

ная почва, на которой свобода обладает *наличным бытием*. Это опосредование, заключающееся в том, что я обладаю собственностью уже не только посредством вещи и моей субъективной воли, а также посредством другой воли и, следовательно, в некоей общей воле, составляет сферу договора.

*Примечание.* Разум делает столь же необходимым, чтобы люди вступали в договорные отношения — дарили; обменивались, торговали и т. д., — как то, чтобы они имели собственность (§ 45, прим.). Если для их сознания к заключению договора приводит потребность вообще, благожелательность, стремление к пользе, то в себе их приводит к этому разум, а именно идея реального (т. е. наличного лишь в воле) наличного бытия свободной личности. Договор предполагает, что вступающие в него признают друг друга лицами и собственниками; так как он есть отношение объективного духа, то момент признания в нем уже содержится и предполагается (ср. § 35, 57, прим.).

*Прибавление.* В договоре я обладаю собственностью посредством общей воли; именно интерес разума состоит в том, чтобы субъективная воля стала более всеобщей и возвысила до этого осуществления. Следовательно, определение *этой* воли в договоре остается, но в общности с некоей другой волей. Напротив, всеобщая воля выступает здесь еще только в форме и образе общности.

РАЗДЕЛ ВТОРОЙ  
ДОГОВОР

§ 72

Собственность, чья сторона наличного бытия или *внешности* не есть больше только вещь, а содержит в себе момент некоей (и, следовательно, другой) воли, осуществляется посредством *договора* как процесса, в котором воплощается и опосредуется противоречие, состоящее в том, что я *являюсь и остаюсь* для себя сущим, исключающим другую волю собственником в той мере, в какой я в воле, тождественной с другой волей, *перестаю* быть собственником.

§ 73

Я не только *могу* (§ 65) отчуждать собственность как внешнюю вещь, но и *вынуждаюсь* понятием отчуждать ее как собственность, дабы *моя* воля как *налично сущая* была

для меня предметной. Однако в соответствии с этим моментом моя воля в качестве отчужденной есть вместе с тем другая воля. Тем самым то, в чем эта необходимость понятия реальна, есть единство различных волй, в котором, следовательно, их различенность и своеобразие отрекаются от себя. Однако в этом тождестве воль содержится (на этой ступени) также и то, что каждая воля есть и остается не тождественной другой, для себя своей волей.

#### § 74

Тем самым это отношение есть опосредование воли, тождественной в абсолютном различении для себя сущих собственников, в котором содержится, что каждый из них по своей воле и воле другого *перестает* быть собственником, *остается им и становится им*; это отношение есть опосредование воли в отказе от некоей, а именно единичной собственности и воли принять таковую, т. е. собственность другого, причем в такой тождественной связи, что одно воление приходит к решению лишь постольку, поскольку налично другое воление.

#### § 75

Так как обе договаривающиеся стороны относятся друг к другу как *непосредственные самостоятельные лица*, то договор исходит а) из *произвола*; б) тождественная воля, вступающая в наличное бытие посредством договора, есть лишь *им положенная*, тем самым лишь *общая*, а не в себе и для себя всеобщая воля; г) предметом договора является *единичная внешняя вещь*, ибо только подобная вещь подчинена их голому произволу отчуждать ее (§ 65 и след.).

*Примечание.* Нельзя поэтому подводить под понятие договора *брак*; такое, надо сказать, позорное подведение дано у Канта (*Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. S. 106 ff.)<sup>38</sup>. Также не состоит в договорном отношении природа государства независимо от того, рассматривается ли государство как договор всех со всеми или как их договор с государством или правительством. Привнесение договорного отношения, так же как и отношений частной собственности вообще, в государственное отношение привело к величайшей путанице в государственном праве и действительности. Подобно тому как в прежние времена права и обязанности государства рассматривались и утверждались как непосредственная частная собственность особых индивидов, противостоящая правам государя и государ-

ства, так в новейшее время права государя и государства рассматривались как предметы договора и основанные на нем как нечто лишь *общее* в воле, возникшее из произвола людей, объединенных в государство. Сколь ни различны, с одной стороны, обе эти точки зрения, обеим им присуще то общее, что они переносят определения частной собственности в сферу совсем иную и более высокую по своей природе (см. ниже: Нравственность и государство).

*Прибавление.* В последнее время стали очень охотно рассматривать государство как договор всех со всеми. Все, как утверждают, заключили договор с государем, а он в свою очередь — с подданными. Это воззрение возникло как результат того, что поверхности мыслили лишь одно единство различных волй. Но в договоре ведь имеются две тождественные воли, обе они лица и желают остаться собственниками, следовательно, договор исходит из произвола лица, и эта исходная точка общая для договора и брака. Совсем по-иному обстоит дело в государстве, ибо индивиды не могут по своему произволу отделиться от государства, так как они являются его гражданами с природной стороны. Разумное назначение человека — жить в государстве, а если еще нет государства, то есть требование разума, чтобы оно было основано. Государство должно давать разрешение вступить в него или выйти из него; это, следовательно, не зависит от произвола отдельных людей, и государство зависит тем самым не на договоре, предпосылкой которого служит произвол. Неверно утверждать, что основание государства зависит от произвола всех, напротив, каждому абсолютно необходимо быть в государстве. Серьезный прогресс, достигнутый государством в новое время, состоит в том, что оно остается целью в себе и для себя и что каждый не может, как это было в средние века, действовать по отношению к нему, руководствуясь частными соглашениями.

#### § 76

Договор *формален*, поскольку те два согласия, посредством которых осуществляется общая воля, — негативный момент отчуждения вещи и позитивный момент ее принятия — разделены между двумя контрагентами — *дарственный договор*. *Реальным же* он может быть назван, поскольку *каждая из обеих договаривающихся воли* есть тотальность этих различных моментов и тем самым в одинаковой степени становится и остается собственником — *меновой договор*.

*Прибавление.* Для договора требуются два согласия на две вещи: я хочу приобрести собственность и отказаться от собственности. Реален тот договор, в котором каждый совершает все — отказывается от собственности и приобретает ее, оставаясь в самом отказе собственником. Формален тот договор, по которому лишь одна сторона приобретает собственность или отказывается от нее.

#### § 77

Поскольку в реальном договоре каждый сохраняет ту же собственность, с которой он вступает в договор и от которой он одновременно отказывается, то эта остающаяся тождественной собственность отлична в качестве *в себе* сущей в договоре от внешних вещей, которые при обмене меняют собственника. Она — ценность, по которой предметы договора при всем внешнем качественном различии вещей равны друг другу, есть их *всебущее* (§ 63).

*Примечание.* Определение, что *laesio enormis*<sup>39</sup> аннулирует взятые на себя в договоре обязательства, имеет, таким образом, свой источник в понятии договора и, ближе, в том моменте, что лицо, вступившее в договор посредством отчуждения своей собственности, остается собственником и, в более точном определении, в количественном отношении таким же. Нанесенный ущерб был бы не только огромен (таковым он считается, если превышает половину ценности), но и бесконечен, если бы в договоре или вообще стипуляции шла речь об отчуждении *неотчуждаемого имущества*. Стипуляция отличается от договора прежде всего по своему содержанию — тем, что она является собой отдельную часть или момент всего договора, затем также и тем, что она представляет собой *формальное установление* договора; об этом будет сказано позже. С этой стороны она содержит только формальное определение договора — согласие одной стороны нечто совершить и согласие другой принять это; поэтому ее причисляли к так называемым *односторонним* договорам. Деление договоров на односторонние и двусторонние, так же как и другие деления их в римском праве, — частью поверхностные сопоставления по отдельному, часто внешнему признаку, такому, например, как способ и характер формального аспекта, частью же в них смешиваются среди прочего определения, касающиеся самой природы договора, и определения, которые относятся лишь к осуществлению права (*actiones*) и правовым

действиям, согласно позитивному закону, часто же происходят из совершенно внешних обстоятельств и противоречат понятию права.

#### § 78

Различие между собственностью и владением, субстанциальной и внешней сторонами (§ 45), превращается в договоре в различие между общей волей как соглашением и осуществлением его посредством выполнения. Заключенное соглашение есть в отличие от выполнения для себя представляемое, которому поэтому, согласно своеобразному способу наличного бытия представлений в знаках (Энциклопедия философских наук, § 458 и след.), надлежит дать особое *наличное бытие* в выражении стипуляции посредством формальных жестов и других символических действий, в особенности с помощью определенного объяснения посредством речи, элемента, наиболее достойного духовного представления.

*Примечание.* Стипуляция по этому определению есть, правда, форма, посредством которой содержание, заключенное в договоре, имеет свое наличное бытие пока только как представляемое. Но представление есть лишь форма и не имеет такого смысла, будто содержание есть еще нечто субъективное, которое можно желать и хотеть таким или иным, но содержание есть совершенное волей окончательное решение об этом предмете.

*Прибавление.* Подобно тому как в учении о собственности мы имели различие между собственностью и владением, между субстанциальным и лишь внешним, так в договоре мы имеем различие между общей волей как соглашением и особенной волей как выполнением. Природа договора предусматривает, чтобы проявлялась как общая, так и особенная воля, потому что здесь воля относится к воле. Соглашение, проявляющееся в знаке, с одной стороны, и выполнение — с другой, у цивилизованных народов разделены, тогда как у примитивных народов они могут совпадать. В лесах Цейлона существует ведущий торговлю народ: люди выкладывают свою собственность и спокойно ждут, пока придут другие и предложат в обмен свою; здесь немое волеизъявление не различается от выполнения.

#### § 79

Стипуляция содержит сторону воли, тем самым и субстанциальный правовой элемент в договоре, по отношению

к которому сохраняющееся еще; пока договор не выполнен, владение есть для себя лишь внешнее, имеющее свое определение только в этом аспекте. Посредством стипуляции я отказался от своей собственности и от особенного произвола по отношению к ней; она стала уже собственностью другого, поэтому стипуляция юридически непосредственно обязывает меня к выполнению.

*Примечание.* Различие между простым обещанием и договором заключается в том, что при обещании то, что я хочу подарить, сделать, выполнить, выражено как относящееся к будущему и остается еще субъективным определением моей воли, которое я поэтому могу еще изменить. Наоборот, стипуляция договора уже сама есть *наличное бытие* решения моей воли в том смысле, что я отчуждаю мою вещь, что она уже *теперь* перестала быть моей собственностью и я уже признаю ее собственностью другого. Различие в римском праве между *pactum* и *contractus* — различие дурного рода. *Фихте*<sup>10</sup> когда-то высказал утверждение, что *обязательство* соблюдать договор *вступает* для меня в силу лишь с того момента, когда мой контрагент приступает к выполнению своего обязательства, ибо до этого я не уверен в том, *серьезно ли относился* другой к своему *заявлению*; поэтому обязательство до выполнения носит по своей природе только *моральный*, а не правовой характер. Однако изъявление стипуляции не есть изъявление вообще, а содержит установленную *общую волю*, в которой произвол *умонастроения* и его изменения снят. Речь, следовательно, идет не о том, что другой мог быть или стать *в глубине души* иначе настроенным, а о том, имеет ли он на это право. Возможность неправового произвола я сохраняю и тогда, когда другой уже начинает выполнять свои обязательства. Это воззрение Фихте сразу же обнаруживает свою ничтожность тем, что правовое в договоре основано на дурной бесконечности, на процессе, уходящем в бесконечность, на бесконечной делимости времени, материи, деятельности и т. д. *Наличное бытие*, которое *воля* имеет в формальности жеста или в для себя определенной речи, есть уже ее — как интеллектуальной воли — полное наличное бытие, по отношению к которому выполнение является лишним самости следствием. То, что в позитивном праве существуют так называемые *реальные контракты* в отличие от так называемых *консенсуальных контрактов* в том смысле, что первые рассматриваются как имеющие полную силу лишь в том случае, если к согласию присоединяется действительное выполнение (*res, traditio rei*), к делу не относится.

Реальные контракты частью представляют собой особые случаи, когда эта передача только и делает для меня возможным выполнить со своей стороны свое обязательство и выполнение моего обязательства относится лишь к вещи, поскольку она будет в моих руках, как, например, при ссуде, контракте о займе и передаче на хранение (это может относиться и к другим договорам), — обстоятельство, которое касается не природы отношения стимуляции к выполнению обязательств, а самого способа их выполнения; частью же здесь вообще предоставляется произволу устанавливать в договоре, что выполнение обязательств одной стороной проистекает не из договора как такового, а только из выполнения обязательств другой стороной.

#### § 80

*Деление договоров и основанное на этом осмыщенное рассмотрение их видов следует черпать не во внешних обстоятельствах, а в различиях, лежащих в природе самого договора. Это различия между формальным и реальным договором, затем между собственностью, владением и потреблением, между ценностью и специфической вещью. Тем самым мы получаем следующие виды (данное здесь деление в целом совпадает с Кантовым делением, данным в «Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre<sup>41</sup>. S. 120 ff., и давно можно было бы ожидать, что это разумное деление вытеснит обычную рутину деления договоров на реальные и консенсуальные, названные и неназванные контракты и т. п.).*

##### *A. Дарственный договор, а именно:*

- 1) передача вещи, так называемое *дарение* в собственном смысле;
- 2) *предоставление* вещи на время как дарение ее части или ограниченного пользования *ею и ее потребления*; предоставивший вещь в пользование остается при этом ее собственником (*mutuum* и *commodatum* без процентов). При этом вещь может быть *специфической*, или, даже будучи таковой, рассматриваться как всеобщая, или, наконец, считаться (как деньги) для себя всеобщей;
- 3) *дарение услуги* вообще, например простого хранения собственности (*depositum*). Дарение вещи с особым условием, что другой станет ее собственником только после

*смерти дарителя, т. е. когда тот уже и так не есть больше собственник; завещательное распоряжение не лежит в понятии договора, а предполагает существование гражданского общества и позитивного законодательства.*

### *B. Меновой договор*

#### *1) Мена как таковая:*

- а) обмен вещи вообще, т. е. специфической вещи, на другую, равную ей вещь;*  
*б) купля или продажа (emtio venditio); обмен специфической вещи на вещь, которая определена как всеобщая, т. е. которая действует как ценность и не имеет другого специфического назначения к использованию, — на деньги.*

*2) Отдача внаем (locatio conductio), отчуждение временного пользования собственностью за наемную плату, а именно:*

- а) специфической вещью, собственно отдача внаем, или*  
*б) всеобщей вещью, так что заемодавец остается лишь ее собственником, или, что то же самое, собственником ее ценности, — заем (тизит, в первом случае — также commodatum с платой за наем; дальнейший эмпирический характер вещи — палка ли она, утварь, дом и т. д., res fungibilis или non fungibilis — влечет за собой, как при одолживании, дарение № 2, другие, особенные, впрочем не имеющие большого значения, определения).*

*3) Договор о платном найме (locatio opere), отчуждение моей производительности или услуг, поскольку они отчуждаемы, на ограниченное время или с каким-либо другим ограничением (см. § 67).*

Этому родствен мандат и другие договоры, при которых выполнение обязательств покоятся на характере и доверии или на высших талантах и выступает несоизмеримость выполненного с внешней ценностью (именуемой здесь не платой, а гонораром).

### *C. Восполнение договора (cautio) обеспечением посредством залога*

*Примечание.* По договорам, которым я отчуждаю пользование вещью, я уже не владею ей, но все еще оставлю ее собственником (как при сдаче внаем). Затем я могу по меновым договорам, по договорам купли-продажи, а также по дарственным договорам стать собственником вещи,

еще не вступив во владение ею, как и вообще такое разделение происходит в отношении какого бы то ни было выполнения обязательства, если не имеет места одновременное выполнение своих обязательств обоими контрагентами. При залоге я либо остаюсь действительным владельцем ценности, которая все еще или уже моя собственность, либо в другом случае я получаю такую возможность, не владея специфической вещью, которую я передаю другому и которая сделается моей потом. Эта специфическая вещь есть при залоге моя собственность, но лишь по ценности моей собственности, предоставленной другому во владение, или собственности, которую другой должен предоставить мне; со стороны ее специфического характера и ее прибавочной стоимости она остается собственностью залогодателя. Залог есть поэтому не договор, а стипуляция (§ 77) — момент, дополняющий договор в отношении владения собственностью. *Ипотека, поручительство* суть лишь частные формы залога.

*Прибавление.* При рассмотрении договора мы провели различие, согласно которому посредством соглашения (стипуляции) собственность, правда, становится моей, но я не владею ею и обретаю это владение только посредством выполнения обязательства. Если же я собственник с самого начала, то целью залогового обеспечения является, чтобы я одновременно вступил и во владение ценностью собственности и, таким образом, уже в соглашении было обеспечено выполнение договора. Особым видом залогового обеспечения является поручительство, при котором кто-либо предоставляет свое обещание, свой кредит как гарантию выполнения моих обязательств. Здесь посредством лица осуществляется то, что при залоге осуществляется лишь вещно.

#### § 81

В отношении непосредственных лиц друг к другу вообще их воля есть столь же особенная, сколь *в себе тождественная* и сообща положенная ими в договоре. Поскольку они непосредственные лица, совпадение их особенной воли с *в себе сущей* волей, которая существует лишь посредством особенной воли, случайно. В качестве особенной воли, для себя от всеобщей воли *отличной*, она выступает в произволе и случайности усмотрения и воления, противного тому, что есть *в себе* право; это — *неправо*.

*Примечание.* Переход к неправу основан на высшей логической необходимости того, чтобы моменты понятия —

здесь право *в себе*, или воля как *всеобщая*, и право в его *существовании*, которое и есть *особенность* воли,— были положены как *для себя разные*, что принадлежит к *абстрактной реальности* понятия. Но эта особенность воли для себя есть произвол и случайность, от которых я отказался в договоре лишь как от произвола по отношению к *единичной* вещи, а не как от произвола и случайности самой воли.

*Прибавление.* В договоре мы имели отношение двух воль как некоего общего. Но эта тождественная воля есть лишь относительно всеобщая, положенная всеобщая воля и, следовательно, еще находится в противоположности особенной воле. В договоре, в соглашении, правда, заключено право требовать выполнения обязательства; однако оно в свою очередь дело особенной воли, которая в качестве таковой может действовать противно в себе сущему праву. Здесь, следовательно, появляется отрицание, которое уже раньше заключалось во в себе сущей воле; это отрицание и есть *неправо*. Ход развития вообще состоит в том, чтобы очистить волю от ее непосредственности и таким образом вызвать из ее общности особенность, которая выступает против этой общности. В договоре приходящие к соглашению стороны еще сохраняют свою особенную волю; следовательно, договор еще не вышел за пределы произвола и тем самым он остается во власти неправа.

РАЗДЕЛ ТРЕТИЙ  
НЕПРАВО (UNRECHT)

§ 82

В договоре право *в себе как положенное* есть его внутренняя всеобщность как *общее* произвола и особенной воли. Это *явление* права, в котором оно и его существенное наличное бытие, особенная воля, непосредственно, т. е. случайно, совпадают, переходит в *неправе в видимость* — в противопоставление друг другу права в себе и особенной воли, в которой право в себе становится *особенным правом*. Однако истина этой видимости состоит в том, что она ничтожна и что право восстанавливается посредством отрицания этого своего отрицания; посредством этого процесса своего опосредования, возвращения к себе из своего отрицания, оно определяет себя как *действительное и действующее*, тогда как вначале оно было только *в себе и нечто непосредственное*.

*Прибавление.* Право в себе, всеобщая воля, как суще-