заключенія, при наличности согласія контрагентовъ, и 2) — передачу вещи. По ихъ мнѣнію, представитель можетъ осуществлять только второй моментъ, почему онъ представляется въ сущности не юридическимъ представителемъ, а только фактическимъ пособникомъ или нунціемъ. Съ этими замѣчаніями невозможно согласиться: договоръ займа, какъ и всякій другой реальный договоръ, считается заключеннымъ не въ моментъ состоявшагося согласія контрагентовъ о передачѣ вещи, а только въ моментъ дѣйствительнаго исполненія одною стороною своего обязательства; въ отношеніи заимодавца моментъ обѣщанія и исполненія займа совпадаютъ, причемъ моментъ исполненія поглощаетъ въ себѣ моментъ обѣщанія. Слѣдовательно, представитель при договорѣ займа, замѣняя принципала при передачѣ вещи, eo ipso замѣнялъ его и въ консенсуальный моментъ. Поэтому въ римскомъ правѣ представительство, въ видѣ исключительнаго, частнаго случая, какъ это доказываютъ положительные источники, допускалось при договорѣ займа. Дѣлать же на основаніи этого частнаго примѣра какіе бы ни было распространительные или общіе выводы значитъ погрѣшать противъ истиннаго смысла источниковъ[3].

[1] *Scheurl*, Krit. Uebersch. I. S. 328.

[2] *Ihering*, Jahrb. f. Dogm. I. S. 284.

[3] Допускало ли римское право нунціевъ? На этотъ вопросъ слѣдуетъ отвѣчать отрицательно: L. 15 de pec. const. (13. 5) «et licet libera persona sit, per quam tibi constitui, non erit impedimentum, quod per liberam personam adquirimus: quia ministerium tantummodo hoc casu præstare videtur» и L. 2. de Ob. et Act. § 2 (44. 7). «Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur: veluti per epistolam vel per nuntium» доказываютъ только, что

IV.

При разсмотрѣніи опредѣленій римскаго права, мы видѣли, что оно, за исключеніемъ весьма немногихъ случаевъ, не допускало прямого представительства при договорахъ и сдѣлкахъ. Возникаетъ вопросъ—какъ поступаетъ въ этомъ отношеніи современное право? Дѣйствуетъ ли и въ немъ принципъ недопущенія прямого представительства, или же онъ вытѣсненъ и замѣненъ другимъ, болѣе отвѣчающимъ потребностямъ гражданскаго оборота? Ученые, давая отвѣтъ на поставленный нами вопросъ, раздѣляются прежде всего на двѣ большія группы.

Крайніе романисты утверждаютъ, что принципъ римскаго права о недопущеніи прямого представительства при договорахъ, какъ выведенный изъ самой сущности обязательства, возникающаго изъ договора, остается дѣйствующимъ и въ новѣйшее время.

Другую большую группу составляютъ ученые, признающіе (но на различныхъ основаніяхъ) въ современномъ правѣ прямое представительство. Законодательныя опредѣленія не могутъ разрѣшить сомнѣній ученыхъ, ибо они не даютъ точной формулы представительства. Выраженія законодательствъ въ родѣ прусскаго A. L. R. (I. 13, § 1.) «Sachen und Rechte können durch Handlungen eines Dritten erworben werden»[1] сами представляютъ почву для построенія разнообразныхъ ученыхъ теорій о принципіальной сущности современнаго института представительства.

Крайними романистами, непризнающими и въ настоящее время прямого представительства, являются Мюленбрухъ[2], Вангеровъ[3],

римское право допускало лицъ, совершающихъ фактическія дѣйствія въ пользу другихъ и называло иногда этихъ лицъ нунціями.

[1] Oest. Ges. § 1017 и 1018. Code civil art. 1998.

[2] Cession. S. 111.

[3] Pand. III. S. 294 (7-te Ausg.).

Пухта[1], Синтенисъ[2], Тель[3], Кунце[4], Беръ[5] и Цаунъ[6].

Я приведу лишь типическія теоріи названныхъ романистовъ. Вангеровъ считаетъ прямое представительство несогласнымъ съ самою сущностью обязательства[7]: «можно, конечно, говорить онъ, заключать договоры и черезъ представителя, но только такъ, чтобы представитель былъ и контрагентомъ или первоначальнымъ субъектомъ возникшаго чрезъ договоръ обязательства, а представляемый пріобрѣталъ бы право путемъ cessio. Подобная конструкція представительства была извѣстна и римскому праву; но различіе между римскимъ и современнымъ правомъ состоитъ только въ томъ, что первое, будучи вѣрно своему основному принципу, требовало заключенія представителемъ сдѣлки для самого себя; договоръ же, заключенный непосредственно на имя принципала, въ римскомъ правѣ былъ ничтоженъ; второе, хотя и позволяетъ заключать договоры alieno nomine, этимъ еще не уничтожаетъ самаго принципа римскаго права, ибо послѣдняя форма habe nur die Bedeutung, dass dadurch der andere Contrahent sofort von dem prokuratorischen Verhältniss des Promissar, und folgeweise von der stillschweigenden Cession der kontraktlichen Forderung an den Mandanten in Kenntniss gesetzt werde». Мнѣнія же противниковъ настоящей теоріи, говоритъ Вангеровъ, признающихъ, что въ современномъ правѣ Mandant является и контрагентомъ договора, не смотря на искусную въ

[1] Lehrbuch. § 273.

[2] Pract. Civilr. S. 357. II T. (во 2-мъ изд. Синтенисъ измѣнилъ свой взглядъ).

[3] Handelsrecht. I. § 25 (2-te Aufl. и 3-te Aufl.).

[4] Obligation. S. 289.

[5] Jahrb. f. Dogm. VI. S. 287.

[6] Arch. f. Rechtsw. I. S. 35.

[7] Weil die directe Stellvertretung mit dem Wesen der Obligation in unauflösbarem Widersspruch stehe—*Vangerow* Pand. III. § 608.

въ высшей степени аргументацію, я считаю невыдержанными: если порученіе, даваемое представителю на совершеніе договора, не дѣлаетъ этого представителя нунціемъ, а позволяетъ ему выразить въ договорѣ свою самостоятельную волю, то несомнѣнно, что представитель является и дѣйствительнымъ контрагентомъ договора, и только фикція, позволяющая смотрѣть на волю представителя, какъ на волю представляемаго, можетъ измѣнить естественное отношеніе представителя къ заключенному имъ договору. Примѣненіе же такой фикціи не только лишено всякихъ практическихъ основаній, но не оправдывается и юридическими соображеніями.

Тель, отказывавшись отъ высказанной имъ теоріи въ первомъ изданіи своего курса Handelsrecht, слѣдующимъ образомъ конструируетъ отношенія представительства: «различіе между заключеніемъ договора во имя другаго и на собственное имя mit Bezugnahme auf einen Andern вовсе не состоитъ въ томъ, что заключающій договоръ alieno nomine фигурируетъ въ качествѣ нунція, ибо нунцій не заключаетъ сдѣлокъ; онъ только, подобно письму, передаетъ чужую волю. Тотъ-же, кто заключаетъ договоръ именемъ другаго, основываетъ по своей волѣ обязательство и непремѣнно, слѣдовательно, для себя. Поэтому, и различія между названными видами заключенія договора, строго говоря, нѣтъ вовсе, ибо заключающій договоръ прямо на чужое имя или же на свое имя, но съ распространеніемъ его на другаго, производя обязательство, какъ въ римскомъ, такъ и въ современномъ правѣ, обязываетъ не только постороннее лицо, но и себя самого; это объясняется общимъ правиломъ—кто заключаетъ договоръ, непремѣнно является его контрагентомъ, а иначе и быть не можетъ. Поэтому нѣтъ различія между заключеніемъ договора alieno nomine и suo nomine mit Bezugnahme auf einen Andern, ибо alieno nomine есть не что иное, какъ suo nomine съ извѣстнымъ уже намъ распространеніемъ. Заключать же договоры alieno nomine и самому не быть контрагентомъ невозможно не только по римскому, но и по современному праву. (Ein contrahiren in fremder Person ist unmöglich.). И такъ, слѣдовательно, надо различать три случая заключенія договоровъ: 1) Der Institor contrahirt mit Bezugnahme auf den Prinzipal. 2) Der Institor contrahirt ohne Bezugnahme auf den Prinzipal. 3) Der Institor theilt nur den Willen des Prinzipals mit. «Изъ договора, замѣчаетъ Тель, заключеннаго институторомъ alieno nomine, институръ бываетъ всегда обязанъ или управомоченъ. Но его отвѣтственность различна съ точки зрѣнія римскаго и современнаго права: по римскому праву контрагентъ договора имѣлъ право выбора относительно привлеченія къ отвѣтственности институра или принципала; а институръ[1] всегда отвѣчалъ своимъ имуществомъ по обязательству. По современному праву къ исполненію обязательства изъ договора матеріально обязанъ только принципалъ. Институръ же въ случаѣ привлеченія его къ отвѣтственности всегда могъ, съ помощью exceptio doli, перенести искъ на принципала, противъ котораго законно и дѣйствуетъ institorische Klage въ случаяхъ заключенія договора на его имя».

Кунце раздѣляетъ представительство при договорахъ на посредственное и непосредственное. «Первое характеризуется тѣмъ обстоятельствомъ, что дѣйствіе представителя ebenso gilt und wirkt, als sei der Vertretene selbst ihr Urheber. Это непосредственное представительство можетъ быть неполное, если оно не распространяется на совершеніе цѣлой сдѣлки или договора, а лишь только на ихъ внѣшній corpus—factum apprehensionis, voluntatis declarandæ. Примѣромъ такого представительства мо-

[1] Совсѣмъ другое мнѣніе высказывалъ Тель въ первомъ и второмъ изданіи своего Handelsrecht: объ этомъ *Рушпрать*, Arch. f. civ. Praxis. 30. Heft. 30. S. 340 «inwiefern haftet der Mandatar heutzutage aus d. Verträgen, die er als solcher geschlossen hat?».

гутъ служить случаи пріобрѣтенія владѣнія (quoad corpus) черезъ представителя и заключенія договора черезъ нунція[1]. Или же непосредственное представительство бываетъ полное, когда путемъ фикціи принимается, что намѣреніе представителя непосредственно исходитъ отъ лица представляемаго. Послѣдній видъ представительства возможенъ былъ въ римскомъ правѣ только въ трехъ случаяхъ: когда пріобрѣталось владѣніе органами юридическихъ лицъ или опекунами недѣеспособныхъ и въ случаяхъ пекуліарнаго пріобрѣтенія. Въ области же обязательствъ оно вовсе не примѣняется. Правда, и въ этой области приложеніе фикціи можетъ дать тѣ-же результаты, т. е. и здѣсь можно разсматривать волю представителя, какъ волю представляемаго, и принимать послѣдняго непосредственнымъ контрагентомъ договора, виновникомъ котораго въ дѣйствительности является представитель, но существуютъ два основанія, по которымъ подобная фикція (а къ нимъ вообще слѣдуетъ прибѣгать только въ крайнихъ случаяхъ) не можетъ примѣняться въ области обязательствъ: 1) потому-что ее можно замѣнить другою менѣе безцеремонною (weniger gewaltsame) формулой — построеніемъ ZweigoBligationen, которыя суть не что иное, какъ квалифицированныя (accessorische) корреальныя обязательства, а 2) фикція, допущенная въ обязательственной сферѣ, повлечетъ за собою весьма невыгодныя практическія послѣдствія, которыя только и могутъ быть устранены указаннымъ нами построеніемъ. Для области же вещныхъ правъ построеніе ZweigoBligationen непримѣнимо, ибо одна и та-же вещь не можетъ быть предметомъ солидарнаго владѣнія нѣсколькихъ лицъ. Слѣдовательно, правильная юридическая формула представительства будетъ слѣдующая: представитель заключаетъ договоръ — поэтому и обязательство, возникшее изъ этого договора, обсуждается въ лицѣ представителя. Для того же, чтобы, не прибѣгая къ фикціи, дѣйствіе договора распространить и на представляемое лицо, необходимо dass der Obligation des Stellvertreters eine Obligation des Geschäftsherrn beigesellt wird. Это второстепенное обязательство имѣетъ общія свойства съ первымъ, почему мы вмѣстѣ съ множествомъ обязательствъ будемъ имѣть Identität des Vermögensstoffes. Слѣдовательно, обязательство представителя и представляемаго носитъ корреальный характеръ, хотя корреальность здѣсь будетъ квалифицированная, ибо обязательство представляемаго, происходя изъ обязательства представителя, является accessorische, abgeleitete (Korreal) Obligation и находится въ отношеніи ZweigoBligation къ StammoBligation. Происхожденіе такого ZweigoBligation, объясняемое договоромъ, можетъ возникать по опредѣленію закона при всѣхъ случаяхъ заключенія договора представителемъ. Для удовлетворенія же практическимъ требованіямъ, значеніе StammoBligation настолько ослабляется, чтобы оно, оставаясь подкладкой для ZweigoBligation, не сообщало своему субъекту ни обязанности, ни правомочія. Однакожъ, obligatio представителя не уничтожается вовсе, а оставаясь на степени naturalis obligatio, не производитъ только юридическихъ послѣдствій. Такая конструкція обязательствъ представителя и представляемаго удовлетворитъ требованіямъ современной жизни, такъ-какъ для представляемаго лица, независимо отъ всякой cessio, является самостоятельное обязательство и это обязательство обсуждается aus der Person des Stellvertreters. Наконецъ, для самого представителя изъ его договора не происходитъ ни правомочія, ни обязательствъ. Но если представитель открыто распространитъ на себя дѣйствіе StammoBligation, то и это послѣднее будетъ въ такомъ случаѣ вполнѣ дѣйствительнымъ (si id specialiter actum sit). Если же открытаго подчиненія нѣтъ, то, согласно духу современнаго обычнаго права, иска изъ StammoBligation нѣтъ, и его

[1] Кунце считаетъ Apprehensionsstellvertreter нунціемъ.

все значеніе падаетъ. Вліяніе представителя на Zweigobligation зависитъ въ каждомъ данномъ случаѣ отъ свойства отношеній между представителемъ и представляемымъ. Я называю, говоритъ Кунце, всѣ выясненныя мною отношенія, во избѣжаніе недоразумѣній, mittelbare Stellvertretung. Эта формула obligatorische Zweigbildung выражаетъ юридическое понятіе, удовлетворяетъ требованіямъ правового оборота и гармонируетъ съ внутреннимъ свойствомъ обязательства, какъ отношенія, которое не можетъ оторваться отъ основанія своего происхожденія».

Нельзя сказать, чтобы взгляды крайнихъ романистовъ, составляли въ настоящее время господствующее мнѣніе. Большинство самыхъ авторитетныхъ ученыхъ не согласно съ правильностью приведенныхъ теорій.

Кромѣ Савиньи, въ настоящее время непосредственное представительство допускаетъ Рунштратъ[1], Дернбургъ[2], Унгеръ[3], Шерль[4], Бухка[5], Вехтеръ[6], Виндшейдъ[7], Лабандъ[8], Бринцъ[9] и Іерингъ[10]. Всѣ эти ученые, признавая возможность въ настоящее время непосредственнаго представительства, даютъ различныя основанія своимъ мнѣніямъ или выражаютъ эти мнѣнія въ особыхъ цивилистическихъ формулахъ. Но различныя въ частностяхъ мнѣнія названныхъ ученыхъ въ сущности можно свести къ двумъ теоріямъ.

[1] Arch. f. Old. R. I. S. 60—12.
[2] Heid. Krit. Zeit. I. S. 1—21. 2. 17.
[3] Oester. Privatr. II. § 90.
[4] Krit. Uebersch I. S. 335.
[5] Stellvertretung b. Eingehung v. Verträgen. S. 206.
[6] Würtem. Priv. II. § 88.
[7] Pand. § 73.
[8] Zeit. f. Handels. X. S. 226.
[9] Pand. S. 1610.
[10] Jahrb. f. Dogm. I. 273.

Первая теорія[1] основываетъ возможность прямого представительства на фикціи, согласно которой лицо представляемое или принципалъ есть дѣйствительный контрагентъ договора, заключеннаго представителемъ; такъ-что договоръ относительно своего происхожденія и дѣйствія долженъ быть обсуждаемъ только въ отношеніи принципала. Представитель же (даже procurator omnium rerum и органъ юридическаго лица) является фактически органомъ воли представляемаго лица.

[1] Эту теорію выражаетъ Рунштратъ, Дернбургъ, Шерль и Унгеръ (послѣдній наиболѣе откровенно прибѣгаетъ къ фикціи: «Der Vertretene als Paciscent fingirt»). Эта теорія не можетъ быть смѣшана съ теоріей Савиньи (Oblig. II, 54—60), который, какъ мы видѣли, вовсе не прибѣгаетъ къ фикціи, считая дѣйствія представителя, подобно дѣйствіямъ нунція, лишь corpus'омъ воли принципала. Самое построеніе теоріи Савиньи можно отвергнуть, но уподобить его теорію съ теоріями молчаливо или открыто построенными на фикціи нельзя.

Теорія Рунштрата неясна въ высшей степени: по его мнѣнію, изъ того обстоятельства, что репрезентантъ въ тотъ моментъ, когда онъ заключаетъ договоръ по полномочію, представительствуетъ за принципала, естественно слѣдуетъ (?) (и это понятно даже не юристу), что онъ обязываетъ и управомочиваетъ не себя, а принципала. Поэтому, прибавляетъ Рунштратъ, представитель, не будучи нунціемъ (такъ-какъ онъ не выражаетъ bestimmten Wille), является одинаково съ нимъ Vertragsinstrument'омъ принципала.

Намъ кажется, для того, чтобы понять теорію Рунштрата, ей надо дать, вопреки желанію самого Рунштрата, тотъ видъ, какой мы ей дали въ текстѣ, и признать, что Рунштратъ фиктивно считаетъ волю представителя за волю принципала; ибо нельзя же, въ самомъ дѣлѣ, на договорѣ порученія основывать мнѣніе Рунштрата.

Дернбургъ, котораго я считаю представителемъ настоящаго ученія, называетъ принципала единственнымъ контрагентомъ договора представителя, прибавляя, что Mandatar erklärt nicht seine Zustimmung zu dem Verträge, sondern die seines Mandanten. Въ современномъ договорѣ порученія Дернбургъ видитъ не только

Вторая теорія признаетъ характеристическимъ признакомъ представителя, въ противоположность нунцію, то обстоятельство, что представитель выражаетъ въ договорѣ свою волю, но юридическія послѣдствія основаннаго имъ договора исключительно распространяются на представляемое лицо. Поэтому волю и ея выраженіе слѣдуетъ обсуждать въ отношеніи представителя (дѣеспособность), но требованіе правоспособности съ точки зрѣнія содержанія договора обсуждается въ отношеніи представляемаго[1].

порученіе заключить договоръ, но и открыто выразить въ этомъ договорѣ волю принципала. Этого Дернбургу достаточно, чтобы утверждать, что самая способность заключать договоръ (дѣеспособность), дѣйствіе договора, его форма — все это должно быть обсуждаемо только въ отношеніи принципала.

Шерль думаетъ, что дѣйствительная противоположность отношеній представительства между современнымъ и римскимъ правомъ состоитъ именно въ томъ, въ чемъ Савиньи видитъ противоположность между древне-римскимъ и юстиніановымъ правомъ: ту перемѣну, которую Савиньи относитъ къ позднѣйшему римскому и юстиніанову праву, Шерль видитъ установившеюся только въ современномъ обычномъ правѣ: только современное право позволяетъ давать такія полномочія, по которымъ прокураторъ выражаетъ не свою волю, а волю принципала и, поэтому, контрагируетъ не какъ римскій прокураторъ, а какъ римскій нунцій. Мы думаемъ, что Шерль понялъ невѣрно теорію Савиньи; послѣдній ученый не видитъ никакого существеннаго различія между нунціемъ и представителемъ, почему и допускаетъ въ римскомъ правѣ, незапрещавшемъ, по его мнѣнію, употребленія въ юридическихъ сдѣлкахъ нунціевъ, прямое представительство; Шерль же учитъ, что представитель только вслѣдствіе особаго характера полномочія, по результатамъ своей дѣятельности, тождественъ нунцію.

[1] Эту теорію выразили—Бухка, Вэхтеръ, Виндшейдъ, Лабандъ, Бринцъ и Іерингъ. Въ основаніи этой теоріи лежитъ фикція.

Сгруппировавъ и изложивъ теоріи ученыхъ о характерѣ современнаго представительства, мы замѣчаемъ, что одни ученые, не желая прибѣгать къ фикціямъ, конструируютъ отношенія представительства въ духѣ римскаго права, аппелируя при этомъ къ особому свойству обязательства, какъ отношенія, которое не можетъ оторваться отъ основанія своего происхожденія, и находя въ этомъ свойствѣ наилучшее подтвержденіе своимъ теоріямъ. Названные ученые готовы скорѣе пренебречь массою практическихъ неудобствъ и поставить на каждомъ шагу преграды свободному теченію отношеній гражданской жизни, нежели отказаться отъ тѣхъ цивилистическихъ формулъ, которыя они построили на основаніи предвзятыхъ идей: одно положеніе, что «обязательство возникаетъ въ лицѣ представителя и только путемъ цессіи сообщается представляемому лицу», ясно свидѣтельствуетъ о его практической негодности въ настоящее время. Съ другой стороны, самая форма, конструкція теорій романистовъ поражаетъ своею безцеремонностью: оставаясь вѣрными внутреннимъ свойствамъ обязательства, названные ученые сообщаютъ нерѣдко своимъ мнѣніямъ такой оборотъ, который лишенъ юридическихъ основаній. — Какими внутренними или юридическими основаніями[1] оправдывается построеніе Кунце о Zweigobligation и недѣйствительности Stammobligation? Практическія соображенія не могутъ составить непосредственнаго основанія для происхожденія юридической нормы.

Другіе ученые, допуская прямое представительство, даютъ ему въ высшей степени шаткое основаніе: фикція не есть юри-

---

Это откровеннѣе другихъ выражаетъ Бухка — Die Wirkungen des Vetrags werden vermöge rechtlicher Fiction auf den Principal bezogen, obgleich die Handlung, durch welche der Vertrag zu Stande gebracht wird, eine für ihn fremde ist.

[1] Безъ помощи фикціи построеніе Кунце будетъ лишено всякихъ основаній о зн. фикціи, см. Demelius—Jahrb. f.Dogm. IV. 113, Данквардтъ и др.

дическое основаніе безъ глубокихъ логическихъ причинъ. Наконецъ, фикція представляетъ собою необыкновенно опасное средство, особенно же въ безцеремонныхъ рукахъ. Мы старались при построеніи своей теоріи о представительствѣ, если не вовсе избѣжать фикцій, то сообщить, по-крайней-мѣрѣ, ихъ примѣненію внутреннія основанія.