

1134

ОБЩІЕ ИТОГИ

1134.

# НАУЧНАГО ТВОРЧЕСТВА

Проф. А. Р. КИСТЯКОВСКАГО.

Проф. Л. С. БѢЛОГРИЦЪ-КОТЛЯРЕВСКАГО.



КІЕВЪ.

Типографія Г. Т. Корчакъ-Новицкаго, Михайловская ул., домъ № 4.

1895.

ОБЩЕ СТОЛН

НАУЧНАТО ТВОРЧЕСТВА

Др. А. В. НИКОЛОВ

---

Печатано по постановленію Совѣта Общества Нестора лѣтописца.  
(Отгласкъ изъ IX-й книги „Чтенія въ Историч. Общ. Нест. лѣт.“).

---

Изд. А. С. Свѣтлицкаго

СЛОБО

1892

Томскъ. Т. С. Свѣтлицкаго. Заключенъ въ 1892 г.

1892



## ОБЩЕ ІТОГИ НАУЧНАГО ТВОРЧЕСТВА

проф. А. Ѳ. Кистяковскаго <sup>1)</sup>.

13-го января текущаго года истекло уже 10 лѣтъ со дня смерти профессора нашего Университета А. Ѳ. Кистяковскаго, а между тѣмъ живая память объ его дѣятельности не померкла въ обществѣ. Первая новогодняя книжка «Кіевской Старины» посвящена воспоминаніямъ объ его личной и общественной жизни и оцѣнкѣ его научнаго творчества, принадлежащей перу не только мѣстныхъ научныхъ силъ, но и петербургскихъ. Такое отзывчивое отношеніе къ памяти покойнаго далеко не случайное; секретъ его скрывается какъ въ его обширныхъ научныхъ заслугахъ, такъ и въ его выдающейся публицистической и общественной дѣятельности, исполненной безкорыстія, гуманности, честнаго и цѣльнаго склада убѣжденій и самоотверженной энергіи. Всему, къ чему А. Ѳ. прилагалъ свои силы, онъ отдавалъ себя всецѣло, не щадя этихъ силъ; вездѣ, гдѣ онъ проводилъ свои взгляды и убѣжденія—съ кафедръ, въ общественныхъ учрежденіяхъ, въ печати,—онъ выражалъ ихъ открыто, прямо, не прячась и не скрывая ихъ изъ страха, мнимаго или дѣйствительнаго, испортить свои отношенія или подорвать свое положеніе. Конечно, такой образъ дѣйствій, не чуждый иногда болѣзненнаго раздраженія, неминуемо долженъ былъ

<sup>1)</sup> Источники: Сочиненія автора; Некрологъ о немъ В. Володимірова, Жур. угол. и гражд. права, 1885 г., стр. 13—43; В. Володиміровъ, А. Ѳ. Кистяковскій и его ученые труды, тотъ-же жур., 1885 г., май, стр. 1—36; Л. Вѣлгогриць-Котларевскій, Очеркъ научной дѣятельности проф. А. Ѳ. Кистяковскаго, Кіев. Старина, 1885 г.; В. Науменко, Біограф. очеркъ покойнаго съ отрывкомъ изъ рукописной автобіографіи, Кіев. Старина, 1895 г., январь, стр. 1—43; И. Лучицкій, Труды А. Ѳ. Кистяковскаго въ области исторіи и обычнаго права, тамъ-же, стр. 64—81; И. Фойницкій, А. Ѳ. Кистяковскій какъ криминалистъ, тамъ-же, 83—102.

вызвать личныя столкновѣнія, а слѣдовательно и вражду, но онъ въ тоже время закрѣпилъ за нимъ ту широкую популярность и глубокое уваженіе, которыя особенно ярко сказались послѣ его смерти не только въ Кіевѣ, но и за его предѣлами, и которыя до сихъ поръ еще не умерли въ обществѣ. Лучшей, самой симпатичной чертой А. Θ., какъ человѣка, была его гуманность, любовь къ ближнему, составлявшая, такъ сказать, органическую черту его природы; она проходитъ красной нитью по всей его жизни, проявлялась какъ въ отношеніяхъ къ студентамъ, всегда доступныхъ и проникнутыхъ теплотою, готовностью помочь всѣмъ—совѣтомъ, рекомендаціей и даже матеріальной поддержкой, такъ и въ равноправныхъ отношеніяхъ, въ которыхъ онъ никогда не таилъ слѣпой прямолинейной злобы къ врагамъ, отдавая и имъ должное, и, наконецъ, въ самомъ выборѣ темъ для ученыхъ работъ; лучшія его монографіи посвящены такимъ вопросамъ, какъ смертная казнь, мѣры обезпеченія явки въ судъ, положеніе малолѣтнихъ преступниковъ, вопросамъ, касающимся самыхъ тяжелыхъ сторонъ мрачной судьбы униженныхъ и оскорбленныхъ.

Всесторонней, однако, оцѣнкѣ общественной дѣятельности покойнаго А. Θ. еще не наступило время, такъ-какъ многіе интересы, противъ которыхъ онъ боролся или которые онъ защищалъ, еще не утратили своей остроты и чисто личныхъ чертъ. Поэтому теперь можетъ быть рѣчь только объ его научной дѣятельности, объ его заслугахъ въ сферѣ науки. Совершенно уместно, думается мнѣ, вспомнить объ этой сторонѣ дѣятельности покойнаго въ Обществѣ лѣтописца Нестора; правда, наиболѣе энергій и труда посвятилъ покойный задачамъ мѣстнаго Юридическаго Общества, председателемъ котораго онъ непрерывно состоялъ въ теченіи 6 лѣтъ, но онъ не мало сдѣлалъ и для научныхъ интересовъ Общества лѣтописца Нестора, давъ основаніе даже одному изъ старѣйшихъ членовъ послѣдняго объявить на могилѣ покойнаго, что его дѣятельность равно плодотворна для обоихъ этихъ обществъ.

Само собою понятно, что полная оцѣнка научныхъ заслугъ А. Θ. не возможна въ краткой рѣчи; здѣсь могутъ быть указаны только важнѣйшіе, общіе научные его выводы, представляющіе, такъ сказать, квинтъ-эссенцію его трудовъ. Эти выводы сосредоточены, главнымъ образомъ, во второмъ изданіи его учебника уголовного права, въ

этомъ заключительномъ произведеніи его научнаго творчества. Какіе же, спрашивается, эти выводы?

Прежде всего, по его мнѣнію, уголовное право, какъ и всякая отрасль обществовѣдѣнія, подчинена закону органическаго развитія, подобнаго тому, который опредѣляетъ положеніе языка и религіи въ народѣ. На почвѣ жизненныхъ потребностей, господствующихъ въ данное время, устанавливаются извѣстныя правоотношенія, которыя и закрѣпляются уголовнымъ закономъ. Уголовный законъ, такимъ образомъ, есть только закрѣпленіе тѣхъ правовыхъ отношеній, которыя выработаны народной жизнью, или, говоря иначе, одинъ изъ органовъ народнаго сознанія о правомъ и неправомъ въ данную минуту. Вообще, право не есть дѣло личнаго произвола, и законодатель, считающій себя творцомъ закона, въ сущности невѣдомо для себя является только органомъ отдѣльнаго момента въ исторіи развитія права. Сообразно съ симъ, и наука уголовного права есть только объясненіе, развитіе и углубленіе тѣхъ понятій, которыя живутъ въ сознаніи общества о преступленіи и наказаніи, одинъ изъ органовъ, посредствомъ котораго выражаетъ себя и развивается уголовное право. Самыя, по-видимому, самостоятельныя философскія построенія, носяція на себѣ внѣшнюю печать индивидуальности писателя-криминалиста, въ концѣ концовъ выражаютъ только то или другое убѣжденіе, живущее въ цѣломъ народѣ или въ такъ называемомъ обществѣ. Выражая понятія и убѣжденія о правомъ и неправомъ, живущія въ народѣ, а слѣдовательно и освящая соотвѣтствующія правоотношенія, достигшія полнаго признанія, наука уголовного права подчиняется закону постоянства. Но потребности и отношенія не остаются неизмѣнными; они, будучи произведеніемъ чловѣка, существа развивающагося, вмѣстѣ съ нимъ видоизмѣняются; органомъ этихъ новыхъ народившихся потребностей и отношеній, еще не достигшихъ общаго признанія, и является наука уголовного права, которая въ этомъ случаѣ подчиняется закону движенія, дѣйствующему также неизбежно, какъ и законъ постоянства (Учебникъ, стр. 54—56).

Это ученіе А. О. о правообразованіи и вліяніи на него науки весьма близко примыкаетъ къ ученію исторической школы Пухты и Савиньи о чисто объективномъ творчествѣ народнаго духа, исключаящемъ всякую роль индивидуальнаго убѣжденія, и, какъ таковое, раздѣляетъ его ошибки, увлеченія. Справедливо, что главная роль въ

правообразованіи принадлежит общенароднымъ потребностямъ и правовоззрѣніямъ, но невозможно отрицать вліяніе на него и воли отдѣльныхъ лицъ, мощныхъ силой или умомъ. Факты исторіи показываютъ, что, благодаря просвѣщенному и гуманному настроенію руководящихъ лицъ общества, какъ правителей, такъ и государственныхъ мужей, образованіе права вообще и уголовного въ частности въ отдѣльныхъ государствахъ въ данное время получало болѣе быстрый и совершенный ходъ, чѣмъ въ другое менѣе благоприятное для того время, подчиняясь, такимъ образомъ, болѣе закону движенія, динамики, чѣмъ постоянства, или статики. Съ другой стороны, невозможно отрицать вліяніе на правообразованіе и науки вообще или науки права въ частности; болѣе сильные умомъ мыслители не ограничиваются только выясненіемъ и углубленіемъ понятій о правомъ и неправомъ, живущихъ въ обществѣ, они нерѣдко идутъ впереди его и создаютъ новыя понятія, подсказываютъ новыя потребности, являясь, какъ долженъ былъ признать и самъ А. О., органомъ этихъ новыхъ потребностей и отношеній. Вообще, мысль о вліяніи индивидуальнаго момента на правообразованіе не была совершенно чужда покойному профессору; она сказалась какъ въ приведенномъ замѣчаніи, такъ еще болѣе въ другихъ, гдѣ онъ признаетъ, что наука должна идти впереди народнаго сознанія, явиться его руководящей силой, если новая идея или истина отвѣчаетъ потребностямъ общаго блага (Учеб., стр. 112—113), а также что въ дѣлѣ постепеннаго сокращенія объема примѣненія смертной казни извѣстную роль сыграли «усилія тѣхъ писателей и государственныхъ людей, которыя словомъ и дѣломъ способствовали уменьшенію смертныхъ казней и вѣры въ необходимость и полезность этого наказанія» (Ислѣд. о см. казни, стр. 28, 201—203, 279). Только эта мысль закрывалась въ умѣ А. О. представленіемъ, навѣяннымъ, надо думать, изслѣдованіемъ исторіи смертной казни, о преобладающей, господствующей роли общихъ факторовъ—народныхъ воззрѣній и отношеній, представленіемъ, которое и помѣшало ему опредѣлить должное значеніе индивидуальнаго момента въ общественныхъ явленіяхъ. Не смотря на это увлеченіе покойнаго, приводящее его къ самопротиворѣчію (ср. стр. 54, 190 и 113), его объективное направленіе не лишено своего жизненнаго смысла; оно было реакціей, доведенной, какъ это чаще всего бываетъ, до крайности, противъ направленія субъективнаго или метафизическаго, особенно

господствовавшего въ наукѣ XVIII и начала XIX вв., когда индивидуальному разуму приписывалась непомерно широкая роль, затмѣвавшая значеніе общественныхъ факторовъ. Ученіе А. Э. было предостереженіемъ для юристовъ своего отечества противъ увлеченія нѣмецкой метафизикой, забывающей явленія дѣйствительной жизни и факты исторіи, противъ излишней вѣры во всемогущество творческой дѣятельности личнаго разума.

Свой объективный взглядъ на науку уголовного права А. Э. еще ярче выразилъ въ ученіи о методахъ ея обработки, которыхъ онъ различаетъ три—догматическій, историческій и сравнительный (Учеб., стр. 33—35). Догматическій методъ, по его опредѣленію, есть систематическое изслѣдованіе и объясненіе въ цѣломъ и подробностяхъ дѣйствующаго уголовного права даннаго народа, раскрытіе смысла законовъ и лежащихъ въ нихъ основаній, въ одно и тоже время объединеніе ихъ одной общей идеей и анализъ, разложеніе ихъ на составныя части. Этотъ методъ, замѣчаетъ онъ, преобладаетъ и большею частью даже исключительно примѣняется въ европейскихъ университетахъ, но онъ самъ по себѣ, безъ помощи другихъ методовъ, давалъ чрезвычайно скудные и мало состоятельныя философскія положенія. Отсюда, съ перваго взгляда, можно было бы заключить, что А. Э. вообще врагъ догматической разработки уголовного права; на самомъ же дѣлѣ оказывается, что онъ отрицательно относится только къ метафизикѣ, а не къ положительному изслѣдованію. Положительное изслѣдованіе, состоящее въ изученіи дѣйствующаго права въ цѣляхъ не только выясненія и оправданія его современнаго жизненнаго смысла, но и опредѣленія условій его дальнѣйшаго развитія, прогресса, сообразно съ видоизмѣняющимися потребностями и отношеніями, всегда пользовалось сочувствіемъ А. Э., который оставилъ образцы такого изслѣдованія какъ въ рядѣ статей, такъ и въ частяхъ значительныхъ монографій, таково, напр., его прекрасное догматическое изученіе мѣръ пресѣченія по судебнымъ уставамъ въ его диссертациі по этому вопросу, его обстоятельное изложеніе постановленій общей части улож. о наказ. въ приложеніяхъ къ его учебнику угол. права и др. Напротивъ, метафизическіе приемы изслѣдованія, стремящіяся изъ готовыхъ предвзятыхъ идей исключительно усиліями разума, безъ справки съ явленіями дѣйствительности, вывести положенія дѣйствующаго права, всегда встрѣчали энергической протестъ покойнаго, до-

казывавшаго всю бесполезность подобныхъ построений. Нѣтъ ничего безплоднѣе, говоритъ онъ, какъ отвлеченно-схоластическое, помимо исторіи и дѣйствительной жизни, рѣшеніе вопроса; подобный способъ не можетъ повести ни къ какимъ научнымъ результатамъ; онъ порождаетъ только бесполезныя словопренія и игру въ слова (Изслѣд. о см. казни, стр. 276); здѣсь болѣе господствуетъ метафизика, руководимая разумомъ, не справляющимся съ фактами, чѣмъ положительная философія, старающаяся ближе уразумѣть сущность явленія и построить общее на основаніи той же дѣйствительности (Учеб., стр. 45). Такое рѣзко-враждебное отношеніе А. Ѳ. къ метафизическимъ приемамъ изученія уголовного права объясняется впечатлѣніями, вынесенными имъ какъ изъ слушанія лекцій своего профессора С. О. Богородскаго, такъ и изъ знакомства съ лучшими нѣмецкими учебниками и изслѣдованіями 40-хъ и 50-хъ годовъ. Эти впечатлѣнія говорили ему, что за произвольно-метафизическими понятіями и діалектическими тонкостями, на которыхъ покоятся логическія и послѣдовательныя построенія извѣстныхъ криминалистовъ—Кестлина, Гельшнера, Бернера перваго періода его ученой дѣятельности, а также нашего Богородскаго, забыта вся реальная жизнь человѣка съ ея видоизмѣнившимися потребностями и отношеніями, заслуживавшими вниманія къ себѣ и авторитетной научной поддержки, каковы, напр., вопросъ о нецѣлесообразности тѣлесныхъ наказаній, клейменія и выставки къ позорному столбу; мало того, замѣтно даже враждебное отношеніе къ гуманнымъ завоеваніямъ просвѣщенной культуры 18 в. (Учебникъ, стр. 168—169; С. О. Богородскій и его ученая дѣятельность, Ж. М. Ю., 1863 г., № 9-й).

Отрицательное отношеніе А. Ѳ. къ метафизикѣ не означаетъ, однако, вражды его къ философіи; напротивъ, какъ видно уже изъ приведеннаго выше текста, онъ признавалъ плодотворную роль той позитивной философіи, которая зиждетъ свои построенія путемъ и на основаніи изученія явленій дѣйствительности. Такую именно философію мы встрѣчаемъ въ изслѣдованіяхъ его по вопросамъ уголовной политики и, между прочимъ, въ лучшей монографіи покойнаго «О смертной казни», которая разработана, по словамъ самаго автора, по методу философско-историческому (см. Изсл. о смерт. казни, предисл. и стр. 11). Философскій методъ въ чисто-юридическихъ построеніяхъ автора переходитъ въ дедуктивный, состоящій въ томъ, что онъ об-



щія положенія отдѣльныхъ ученій устанавлюваетъ не на основаніи исключительно началъ положительнаго права, а путемъ обобщенія и анализа всевозможныхъ правовыхъ фактовъ и явленій, хотя бы они и не были объаты нормами дѣйствующихъ кодексовъ. Господство дедуктивнаго метода особенно видно въ первой половинѣ учебника уголовн. права, въ ученіи о преступленіи; здѣсь А. Θ. предлагаетъ намъ не научный только комментарий общей части отечественнаго кодекса, какъ поступаютъ большею частью французскіе криминалисты, а философію, такъ сказать, общей части угол. права, на основаніи началъ теоріи и сравнительнаго изученія постановленій кодексовъ. Постановленія кодексовъ служатъ для А. Θ. лишь матеріаломъ для построенія общихъ положеній и подкрѣпленіемъ правильности сдѣланныхъ выводовъ; выводы же устанавлюваются путемъ изученія разныхъ взглядовъ теоріи и законодательства, сведенія ихъ къ немногимъ типамъ и затѣмъ сопоставленія и оцѣнки. Нѣтъ, такимъ образомъ, ни апіорныхъ умозрительныхъ положеній, ни систематизаціи только началъ дѣйствующаго права, хотя бы и на основаніи данныхъ практики и началъ науки, какъ это имѣетъ мѣсто при индуктивномъ методѣ, а предлежитъ построеніе *общихъ принциповъ* науки уголов. права по методу дедуктивному или, какъ бы сказалъ А. Θ., по методу *философско-позитивному* (см. Учеб., предисл., IV и Изсл. о смерт. казни, стр. 11). Изъ сказаннаго видно, какъ велика ошибка тѣхъ, которые считаютъ А. Θ. представителемъ почти исключительно аналитическаго, индуктивнаго метода изслѣдованія; въ этомъ мнѣніи, объясненіе котораго можно видѣть въ нѣкоторой неясности и даже самопротиворѣчии замѣчаній покойнаго по данному вопросу, справедливо только то, что болѣе высокое научное значеніе представляютъ труды покойнаго, въ которыхъ преобладаетъ историческое изслѣдованіе вопроса.

Подъ историческимъ методомъ науки угол. права А. Θ. разумѣлъ изученіе зарожденія, развитія и накопленія понятій уголовнаго права, отъ ихъ начала до позднѣйшихъ временъ въ ихъ постепенномъ видоизмѣненіи и развитіи (Учеб., стр. 31). Начало же этихъ понятій относится еще къ первобытной эпохѣ, почему необходимо изученіе первобытнаго права какъ культурныхъ народовъ, такъ и современныхъ дикихъ или полудикихъ племенъ; матеріалъ для него можно найти въ запискахъ путешественниковъ и изслѣдователей, въ литературныхъ и художест-

венныхъ памятникахъ, какъ-то—въ произведеніяхъ поэтовъ и чисто народнаго творчества—въ пѣсняхъ, сказаніяхъ и т. п., а также въ уцѣлѣвшихъ обломкахъ древнихъ обычаевъ (Учебникъ, стр. 4, 31—32). Изученіе первобытнаго права, по мнѣнію А. Θ., должно пролить свѣтъ какъ на общій генезисъ понятій о преступленіи и наказаніи, такъ и на отдѣльные институты уголовного права раннихъ эпохъ, теперь изображаемые наукой часто такими чертами, которыя свойственны болѣе позднимъ періодамъ (Учеб., стр. 4—5).

Наконецъ, подъ методомъ сравнительнымъ А. Θ. понималъ въ окончательномъ его осуществленіи изученіе уголовныхъ законовъ всѣхъ временъ и народовъ, а въ ближайшихъ попыткахъ изложеніе уголов. законовъ двухъ, трехъ или нѣсколькихъ народовъ; такимъ образомъ, онъ долженъ обнять какъ дѣйствующіе угол. законы въ ихъ теоретическомъ и практическомъ примѣненіи, такъ и уголов. законы въ ихъ постепенномъ историческомъ развитіи (Учеб., стр. 33). По его мнѣнію, только тогда, когда будетъ открыто, пересмотрѣно и переработано уголовное право всѣхъ формацій, всѣхъ періодовъ и всѣхъ народовъ получится возможность создать науку угол. права въ ея истинномъ философскомъ значеніи, ибо только тогда достижимы высшее обобщеніе, установленіе законовъ, по которымъ угол. право развивается, выясненіе не эфемерныхъ, а осуществимыхъ задачъ будущаго (Учеб., стр. 45). Однако, для выполненія этой цѣли недостаточно изученія исторіи уголов. права, необходимо обращеніе къ общей внутренней исторіи человѣчества, къ исторіи его культуры и цивилизаціи, которая имѣетъ въ виду открытіе законовъ постепеннаго развитія человѣка и изображеніе этого развитія и его моментовъ. Обращеніе къ общей исторіи необходимо потому, что она проливаетъ свѣтъ на угол. право прежнихъ формацій, многія институты котораго безъ нея казались бы совершенно произвольными и даже нелѣпыми, каковы напр. суды божіи и пытка, раскрываетъ причины смѣняемости однихъ системъ преступленій и наказаній другими и, наконецъ, указываетъ источникъ прогрессивности дѣйствующихъ институтовъ угол. права (Учеб., стр. 41—44). Таковъ идеалъ научнаго построенія уголовного права, которое, по мысли покойнаго, только подъ этимъ условіемъ и можетъ получить названіе общаго уголовного права, т. е. изложенія общихъ началъ, выработанныхъ совокупною жизнью цѣлаго человѣчества (Учеб., предисл. и стр. 30). Этимъ именемъ покойный

назвалъ и свой учебникъ угол. права, прекрасно сознавая, какъ далека его трудъ отъ осуществленія названнаго идеала, отъ поставленной имъ громадной задачи; но это вина, замѣчаетъ онъ, не моя исключительно, а настоящаго состоянія науки, представляющей очень скудную разработку историческаго и современнаго состоянія угол. права другихъ народовъ, кромѣ европейскихъ (Учеб., предисл.). Мало того, историческая и сравнительная разработка угол. права даже европейскихъ народовъ находится только въ зачаточномъ состояніи, ибо, во 1-хъ, не исчерпана достаточно даже исторія угол. права отдѣльныхъ народовъ, а первобытное ихъ право совсѣмъ не затроуто, и во 2-хъ, законы даже періодовъ феодализма и абсолютизма въ Европѣ не достаточно обслѣдованы сравнительнымъ методомъ (Учеб., стр. 35).

Приведенные взгляды А. Θ. на историческій и сравнительный методъ разработки науки угол. права и на ея задачи справедливы, разумѣется, только какъ конечный идеаль, къ которому должна стремиться наука; иначе они представляются своего рода увлеченіемъ. И въ самомъ дѣлѣ, если наука угол. права можетъ быть названа этимъ именемъ въ истинномъ смыслѣ только какъ изложеніе общихъ началъ, выработанныхъ совокупною жизнью цѣлаго человѣчества, то, очевидно, что построеніе ея прежде разработки угол. права всѣхъ временъ и народовъ преждевременно и существующіе труды въ области угол. права лишены научнаго характера. Однако, самъ А. Θ. не рѣшился логически послѣдовать своему исходному положенію и издавнѣмъ учебника общаго угол. права лучше всего доказалъ его крайность и ошибочность. Съ другой стороны, не слѣдуетъ забывать, что наука угол. права имѣетъ дѣло не только съ исторіей, но и съ догмой, а послѣдняя для своихъ успѣховъ вовсе не требуетъ изученія дѣйствующаго права всѣхъ народовъ, какъ культурныхъ, такъ и некультурныхъ; такое универсальное, такъ сказать, изученіе права важно для его исторіи; но оно далеко не такъ важно для догмы права, разработкѣ котораго болѣе содѣйствуетъ дедуктивный методъ изслѣдованій, чѣмъ индуктивный; здѣсь достаточно болѣе доступнаго для человѣческихъ силъ изученія положительнаго права болѣе культурныхъ народовъ, какъ это имѣетъ мѣсто на самомъ дѣлѣ и какъ долженъ былъ поступить и самъ покойный въ наиболѣе богатомъ положительными источниками изслѣдованіи о смертной казни (см. стр. 232—241).

Реальная постановка болѣе широкой задачи—обнять законы всѣхъ и даже большей части народовъ не только не помогла бы развитію науки угол. права, а скорѣе его затормозила бы, такъ-какъ отвлекла бы научныя силы на долгое собираніе и изученіе чрезмѣрнаго объемомъ сыраго матеріала и тѣмъ помѣшала бы непосредственному творчеству, разработкѣ и безъ того обширнаго матеріала, чрезвычайно важной для успѣховъ правовой жизни. Вообще, едвали цѣлесообразно, думается мнѣ, ставить наукѣ какъ реальныя, такія задачи, которыя могутъ быть осуществлены усиліями только цѣлаго ряда поколѣній.

Не смотря на такую непомѣрно-широкую постановку А. Э. вопроса о задачахъ и методахъ науки угол. права, его взгляды не лишены своего важнаго жизненнаго значенія, какъ дальнѣйшее развитіе мысли о необходимости позитивной разработки угол. права. Многократное повтореніе А. Э. этой мысли не бесполезно потому, что, какъ болѣе или менѣе вѣрно замѣтилъ онъ, въ общемъ въ работахъ по уголовному праву господствуетъ скорѣе доктринерство, чѣмъ изслѣдованіе, болѣе страсть къ схоластическимъ спорамъ и мелкимъ контроверзамъ, чѣмъ стремленіе къ уразумѣнію дѣйствительныхъ явленій (Учеб., стр. 45). И въ самомъ дѣлѣ, обращаясь къ трудамъ многихъ даже сильныхъ умомъ современныхъ нѣмецкихъ криминалистовъ, какъ напр. Биндингъ, Гельшнеръ, Кесслеръ, Ортманъ, Конъ и др., мы находимъ у нихъ не мало схоластическихъ положеній, діалектическихъ тонкостей и контроверзъ, часто только затемняющихъ вопросъ и жизненную природу даннаго правоваго явленія, такъ-что сама собою напрашивается мысль, что наука угол. права пріобрѣла бы значительно больше, если бы усилія названныхъ криминалистовъ были направлены на историческую и сравнительную разработку положительнаго правоваго матеріала; здѣсь ихъ схоластика, діалектическая игра словъ нашла бы гораздо менѣе почвы для своего приложенія, отчего выводы и положенія ихъ получили бы болѣе жизненное значеніе. Говоря это, я вовсе не раздѣляю замѣтно сквозящей мысли А. Э. о меньшей важности или плодотворности догматической разработки угол. права (см. Учеб., стр. 33—35 и пр.), а признаю только, что послѣдняя должна состоять, главнымъ образомъ, въ изученіи жизненнаго смысла правовыхъ явленій во всей ихъ обстановкѣ и въ созданіи положеній, наиболѣе отвѣчающихъ дѣйствительности, съ возможнымъ устраненіемъ схоластическихъ и діалектическихъ построеній.

Въ заключеніе рассмотримъ взглядъ А. Θ. на роль обычая въ уголовномъ правѣ. Этотъ взглядъ, надо признаться, не лишенъ нѣкоторой неопредѣленности и противорѣчія. Сказанное замѣчается даже въ учебникѣ уголовного права; такъ, раздѣляя уголов. законы, какъ матеріаль науки угол. права, на три категоріи: законы писанные, законы, установленные обычаемъ, и законы въ ихъ судебномъ примѣненіи, А. Θ. находитъ, что при догматической разработкѣ угол. права не приходится обращаться къ обычаю, ибо, если не считать обычнаго толкованія закона въ судебной практикѣ, уголовные законы въ видѣ обычая въ тѣсномъ смыслѣ или неписаннаго права, вышли изъ употребленія у нынѣшнихъ европейскихъ народовъ (стр. 30—31). Совершенно иное значеніе обычаевъ, замѣчаетъ онъ, для историческаго и сравнительнаго изученія угол. права; здѣсь обычай является однимъ изъ богатѣйшихъ источниковъ, который тѣмъ важнѣе, чѣмъ древнѣе изслѣдуемая эпоха, ибо тогда уголов. право существовало только въ видѣ обычаевъ, которые были закрѣплены позднѣе писаннымъ словомъ (стр. 31—33). Однако, далѣе, въ ученіи объ угол. законѣ, мы читаемъ, что современное угол. право создается, главнымъ образомъ, законодательной дѣятельностью, при чемъ не исключается абсолютно дѣятельность и обычая, который, правда, имѣетъ весьма ограниченное примѣненіе, а именно, во 1-хъ, какъ руководство при толкованіи писаннаго закона въ видѣ авторитета дѣль, постоянно одинаково судимыхъ; во 2-хъ, какъ отрицательная сила, отмѣняющая дѣйствіе писаннаго закона путемъ его непримѣненія (стр. 193—194). Итакъ, не исключается, по словамъ А. Θ., вопреки сказанному имъ раньше, не только дѣйствіе, но и образованіе угол. права путемъ обычая и въ наше время; отсюда слѣдуетъ, что и при догматической его разработкѣ обращеніе къ обычаю является не только не бесполезнымъ, но даже необходимымъ. Повидимому, этотъ послѣдній взглядъ на значеніе обычая въ угол. правѣ былъ у А. Θ. преобладающимъ; названное заключеніе подтверждается рядомъ его замѣчаній по этому вопросу въ специальныхъ работахъ по обычному праву. Въ своей «Программѣ для собиранія обычаевъ по угол. праву» А. Θ. сознается, что матеріаль по обычному уголовному праву, при ближайшемъ вниманіи къ нему, оказался гораздо обильнѣе, чѣмъ онъ ранѣе предполагалъ, и что даже для надлежащаго уразумѣнія многихъ статей улож. о наказ. изученіе обычаевъ народа представляетъ

большую важность, такъ-какъ оно бросаетъ на нихъ яркій свѣтъ, отчего они получили для него ипой смыслъ, явились и понятіе, и объяснимѣ. Въ другомъ мѣстѣ онъ говоритъ, что важное значеніе обычнаго права для теоретическихъ цѣлей науки права несомнѣнно, ибо оно можетъ служить не только для объясненія и оправданія многихъ институтовъ дѣйствующаго писаннаго права, но и для руководства при рѣшеніи самыхъ трудныхъ вопросовъ текущей юриспруденціи и доктрины: такъ глубоки многія мысли, въ немъ скрывающіяся. Наконецъ, изученіе обычнаго права, по взгляду А. О., важно и въ методологическомъ отношеніи, такъ-какъ оно вноситъ въ науку права экспериментальный методъ изслѣдованія, придающій больше значенія вѣрованіямъ и убѣжденіямъ народа, чѣмъ субъективнымъ, метафизическимъ положеніямъ, а это пріучаетъ юриста-изслѣдователя къ бережному обхожденію съ жизнью народа, которую слѣдуетъ улучшать, а не ломать, и къ исканію въ нѣдрахъ народа того прогрессивнаго начала, котораго мы иногда ходимъ искать за море (См. Протоколы Кіев. Юр. Общ. отъ 16 февр. 1879 г., стр. 12). Хотя въ приведенныхъ текстахъ А. О. не говоритъ спеціально о значеніи обычая для угол. права, но общій характеръ мыслей даетъ основаніе примѣнить ихъ и къ этой отрасли права. Можно пожалѣть, что А. О., такъ много занимавшійся обычнымъ правомъ, не успѣлъ выяснитъ глубже роли обычая въ угол. правѣ; онъ ограничился лишь общими замѣчаніями о важномъ значеніи обычнаго права для теоретическихъ цѣлей науки, не показавъ наглядно—на примѣрахъ этого значенія, затѣмъ еще менѣе онъ сказалъ о творческой правообразовательной силѣ обычая, которая, правда, большею частью отвергается незнакомыми съ нимъ ближе криминалистами, просмотрѣвшими даже весьма важную роль судебного правообразованія.

Но если недостаточно выяснено А. О. значеніе обычая для догмы права, роль его для исторіи угол. права опредѣлена имъ въ большей мѣрѣ, чѣмъ кѣмъ-либо изъ русскихъ криминалистовъ. Особенно важныхъ послѣдствій, говоритъ А. О., можно ожидать отъ изученія обычая для исторіи права, такъ-какъ многія положенія отечественнаго законодательства еще живутъ въ памяти народа—въ его вѣрованіяхъ, обрядахъ и обычаяхъ; изучая эти послѣдніе, можно пролить яркій свѣтъ на нѣкоторыя темныя точки древнѣйшей исторіи нашего права (Указан. программа, стр. 16—17). Цѣлые институты

историческіе, будучи сами по себѣ темны или недостаточно ясны, могутъ быть возстановлены въ надлежащемъ свѣтѣ по тѣмъ обломкамъ ихъ, которые сохранились среди народа (Указ. протоколы, стр. 12); такъ, напр., темный въ исторіи права вопросъ о томъ, какимъ образомъ могла возникнуть наказуемость нѣкоторыхъ преступленій противъ нравственности, каковы, напр., незаконное сожительство, прелюбодѣяніе и тому подобныя нарушенія нравственныхъ обязанностей, съ обложеніемъ болѣе важныхъ изъ нихъ тягчайшими карами, не исключая и смертной казни, выясняется путемъ изученія міровоззрѣній и обычаевъ нашего народа, бытъ котораго сохранилъ до сихъ поръ многія архаическія черты (Статья: «Къ вопросу о цензурѣ правовъ у народа», стр. 1, 10—11). Вообще, по мнѣнію А. Θ., не только въ этомъ, но и въ другихъ темныхъ вопросахъ исторіи права изслѣдованіе народныхъ юридическихъ обычаевъ, скрывающихся въ народныхъ вѣрованіяхъ, легендахъ, народныхъ пѣсняхъ и сказкахъ, существовавшихъ и уцѣлѣвшихъ до нынѣ обрядовъ, затѣмъ сопоставленіе этихъ обычаевъ у разныхъ народовъ и разысканіе ихъ ближайшаго сходства гораздо скорѣе могутъ привести къ открытію настоящаго источника многихъ юридическихъ институтовъ, чѣмъ неизбежное обращеніе юристовъ къ положеніямъ римскаго и каноническаго права, часто совершенно бесплодное (Таже статья, стр. 10—11). Въ этомъ отношеніи особенно важно изученіе нашего обычнаго права, такъ-какъ въ составъ Русскаго государства входятъ многочисленныя народы и племена, стоящіе на самыхъ разнообразныхъ ступеняхъ культуры и цивилизаціи. На Кавказѣ, среди горскихъ племенъ можно наблюдать систему угол. права, главнымъ основаніемъ которой служить кровная месть, а на восточныхъ окраинахъ—у киргизовъ, калмыковъ и другихъ народовъ—въ высшей степени правильно организованную систему композицій или платы за убійство и другія преступленія. Болѣе внимательное изученіе быта русскаго народа и инородцевъ, прибавляетъ А. Θ., вѣроятно, не только устранить одностороннія теоріи родового и общиннаго быта, какъ исключительной особенности русскаго народа, но и вообще поможетъ теоретическому разъясненію той и другой системы (Программа, стр. 17).

Таковъ взглядъ А. Θ. на значеніе обычая для исторіи права вообще и уголовного въ частности; здѣсь онъ пошелъ далѣе общихъ замѣчаній и на вопросъ о половыхъ преступленіяхъ показалъ ихъ

конкретное примѣненіе; правда, А. Ө. не даетъ прямого рѣшенія поставленнаго имъ вопроса, ограничиваясь его возбужденіемъ и указаніемъ пути къ его разрѣшенію посредствомъ разработки собраннаго имъ этнографическаго матеріала, но его работа все же бросаетъ нѣкоторый свѣтъ на данный вопросъ, благодаря нѣсколькимъ цѣннымъ мыслямъ. Если бракъ издавна и доселѣ у народа есть дѣло общественное, если разные обряды выраженій похвалы и порицанія невѣстѣ и ея родителямъ и самый щекотливый обрядъ, касающійся интимнѣйшаго вопроса женской чести, совершаются въ общественномъ интересѣ, какъ все это утверждаетъ А. Ө. («Къ вопросу о цензурѣ нравовъ», стр. 2—3, 6, 8, 9 и др.), то отсюда само собою вытекаетъ заключеніе, что половое воздержаніе или цѣломудріе, по взгляду народа, есть благо не только личное, но и общественное, какъ одинъ изъ устоевъ общественной нравственности. А если такъ, то наказуемость вообще половыхъ посягательствъ и тяжкая кара важнѣйшихъ изъ нихъ на низшихъ ступеняхъ культуры находятъ достаточное для себя объясненіе, помимо вліянія церкви, въ возрѣніяхъ народа на общественную природу этихъ посягательствъ, возрѣніяхъ, которыя проложили себѣ путь и въ науку уголовного права.

Я изложилъ общіе итоги научной дѣятельности покойнаго проф. А. Ө. Кистяковскаго; останавливаясь на однихъ этихъ итогахъ или выводахъ по общимъ вопросамъ и не входя въ оцѣнку его работъ по частнымъ вопросамъ, нельзя, думается мнѣ, не признать, что наука права вообще и уголовного въ особенности утратила въ покойномъ выдающагося своего представителя, котораго ученая дѣятельность, по вѣрному замѣчанію одного изъ его друзей, образуетъ стадію въ развитіи не только русской, но и европейской науки <sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> См. В. Володиміровъ, А. Ф. Кистяковскій и его ученые труды, Журн. угол. и гражд. права, 1885 г., май, стр. 35.