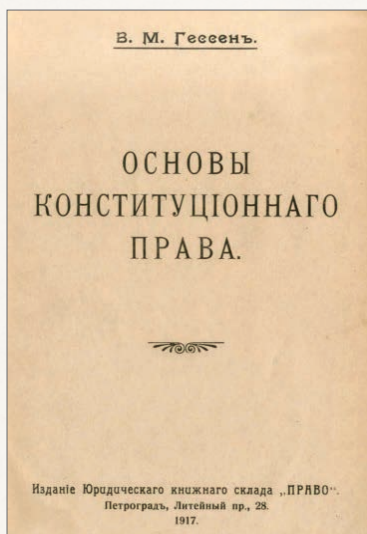




Владимир Матвеевич Гессен (Вольф Мунишевич Гессен) (1868—1920), российский государственный и политический деятель, юрист и либеральный публицист. Депутат II Государственной думы. В. М. Гессен являлся крупным специалистом в области государственного и гражданского права, истории правоведения, сторонником правового государства, которое, по его мнению, невозможно без установления парламентской республики. В. М. Гессен определял важнейшие признаки правового государства — разделение властей, главенство закона, определение и защита гражданских прав. Одним из первых российских ученых дал точное определение понятия «закон», разделив понятия «закон» и «правительственное распоряжение», которые среди правоведов считались тождественными до XX в.



В. М. Гессен

Основы конституционного права¹ (извлечение)

III. Конституционное государство

1. Понятие конституционного государства

Конституционным является государство, в котором народ или народное представительство принимают решающее участие в осуществлении законодательной и учредительной власти.

Наличностью представительных учреждений, облеченных законодательной властью, конституционное государство отличается: во-первых, от абсолютной монархии, в которой все органы верховного управления, за исключением монарха, имеют совещательный, а не законодательный характер, и, во-вторых, от сословной монархии, в которой не народное представительство, а представительство отдельных сословий или чинов участвует в осуществлении законодательной власти.

Единственным существенным (essentiale) признаком — необходимым и достаточным — конституционного государства является участие народа или народного представительства в осуществлении государственной власти.

Во всех без исключения конституциях мы встречаемся с одинаковой, по существу, формулировкой конституционного принципа: закон издается не иначе как с согласия народа или народного представительства, а в конституционных монархиях — не иначе как коллективно («в единении») монархом и народным представительством.

¹ Гессен В. М. Основы конституционного права. Пг. : Издание юридического книжного склада «Право», 1918.

Из конституционного принципа логически выводится совокупность других признаков, дополняющих характеристику конституционного государства.

2. Обособление законодательной и правительственной власти

Необходимым следствием так называемого конституционного начала является дифференциация или обособление законодательной и правительственной власти.

Наиболее последовательно и стройно начало обособления властей осуществляется республиканским строем. В непосредственных республиках законодательная власть принадлежит народу — т.е. совокупности полноправных граждан государства; в республиках представительных — народному представительству или парламенту. Правительственная власть принадлежит либо президенту, осуществляющему ее чрез посредство своих министров, либо правительственной коллегии, члены которой распределяют между собой отдельные отрасли управления.

Примером непосредственных республик могут служить швейцарские кантоны: в этих кантонах народ непосредственно осуществляет законодательную власть в двоякой форме — в форме так называемой *Landsgemeinde* (народного собрания) и в форме референдума. Народным собранием (*Landsgemeinde*), т.е. собранием всех полноправных граждан кантона, законодательная власть осуществляется в двух кантонах, Гларусе и Ури, двух полукантонах Унтервальдена и двух полукантонах Аппенцеля. В остальных кантонах законодательная власть осуществляется народом в форме так называемого референдума — т.е. всенародного голосования выработанных и принятых народным представительством законопроектов. При системе референдума представительное собрание («Большой совет») имеет характер подготовительной и совещательной инстанции, напоминающей наш старый Государственный совет; законодательная власть принадлежит народу, осуществляющему ее путем плебисцита, т.е. народного голосования. Только принятый народом законопроект становится законом.

Правительственная власть осуществляется в кантонах коллегией — Малым, или Правительственным советом, избранным либо непосредственно народом, либо Большим советом.

Что касается представительных республик — напр., Франции или Соединенных Штатов, то здесь законодательная власть осуществляется парламентом (в Соед. Штатах — конгрессом), состоящим из двух палат — Палаты депутатов и Сената. Органом правительственной власти является президент республики, избираемый во Франции Национальным собранием, т.е. общим собранием Палаты депутатов и Сената, а в Соединенных Штатах — народом, путем двухступенной подачи голосов.

Гораздо сложнее организация конституционных монархий. По своему историческому происхождению конституционная монархия должна быть рассматриваемая как переходная форма, как компромисс между старым и новым порядком. Последовательным и полным воплощением начала обособления властей является, конечно, одна только республиканская форма правления. Однако необходимые предположения, культурные и социальные основы республиканского строя не всегда и не везде имеются налицо. Монархические традиции необыкновенно



сильны и живучи. До тех пор, пока в сознании народных масс монарх остается живым олицетворением государственной идеи, республика как таковая невозможна; ибо республика будет мыслиться как анархия до тех пор, пока государство мыслится как монарх.

Начало обособления властей — рациональное начало; оно необходимо претерпевает более или менее значительные отклонения, преломляясь в исторической среде современных монархий.

Органом законодательной власти в конституционной монархии является «король в парламенте», сложный орган, состоящий из двух простых — короля и парламента.

Каждый закон в конституционной монархии является результатом совокупного действия парламента и короны. Воли короны и парламента сливаются в одну волю, которой конституция присваивает правотворческую силу. Закон является актом единой воли «короля в парламенте».

Правительственная власть в конституционной монархии осуществляется «королем в кабинете». Во всех конституционных государствах король является главой исполнительной власти. В государствах парламентарных фактическое значение короны может быть весьма невелико; *de jure*, однако, и здесь монарх управляет государством чрез посредство назначаемых и сменяемых им министров.

Таким образом, и в конституционной монархии обособление властей является несомненным фактом. Законодательная власть осуществляется сложным органом, «королем в парламенте»; правительственная — простым и единоличным — монархом.

3. Формальное понятие закона

Дифференциация органов законодательной и правительственной власти влечет за собой установление формального различия между законом как волеизъявлением законодательной, и правительственным актом как волеизъявлением правительственной власти.

Формальное понятие закона возникает впервые в конституционном государстве; во Франции оно санкционируется, на заре конституционной эры, Законом 12 октября — 6 ноября 1789 г.

Согласно этому Закону, декреты Национального собрания, санкционированные королем, каково бы ни было их содержание, должны носить имя и обозначение законов. Ту же мысль повторяет Конституция 3 сент. 1791 г.: «Декреты, санкционированные королем, и те, которые предложены тремя последовательными легислатурами, имеют силу закона и носят имя и обозначение законов»². Из Конституции 1791 года формальное понятие закона переходит в другие конституции революционного периода³; Конституционная хартия Людовика XVIII и Конституция Людовика Филиппа, послужившие прообразом для большинства современных конституций, никакого другого понятия закона, кроме чисто формального, не знают. И точно так же в органических законах 1875 г. мы встречаемся исключительно

² Const. du 3–14 sept. 1791, titre III, ch. III, sect. III; art. 6, art. 8.

³ Якобинская Конституция 24 июня 1793 г., ст. 54, различает две формы волеизъявлений законодательного корпуса — законы и декреты.

с формальным понятием закона. Законом во Франции является всякое волеизъявление парламента, независимо от его содержания: вотированный парламентом ежегодный бюджет — такой же закон, как общая норма, определяющая права и обязанности французских граждан⁴. Само собой понятно, что акты правительственной власти ни в каком случае не являются и не называются законом.

Из Франции формальное понятие закона рецепируется Германией. Рецепция этого понятия происходит, однако, не сразу: сначала конституционной доктриной (Моль, Вехтер, Цепфль, Цахарие и др.) и только впоследствии, не раньше 40-х гг., конституционным правом.

Германские конституции начала XIX века еще не проводят или, по крайней мере, не проводят отчетливо-формального различия между актами законодательной и правительственной власти.

Понятие закона определяется, как в праве предшествующей эпохи, материальным моментом: закон — это общая норма, устанавливаемая верховной властью.

Как известно, конституции рассматриваемого типа основаны на так называемом монархическом принципе. Согласно этому принципу, и в конституционной монархии обладателем всей полноты государственной власти остается монарх; и только в осуществлении некоторых ее полномочий, определяемых исчерпывающим образом конституцией государства, монарх ограничен или связан необходимым соучастием народного представительства. К числу полномочий, осуществляемых с участием представительства, относится, с одной стороны, не только издание законов, а с другой — издание не всех, а только некоторых законов. Так, например, согласно одной из наиболее ранних германских конституций, а именно Конституции Вальдека 19 апр. 1816 г., к компетенции земских чинов принадлежит: разрешение и регулирование совокупных — как постоянных, так и временных — налогов, заведование земской казной, обсуждение и одобрение всех вообще законов и распоряжений, вносящих изменение в конституцию страны, а также законов, касающихся собственности, личной свободы и приобретенных прав граждан. Все остальные законы (*alle ubrigen Landesgesetze*) издаются сувереном, причем, однако, по общему правилу — за исключением случаев, не терпящих отлагательства, — запрашивается мнение и заключение сословных чинов⁵.

Другие конституции той же эпохи — Баварская 1818 г., Баденская 1818 г. и др. — относят к компетенции чинов, кроме установления налогов, издание тех только законов, которые вносят изменение в конституцию или касаются личной свободы и собственности граждан. И только Вюртембергская конституция 1819 г. санкционирует категорическим образом формальное понятие закона: ни один закон не может быть издан, отменен, изменен или аутентически истолкован иначе как с согласия чинов. Начиная с 30—40-х годов формальное понятие закона рецепируется окончательным образом германскими конституциями; в конституциях Саксонской, Прусской и др. законом называется акт, изданный с согласия народного представительства, независимо от того или иного содержания этого акта.

Не подлежит никакому сомнению, что во всех без исключения современных конституциях мы встречаемся с тем же формальным понятием закона.

⁴ Jellinek, Gesetz u. Verordnung. С. 73 и сл. ; с. 99 и сл.

⁵ Waldeck. Landesvertrag, v. 19 April 1816, 25.



Конституционный закон — это закон в формальном значении этого слова. В конституционных монархиях законом называется всякое волеизъявление «короля в парламенте». Конкретное распоряжение законодателя является таким же законом, как и общая норма, установленная им. Организационные правила, определяющие внутренний распорядок правительственных учреждений, и правовые нормы, регулирующие права и обязанности граждан в их отношениях друг к другу и к государственной власти, одинаково являются законами, если только они исходят от законодательной власти.

Современные конституции называют законами акты законодательной власти, определяющие границы государства и его разделение на провинции, устанавливающие гражданский лист короля, разрешающие государственные займы и принудительное отчуждение частной собственности, натурализующие иностранцев и т.п. Государственная роспись доходов и расходов устанавливается ежегодным законом; равным образом законом определяется ежегодный контингент призываемых на действительную службу новобранцев.

В отличие от актов законодательной власти, волеизъявления власти правительственной никогда не являются законом.

Во многих государствах конституция предоставляет монарху чрезвычайно широкие полномочия в специальных областях управления, напр., в управлении церковном или военном. И, однако же, акты монарха, относящиеся к сфере военного или церковного управления, никогда и нигде не называются законами.

Конституции некоторых государств предоставляют главе государства так называемое чрезвычайно-указное право, т.е. право в чрезвычайных обстоятельствах издавать указы, обладающие силой закона, или, другими словами, принимать в порядке управления чрезвычайные и временные меры, приостанавливающие действие законов или вносящие изменения в их содержание. Такие указы, хотя и имеющие силу закона, не являются законами. Современные конституции называют их чрезвычайными указами (Nothverordnungen), а не «временными законами», потому что они исходят от правительственной, а не законодательной власти.

Как уже указано выше, публицистике старого режима известно одно только материальное понятие закона. Под законом понимается ею только общая норма, исходящая от верховной власти; наоборот, конкретное веление, исходящее от той же власти, не признается законом и, в противоположность закону, называется декретом, ордонансом, патентом, Verordnung и т.д. Само собой разумеется, что такое материальное понятие закона является юридически бессодержательным, ибо в абсолютной монархии законы и королевские распоряжения, по своему юридическому значению и юридической силе ничем не отличаются друг от друга.

В противоположность закону в материальном смысле — закон в формальном смысле от правительственного акта отличается не только по своему происхождению, но и по степени своей юридической силы. Понятие формального закона является юридическим понятием, потому что положительное право из этого понятия делает юридически существенные выводы, характеризующие в своей совокупности природу конституционного строя.

4. Преимущественная сила закона и подзаконность правительственных актов

Для того чтобы формальное различие законодательных и правительственных актов имело юридическое значение, необходимо, чтобы различием в форме этих актов обуславливалось различие в их существе, в их юридической природе.

Вопрос о формальном понятии закона отнюдь не является вопросом терминологии, более или менее общепринятой в конституционном праве. Значение этого вопроса заключается именно в том, что с разграничением актов государственной власти по формальному признаку современное право, т.е. право конституционного государства, категорическим образом связывает различие в степени юридической силы этих актов. Закон как волеизъявление законодательной власти является высшей нормой; он обладает той формальной силой закона, которой, по общему правилу, лишены правительственные акты.

Вопрос о преимущественном значении закона (*Vorrang des Gesetzes*), или — что то же — о формальной его силе (*formelle Gesetzeskraft*) является наиболее важным вопросом теории конституционного закона. На нем необходимо остановиться подробнее.

Господство законодательной власти в конституционном государстве является следствием ее «представительного» характера.

С точки зрения, господствующей со времени Французской революции, народное представительство является мандатарием народа: его воля — воля народа. Закон как выражение общей воли, *volonte generale*, господствует над «частными волями» отдельных органов государственной власти. Отсюда — тот культ закона, с которым мы встречаемся в эпоху Французской революции. Закон и правительственное распоряжение рассматриваются как акты — по самому своему происхождению — несоизмеримой величины; различие их источника обуславливает различную степень их значения и силы.

Преимущественная сила закона не должна быть, однако, понимаема как квалифицированная его обязательность для подданных. Закон не более «обязателен», чем судебное решение или правительственный акт, вошедшие в законную силу. Всякое волеизъявление государственной власти, в окончательной и законной его форме, является одинаково обязательным, а именно, обязательным безусловно. Законное распоряжение подчиненного агента исполнительной власти и судебное решение, вошедшее в законную силу, в такой же мере обязательны для подданных, как обязательны для них закон, издаваемый в порядке, установленном конституцией страны.

Государство, во всеоружии своих принудительных полномочий, одинаково обеспечивает обязательную силу своих волеизъявлений, от какого бы органа они ни исходили.

Не в отношении государства к своим подданным, а в отношении законодательной власти к правительственной обнаруживается так называемая преимущественная сила закона. Она выражается в квалифицированной устойчивости (*das grossere Beharrungsvermogen*) законодательных норм: закон не может быть отменен, изменен, приостановлен или аутентически истолкован иначе как законом; правительственный акт не может ни вносить изменений в содержание, ни приостанавливать действие законов.



Преимущественная сила закона является существенным моментом (*essentiale*) в понятии конституционного или формального закона.

Как уже указано выше, во всех конституциях мы встречаемся с одинаковой формулировкой конституционного принципа; законы издаются не иначе как с согласия народного представительства, а в конституционных монархиях — не иначе как коллективно народным представительством и монархом. Под законом конституционная формула понимает волеизъявление, обладающее «силой закона»; ее истинный смысл таков: никакие нормы, имеющие силу закона, или, другими словами, никакие акты, отменяющие, изменяющие, приостанавливающие или аутентически толкующие законы, не могут быть издаваемы иначе как с согласия народного представительства.

Преимущественной силе законов соответствует подзаконность правительственных актов.

Если действительно закон не может быть ни отменен, ни изменен иначе как силой закона, то это значит, что правительственный акт является юридически действительным лишь в меру своего соответствия или в меру непротиворечия закону: ни изменить, ни отменить закон правительственный акт не может.

Начало подзаконности правительственных актов является логически необходимым следствием конституционного принципа: где дан конституционный принцип, там вместе с ним дана подзаконность правительственной власти.

И тем не менее в действительной жизни конституционных государств рассматриваемое начало реализуется далеко не сразу.

Необыкновенно поучительно проследить, как медленно и с какими усилиями конституционное начало подзаконности правительственной власти побеждает традиции старого порядка, упорные и цепкие, еще долго продолжающие жить в условиях нового конституционного строя. Конституцию легко написать в один день; она осуществляется продолжительной коллективной работой политической мысли, политической борьбой многих сменяющих друг друга поколений.

В Англии, например, до издания знаменитого Билля о правах (1689 г.), prerogative короля считается не только общая приостановка законов (*suspending power*), но также освобождение отдельных граждан от обязанности соблюдения и исполнения их (*dispensing power*). Не подлежит никакому сомнению, что «право приостановки и диспенсаций» стоит в непримиримом противоречии с основным конституционным началом — началом подзаконности правительственной власти. Билль о правах полагает предел антиконституционному пониманию королевской prerogative. Согласно этому биллю, является одинаково незаконным как «предполагаемое право освобождать королевской властью от соблюдения и исполнения законов», так и «предполагаемое право приостанавливать законы и исполнение законов». С этого времени практика «законо-указов» — указов, имеющих юридическую силу закона, совершенно исчезает из конституционного права Англии.

И точно так же во Франции, до сравнительно недавнего времени, не только в административной практике, но и в доктрине административного права господствовало учение, доказывающее существование правительственных актов, имеющих надзаконный характер.

Мы имеем в виду учение о так называемых «политических» или «правительственных» актах — *acte politique* или *acte de gouvernement*, противопоставляемых «административным актам» в собственном смысле этого слова.

Существенным моментом в понятии «правительственного» акта, по словам Dufour'a, является его политическая цель. Тот акт, который имеет своей целью защиту всего общества как такового или общества, олицетворенного в правительстве, против его внутренних или внешних врагов, явных или скрытых, настоящих или будущих, является правительственным актом. Этот акт не может быть контролируемым государственным советом с точки зрения законности его содержания. В представительных государствах, говорит Vivien, бывают обстоятельства, когда, ввиду крайней общественной необходимости, министры принимают меры, нарушающие гражданские права. За такие меры они несут политическую ответственность перед парламентом, но являются неответственными перед административным судом. Вообще политические или правительственные акты обжалованию в судебно-административном порядке не подлежат, ибо, по самому своему существу, они имеют сверхзаконный характер — характер чрезвычайных указов, обладающих силой закона.

Нетрудно понять, что с точки зрения рассматриваемой теории исключительные полномочия правительственной власти, принадлежащие ей вопреки конституции, являются безгранично широкими по существу; теория эта переносит на республиканского главу государства полномочия, обыкновенно включаемые отжившей свое время старой доктриной в состав так называемой королевской прерогативы. Несостоятельность этой теории очевидна; и если при прежних режимах государственный совет, в длинном ряде своих решений, категорически высказывается в ее пользу, то в настоящее время, т.е. в эпоху Третьей республики, юриспруденция государственного совета не знает и не признает категории так называемых политических актов.

Что касается литературы французского административного права, то в ней до настоящего времени мы встречаемся, наряду с категорией административных актов, с категорией актов правительственных или политических. Однако последняя категория ничего общего с «политическими актами» старой доктрины не имеет.

Так, Laferrière под правительственными актами понимает декреты, основанные на конституции и имеющие своим предметом осуществление принадлежащих по праву президенту республики правительственных полномочий: декреты о созыве и роспуске палат, об отсрочке их сессий, об объявлении осадного положения, международные договоры и конвенции и т.п.

Поэтому Laferrière категорически утверждает, что за исключением полномочий, предоставленных правительству законом, оно не располагает правом издания каких-либо распоряжений, посягающих на субъективные права граждан, в интересах охраны общественного порядка и безопасности государства. Закон должен предоставить правительству полномочия, необходимые для охраны безопасности и порядка. Если эти полномочия недостаточны, порядок страдает; но отсюда не следует, что правительственная власть имеет право присвоить себе полномочия, не предоставленные ей законом.

Точно так же Duguit разграничивает понятие административных и политических актов. Под последними он понимает акты, регулирующие функционирование политических органов власти и взаимодействие между ними.



Что касается старой теории, называвшей политическими актами надзаконные указы, издаваемые правительством в интересах самосохранения, то, по мнению Duguít, теория эта в настоящее время почти единодушно отвергнута наукой.

Наконец, Berthelemy совершенно отрицает какое бы то ни было различие между политическими или правительственными и административными актами. Первые в такой же мере должны соответствовать закону, как и вторые; если они противоречат закону, они подлежат отмене в судебно-административном порядке. Не все вообще административные акты могут быть обжалованы в этом порядке, но это объясняется в каждом отдельном случае каким-либо специальным мотивом, а отнюдь не принадлежностью этих актов к категории правительственных или политических.

Таким образом, и во Франции, как и в других странах, только постепенно и с великим трудом конституционная доктрина подзаконности правительственной власти одерживает победу над необыкновенно живучими традициями абсолютизма. В настоящее время победа эта является совершившимся фактом.

Конституции некоторых государств предоставляют и в настоящее время главе государства право на издание так называемых чрезвычайных указов. Институт чрезвычайных указов (Nothverordnungen) известен конституционному праву Австрии, Бадена, Болгарии, Дании, Испании, Португалии, Пруссии, России, Саксонии, Черногории, Японии, Аргентины и Бразилии.

Чрезвычайные указы обладают юридической силой закона: они могут отменить, изменить, приостановить, аутентически истолковать закон; по своему юридическому действию они адекватны закону. Тем не менее чрезвычайно указное право началу подзаконности правительственных актов отнюдь не противоречит, во-первых, потому, что чрезвычайные указы издаются главой государства не иначе как на основании специальной делегации учредительной власти, и, во-вторых, потому, что они имеют провизорный характер — провизорный не только по своему назначению и цели, но и по существу конституционных гарантий, обеспечивающих кратковременное их применение. С одной стороны, чрезвычайные указы могут быть издаваемы единственно ввиду «крайних или чрезвычайных обстоятельств» (Австрия, Россия), «крайней необходимости в видах общественной пользы» (Баден) или «событий, грозящих нарушением общественной безопасности» (Болгария) и т.п. С другой стороны, как суррогат закона, чрезвычайные указы могут быть издаваемы единственно ввиду невозможности установления исключительной меры, имеющей неотложно-необходимый характер, в законодательном порядке; как только такая невозможность устранена, чрезвычайные указы должны быть облечены в законодательную форму.

Большинство конституций категорически указывает, что чрезвычайные указы могут быть издаваемы в то только время, когда законодательные палаты не находятся в сборе (Австрия, Болгария, Дания, Испания, Португалия, Пруссия, Россия, Япония, Черногория, Аргентина, Бразилия); законодательная мера, установленная чрезвычайным указом, должна быть предложена на рассмотрение и утверждение палат — «в возможно короткий срок» (Испания), или «как только они соберутся» (Бразилия, Португалия), или вообще «в ближайшую их сессию» (Болгария, Дания, Пруссия, Саксония, Япония, Черногория), или в течение определенного срока — четырех недель (Австрия), или двух месяцев (Россия) — после возобновления их

занятий. Если эта мера принимается палатами, чрезвычайный указ становится законом; если она отвергается, чрезвычайный указ перестает действовать. В необходимости последующей санкции чрезвычайных указов законодателем находит себе отчетливое выражение начало подзаконности правительственной власти.

5. Предмет закона

Вопрос о материальном разграничении компетенции законодательной и правительственной власти является основной проблемой конституционного права. До тех пор пока законодательная и правительственная власть сосредоточены в одних и тех же руках — в руках абсолютного монарха, вопрос этот практического значения не имеет. С того момента, как конституция осуществляет обособление властей, его разрешение становится не только теоретически, но и практически необходимым. Если бы любое отношение общественной и государственной жизни могло быть регулируемо в порядке управления, помимо законодательной власти, конституционный порядок законодательства не имел бы никакого значения и смысла.

Господствующая в Германии доктрина (Лабанд, Еллинек, Отто Майер, Аншютц и др.) утверждает, что в основе разграничения материальной компетенции законодательной и правительственной власти лежит так называемое материальное понятие закона. С точки зрения этой доктрины в положительном праве конституционных государств мы встречаемся с двояким — не только формальным, но и материальным понятием закона.

Законом, в материальном смысле, является всякая правовая норма, т.е. норма, регулирующая права и обязанности граждан, от кого бы она ни исходила: от законодательной или правительственной власти. Основное конституционное начало, согласно которому законы издаются не иначе как с согласия народного представительства, имеет в виду не формальное, а материальное понятие закона. Установление правовых норм является функцией законодательной власти. Правительственный акт не может определить ни прав, ни обязанностей граждан; он является технической, а не юридической нормой. Лабанд противопоставляет административные указы (*Verwaltungsverordnungen*) правовым указам (*Rechtsverordnungen*).

Первые устанавливают только технические нормы, или правила целесообразности; они могут быть издаваемы правительственной властью по собственному праву. Вторые являются законами в материальном смысле; только на основании и в пределах законодательной делегации они могут быть издаваемы в порядке верховного или подчиненного управления. Материальное понятие закона является, таким образом, понятием, разграничивающим сферу компетенции законодательной и правительственной власти. Без законодательной делегации правовому указу — указу *praeter legem*, регулирующему права и обязанности граждан, нет и не может быть места.

Такова теория, господствующая в германской доктрине. Мы считаем эту теорию безусловно несостоятельной.

Положительному конституционному праву не известно материальное понятие закона.

Ни в одной конституции мы не найдем прямого и категорического указания на то, что все правовые нормы должны быть устанавливаемы в законодательном



порядке и что, следовательно, без законодательной делегации они не могут быть устанавливаемы в порядке управления.

По мнению Лабанда, Еллинека и др., материальное понятие закона как правовой нормы дается основным положением конституционного права, формулируемым всеми без исключения конституциями.

Конституционная норма: «Законы издаются не иначе как с согласия народного представительства» имеет в виду не формальное, а материальное понятие закона. Иначе эта норма являлась бы бессодержательной тавтологией: закон в формальном смысле — т.е. норма, издаваемая не иначе как с согласия народного представительства, — издается не иначе как с согласия народного представительства.

В действительности достаточно самого поверхностного знакомства с историей происхождения рассматриваемой нормы, чтобы убедиться в том, что цель ее отнюдь не заключается в определении предмета закона. Предмет закона она предполагает известным. Прямой ее смысл заключается в следующем: те нормы, которые по конституции являются законами, или, другими словами, которые могут быть издаваемы не иначе как в законодательном порядке, должны быть издаваемы с согласия народного представительства. Смысл конституционного начала — не в определении предмета закона, а в определении законодательного порядка. Вопрос о предмете закона, и в частности, о том, все ли правовые нормы должны быть издаваемы в законодательном порядке, не только не решается, но даже не затрагивается рассматриваемой конституционной нормой.

Материальное понятие закона как правовой нормы, регулирующей права и обязанности граждан, — построение теоретической мысли, и притом исключительно германской теоретической мысли.

Ни французская, ни бельгийская доктрина не знают материального понятия закона; во всяком случае — за редкими исключениями — они не пользуются им для разграничения материальной компетенции законодательной и исполнительной власти. И тем не менее на практике такое разграничение не вызывает никаких или почти никаких недоразумений.

В самой Германии теория материального понятия закона впервые формулируется Лабандом в эпоху знаменитого в истории Пруссии бюджетного конфликта (1861—1865 гг.), как теория *ad hoc*, созданная для того, чтобы доказать правомерность безбюджетного режима. Конституционное начало («законы издаются не иначе как с согласия парламента»), по мнению Лабанда, имеет исключительно в виду материальные законы, т.е. правовые нормы, регулирующие права и обязанности граждан. Поэтому бюджет, не будучи материальным законом, при невозможности добиться его утверждения парламентом, вполне правомерно устанавливается в административном порядке.

По существу, не только во Франции и Бельгии, но и в Пруссии и Австрии мы встречаемся на каждом шагу с правовыми указами (т.е. правовыми нормами, устанавливаемыми в порядке управления), исходящими от главы государства без какого бы то ни было на то уполномочия законодательной власти.

В пределах закона, под условием непротиворечия ему, в порядке управления устанавливаются нормы, по своему материальному содержанию ничем не отличающиеся от законов. Для того чтобы примирить этот никем не отрицаемый

факт с вышеизложенной теорией, германские публицисты прибегают к понятию так называемой общей (а не специальной) делегации. Конституция возлагает на главу государства исполнение законов. Из этого постановления конституции доктрина выводит всеобъемлющую делегацию права на издание самостоятельных указов — указов *praeter legem*, восполняющих правовое содержание закона. Вряд ли необходимо доказывать, что при таком неопределенном и широком понимании делегации она теряет значение конституционного принципа, разграничивающего материальную компетенцию законодательной и правительственной власти. Для той же цели германские публицисты, во главе с Лабандом, толкуют весьма широко понятие административных указов; к числу последних они относят указы, имеющие вполне и безусловно правовой характер.

Противоречие между теорией и практикой, отмеченное выше, отнюдь не случайно; оно объясняется тем, что теория законодательной делегации указного права стоит в противоречии с природой правительственной власти в современных государствах. Господствовавшее некогда воззрение на правительственную власть как на исполнительницу законов давно уже отвергнуто наукой государственного права. В настоящее время никто не ограничивает правительственную деятельность механической функцией пассивного исполнения законов. Бесконечное множество изменчивых отношений государственной жизни не может быть охвачено системой устойчивых законодательных норм. Закон, по крайней мере в огромном большинстве случаев, имеет общий характер; текущие явления государственной жизни сплошь и рядом бывают настолько индивидуальны, что не допускают законодательной регламентации, не могут быть подведены под общую норму. Законодательная норма, по общему правилу, предусматривает будущее; но явления государственной жизни слишком разнообразны и нередко слишком случайны для того, чтобы их можно было вполне и исчерпывающим образом предусмотреть и регламентировать законом. Законодательная машина неповоротлива и тяжела; она работает лучше, но медленнее правительственного механизма. Законодателю не угнаться за быстротекущей жизнью; поэтому правотворческая деятельность правительства, восполняющая пробелы законодательства, является безусловно необходимой. В частности, издание, разумеется, в пределах закона, под условием непротиворечия ему правовых указов, необходимо признать естественной функцией правительственной власти. Юридическим титулом правового указа является не делегация законодательной, а природа правительственной власти.

В положительном конституционном праве материальное разграничение законодательной и правительственной власти основано на следующих началах.

Две области государственной деятельности отчетливо отмежеваны конституционным правом: во-первых, область исключительной компетенции верховного управления и, во-вторых, область исключительной компетенции законодательной власти.

Первая область (*Vorbehalt des Verwaltungsakts*) определяется прежде всего соответственной главой конституционных хартий о существовании королевской власти и затем другими многочисленными постановлениями конституционного закона. Сюда, по общему правилу, относятся полномочия монарха в сфере военного и церковного управления, право созыва и роспуска палат, право утверждения и



обнародования законов, право помилования, смягчения и отмены наказаний, право назначения должностных лиц, право заключения договоров, пожалования орденов и титулов, чеканки монет и т.д., и т. д.

Вторая область — область исключительной компетенции законодательной власти (*Verbehaltdes Gesetzes*) — определяется также конституционным законом. К ней прежде всего относится ревизия самого конституционного закона, для которого в некоторых государствах установлен особый, более сложный порядок. Сюда же декларации прав относят регламентацию так называемых прав свободы — неприкосновенности личности и жилища, тайны корреспонденции, свободы передвижения, неприкосновенности собственности, свободы собраний и обществ, свободы печати, вероисповедной свободы и др. Вообще, по прямому смыслу деклараций, права свободы не могут быть ограничиваемы иначе как на основании постановлений закона. Точно так же не иначе как в законодательном порядке определяется порядок приобретения и утраты подданства, устанавливаются повинности, пошлины и налоги, реформируется уголовное, материальное и процессуальное право и т.д., и т.д. Регламентация отношений гражданского права, согласно обычно-правовой норме, восходящей к эпохе абсолютных монархий, относится исключительно и всецело к компетенции законодательной власти.

Если бы действительно на основании общего конституционного принципа все без исключения правовые нормы подлежали установлению в законодательном порядке, соответственные постановления конституционных и обыкновенных законов, предписывающие законодательный порядок для определенной категории правовых норм, и в частности декларации прав современных конституций, не имели бы никакого значения и смысла.

Между областями исключительной компетенции властей, законодательной и правительственной, лежит средняя, нейтральная область — область конкурирующей деятельности той и другой. До тех пор, пока то или иное отношение общественной жизни остается нерегламентированным в законодательном порядке, его регламентация в порядке управления является не только возможной, но часто необходимой. Правовые указы — указы *praeter*, но не *contra legem* — не нуждаются в делегации законодательной власти. Такая делегация необходима для издания чрезвычайных указов, ибо эти указы не только обладают преимущественной силой закона, но также вторгаются в область исключительной компетенции законодательной власти. Право издания правовых указов в соответствии с законами, т.е. без противоречия им, является естественной функцией верховного управления. То, что в рассматриваемой области называется делегацией, правильнее называть поручением со стороны законодательной власти. Такое поручение не только не предоставляет правительству новых, ему не принадлежащих полномочий, но, напротив, ограничивает полномочия, принадлежащие ему. Оно обязывает правительство к изданию указа, который мог бы быть издан по его усмотрению. Оно определяет время издания указа, устанавливает пределы его действия, предписывает его содержание и форму. Поручение может иметь или не иметь места; во всяком случае, все то, что не должно быть регламентировано законом, может быть регламентировано правовым указом.

С этим указом в рассматриваемой области конкурирует закон. Пользуясь правом инициативы, законодательная власть может любое отношение нормировать

в законодательном порядке. По началу преимущественной силы закона (*Vorrang des Gesetzes*) всякое отношение, регламентированное законом, поскольку оно им регламентировано, изымается тем самым из сферы компетенции правительственной власти: только законом может быть отменен или изменен закон. Таким образом, в рассматриваемой области все, что регламентировано указом, может быть регламентировано законом; все, что регламентировано законом, регламентации указом не подлежит. После продолжительного существования представительного строя вопрос о разграничении властей законодательной и правительственной не представляет никаких затруднений. Все хоть сколько-нибудь существенные и важные явления государственной жизни успевают подвергнуться законодательной нормировке; поэтому дальнейшая их регламентация по необходимости становится делом закона. Но в начале конституционной эпохи такое разграничение является в действительности нелегкой задачей. Конечно, по началу преимущественной силы закона (*Vorrang des Gesetzes*) только законом может быть изменен закон. В частности, закон дореформенного строя, устанавливаемый волей монарха, не может быть изменяем иначе как конституционным законом. Вопрос заключается в том, какое из волеизъявлений монарха являлось законом в дореформенном строе?

Не только у нас в России, но и на Западе, в начале конституционной эры, ни теория, ни практика не дают положительного ответа на этот вопрос. Действуя на ощупь, с завязанными глазами, государственная власть руководствуется тем весьма неопределенным представлением о законе, в материальном и отчасти формальном значении слова, которое сложилось в доконституционную эпоху. То, что считалось законом в абсолютной монархии, становится законом в монархии конституционной.

С точки зрения конституционного права предмет закона определяется следующими тремя началами: началом исключительной компетенции законодательной власти в пределах, отмежеванных ей основными законами (*Vorbehalt des Gesetzes*); началом конкурирующей деятельности законодательной и правительственной власти по предметам, не входящим в состав так называемой прерогативы монарха; началом преимущественной силы законами (*Vorrang des Gesetzes*) во всех областях государственной деятельности вообще.

6. Отношение гражданства в конституционном государстве

Подзаконность правительственной власти является необходимым условием правового характера отношений между властью и гражданином. В конституционном государстве отношение это является правоотношением — т.е. отношением правового субъекта к правовому субъекту, а не властеотношением — т.е. не отношением субъекта к объекту.

Подзаконная правительственная власть определяется правом. Законодатель возлагает на нее определенные обязанности, предоставляет ей определенные права. Обязанностям правительственной власти соответствуют права, ее права — обязанности подвластных.

Подвластный в отношении к подзаконной правительственной власти является субъектом обязанностей и прав — правовым субъектом.

В абсолютном государстве индивид — объект власти; в государстве конституционном — субъект прав. Там он — подданный; здесь — гражданин; как



гражданин, он является правовым субъектом, субъектом публичных обязанностей и прав.

Субъективные публичные права индивида современной теорией сводятся к трем категориям.

Прежде всего так называемые права свободы. Правовое государство признает за индивидом определенную сферу свободы — сферу, за пределы которой вмешательство государственной власти не имеет и не может иметь места. Обязанности «невмешательства» государственной власти соответствует право на такое невмешательство индивида; право это, как всякое субъективное право, защищается судебным или судебно-административным иском; наличностью правопритязания фактическая свобода превращается в право свободы. Отдельные проявления этого права бесконечно разнообразны и многочисленны: все, что не запрещено индивиду, ему дозволено; и наоборот, все, что не дозволено власти, ей запрещено. Само собой разумеется, что не всякое проявление индивидуальной свободы нуждается в специальном законодательном признании и защите. Дело, однако, в том, что в государствах старого режима некоторые из таких проявлений, признаваемые неотъемлемым атрибутом человеческой личности, являлись объектом наиболее энергичных административных воздействий; именно такие проявления берутся современными конституциями под свою защиту, объявляются неотъемлемым правом человека и гражданина. В этом — значение и смысл так называемой декларации прав, составляющей интегральную часть огромного большинства конституций.

Постоянное вторжение нетерпимого абсолютизма в область религиозных убеждений влечет за собой признание религиозной свободы; цензурный режим абсолютизма, систематическое противодействие, оказываемое им естественному стремлению людей к объединению, к совместной и организованной деятельности, — влечет за собой признание свободы слова, права союзов и собраний и т.д., и т.д. Таким образом, возникает каталог политических свобод: свобода вероисповедания, печати, свобода личности, союзов и собраний, передвижения, свобода промыслов и занятий и т.д. Каждая такая «свобода» является частичным проявлением, особо гарантированным конституцией, одного и единого права — права общегражданской свободы.

Вторую категорию субъективных публичных прав образуют так называемые положительные публичные права индивида. К этой категории относятся все вообще права индивида на положительные действия государства в его интересах — права на услуги государственной власти. Типичным примером подобного права является право на судебную защиту — право иска.

Административная деятельность государства, в свою очередь, является источником бесконечного множества положительных публичных прав. Укажем для примера право на общественное признание, где такое признание обязательно; право на первоначальное обучение, где обучение всеобщее, и т.д., и т.д.

Наконец, к третьей категории субъективных публичных прав относятся так называемые политические права — права на осуществление государственной власти, на участие в образовании государственной воли. Наиболее важным политическим правом является, конечно, избирательное право — право избирать членов и быть избираемым членом представительных собраний. Само собой

понятно, что в абсолютных монархиях избирательное право признается исключительно в области местного самоуправления. В области законодательства избирательное право — важнейшее право гражданина — впервые создается конституционным режимом. Наряду с избирательным правом, существуют, конечно, и другие политические права — напр., наследственное право быть членом верхней палаты, право избранного быть членом палаты депутатов, право быть присяжным заседателем и т.д.

Необходимо заметить, что и в абсолютной монархии возникают и складываются отдельные категории субъективных публичных прав. И в абсолютной монархии судебная власть успевает, до известной степени, обособиться от законодательной и тем самым приобрести подзаконный характер; и здесь, таким образом, признается за индивидом так называемое право иска — право, которому соответствует обязанность судебной власти оказать потерпевшему от правонарушения судебную защиту. Некоторые права, по-видимому, принадлежат подвластным и в области административного законодательства. Независимо, однако, от крайней бедности своего содержания, права эти — уже в силу надзаконного характера правительственной власти — по необходимости лишены и достаточной определенности, и твердых гарантий. Не будучи правоприязнаниями, они являются скорее рефлексом объективного права, чем субъективными правами в собственном смысле этого слова.

Только в правовом государстве субъективное публичное право аналогично субъективному частному праву, ибо только здесь право это находит свое основание в законе, равно обязательном и для подвластных и для власти.

Таким образом, отнюдь не случайно учение о субъективных публичных правах возникает на почве конституционного строя. И если до настоящего времени учение о субъективных публичных правах в германской доктрине является одним из наименее разработанных вопросов конституционного права, то это в значительной мере объясняется именно ее отрицательным отношением к началу обособления властей. Из всех немецких публицистов мы считаем наиболее последовательным Борнгака, который, отвергая обособление властей, вместе с тем отвергает само понятие субъективного публичного права.

7. Правовые гарантии, создаваемые конституционным строем

С вопросом о субъективных публичных правах неразрывно связан вопрос о системе правовых гарантий, создаваемых конституционным строем.

В числе этих гарантий административная юстиция является наиболее важной.

Под административной юстицией современная доктрина государственного права понимает своеобразную и обособленную организацию судебной власти, призванную к защите субъективных публичных прав путем отмены незаконных распоряжений административной власти.

Отожествляя начало обособления властей с началом независимости их друг от друга, теория Монтескье является тем самым необходимым отрицанием административной юстиции как особой формы суда. Подчинение администрации судебному контролю рассматривается ее последователями как нарушение необходимого равновесия между административной и судебной властью, как установление недопустимой гегемонии второй власти над первой.



Именно потому французское право революционного периода (Закон 1800 г.) рассматривает административную юстицию как функцию административной, а не судебной власти; административная юстиция отличается от активной администрации лишь тем, что первая осуществляется коллегиальными, а вторая — единоличными органами административной власти.

С другой стороны, отрицая начало обособления властей, германская доктрина равным образом приходит к отрицанию судебного характера административной юстиции. По мнению Гнейста, административная юстиция отнюдь не является юстицией в собственном смысле этого слова, т.е. судебной организацией, охраняющей неприкосновенность субъективных публичных прав правительства и граждан, в их взаимных отношениях друг к другу. Административное право есть совокупность норм, определяющих осуществление государственной власти, исходящих от государства и существующих чрез государство и только в нем.

Административная юстиция призвана к исправлению всякого рода неправильностей, допущенных правительством при осуществлении им своей власти. Она охраняет объективный правопорядок, а не субъективные публичные права; она облакает административные акты в судебную форму, предоставляющую заинтересованным такие же гарантии, какие даются обыкновенным судом. Административная юстиция есть не что иное, как своеобразная организация административной власти, характеризующаяся коллегиальным устройством, независимостью членов административной коллегии, формальной процедурой.

Рассматриваемая с этой точки зрения административная юстиция является искусственным приспособлением — чем-то вроде регулятора паровой машины, — обеспечивающим правильное и равномерное действие правительственного механизма; судебный характер административной юстиции отнюдь не вытекает из ее сущности и не требуется внутренней ее природой.

Признавая административную юстицию — архимедов рычаг правового государства — судебной, а не административной функцией, мы тем самым необходимо признаем, что ее задачей непосредственно является охрана субъективных прав и лишь посредственно охрана объективного правопорядка. Только на почве учения о субъективных правах может быть построено учение об административной юстиции как особенной форме суда; в свою очередь, необходимым предположением учения о субъективных публичных правах является, как уже указано выше, теория обособления властей.

Возникая на почве теории обособления властей административная юстиция является наиболее существенной и необходимой гарантией правомерного характера правительственной власти. Другой — равным образом существенной и необходимой — гарантией такой правомерности является институт уголовной (и, конечно, гражданской) ответственности должностных лиц, и в частности институт ответственности министров. До тех пор пока во главе правительственной власти стоит абсолютный монарх, о правильной организации ответственности, хотя бы и подчиненных властей, не может быть речи, ибо всякий подчиненный агент, начиная с министра, рассматривается как исполнитель воли — по существу надзаконной — абсолютного монарха. Само собой понятно, что при таких условиях в абсолютной монархии министры не могут быть привлекаемы к ответственности иначе как усмотрением верховной власти. При этом сама ответственность

министров по необходимости носит не столько уголовный, сколько дисциплинарный характер: она является ответственностью не за нарушение закона, а за неисполнение служебного долга, за неповиновение воле монарха.

И точно так же так называемая «административная гарантия», т.е. требование разрешения начальства для привлечения к ответственности низших должностных лиц, является логическим следствием надзаконного характера административной власти вообще. Низшие агенты правительственной власти, действуя, хотя бы и незаконно, но соответственно «видам и намерениям высшего правительства», никакой ответственности не подлежат.

Цель «административной гарантии» и заключается в том, что начальство, разрешая судебное преследование, тем самым удостоверяет, что нарушение закона, вменяемое подчиненному в вину, совершено последним *proprio motu*, без каких бы то ни было указаний со стороны начальства. «Административная гарантия», существовавшая, в той или иной форме, во всех абсолютных монархиях, является наилучшим выражением надзаконного характера подчиненного управления, неотделимого от управления верховного.

Как уже указано выше, в эпоху Великой революции французская конституционная доктрина понимает обособление властей (*separation des pouvoirs*) в смысле их уравнивания. Под ее влиянием законодательство революционной эпохи (ст. 75 Конституции VIII г.), заимствуя принцип «административной гарантии» из старого права, обусловливает судебное преследование должностных лиц за противозаконные действия, имеющие должностной характер (*relatifs a leurs fonctions*) предварительным разрешением государственного совета. Цель «административной гарантии» усматривается, таким образом, в обеспечении правительственной власти от возможных на нее посягательств со стороны судебной власти.

Не подлежит сомнению, что, с точки зрения правильно понимаемой теории обособления властей, институт «административной гарантии» представляется во всех отношениях несостоятельным. Если действительно отделение правительственной власти от законодательной имеет своей целью и своим следствием подчинение первой власти второй, то, очевидно, репрессия должностных преступлений должна быть исключительным делом стоящего вне администрации независимого и общего суда. Во Франции отмена «административной гарантии» явилась одним из первых законодательных актов временного республиканского правительства: «гарантия» отменена, категорически и безусловно, Законом 19 сентября 1870 г.

Что касается ответственности министров, то, казалось бы, последовательное применение принципа «административной гарантии» необходимо требовало, чтобы привлечение министров к ответственности обусловлено было предварительным соизволением монарха. В действительности, однако, конституционная доктрина, с самого начала, под несомненным влиянием Монтескье, в вопросе об ответственности министров пошла по иному пути.

Рассматривая в знаменитой 6-й главе X книги «Духа законов» английскую конституцию как образцовую во всех отношениях, Монтескье поставлен был в необходимость теоретическими соображениями оправдать исторически сложившийся в Англии порядок привлечения к ответственности ближайших советников короны. Об ответственности министров Монтескье, впрочем, не говорит;



он говорит «О гражданах, которые в общественных делах посягают на народные права и совершают преступления, которых установленные судьи не могут или не хотят карать». Такие граждане должны быть привлекаемы к ответственности палатой общин и судимы верхней палатой — т.е. палатой пэров. Монтескье сознает вполне, что такой порядок идет вразрез с принципом обособления властей; тем не менее он считает его единственно целесообразным и справедливым — не в интересах поддержания законности управления, а «в частном интересе лиц, подлежащих уголовному суду». Под влиянием Монтескье английская система ответственности министров заимствуется многими континентальными конституциями; в частности система эта во Франции санкционируется конституциями 1814 и 1830 гг., а также действующим ныне конституционным Законом 16 июля 1875 г. В некоторых конституционных государствах английская система подвергается значительной модификации: удерживая существующий в Англии порядок предания министров суду — т.е. порядок предания их суду палатой народных представителей, многие конституции сам суд над министрами поручают либо высшему уголовному суду (Бельгия, Румыния), либо особому государственно-му суду, специально образованному для рассмотрения дел о преступлениях по должности, совершаемых министрами (Австрия, Венгрия, Саксония, Швеция, Норвегия и др.).

IV. Конституционное и правовое государство

Правовым государством мы называем государство, которое в своей деятельности, в осуществлении правительственных и судебных функций ограничено и связано положительным правом, стоит под правом, а не вне и над ним. Необходимым предположением правового государства является начало обособления властей. Осуществление этого начала возможно не иначе как в условиях представительной формы правления. Поэтому только конституционное государство может быть государством правовым; отождествление понятий правового и конституционного государства является общим местом современной германской доктрины государственного права.

Само собой, однако, разумеется, что реализация основными законами конституционного начала, будучи необходимым, не является достаточным условием правового государства.

Господство права в государственной жизни страны предполагает и требует последовательного и строгого осуществления начала подзаконности правительственной власти. Наличие сверхзаконных полномочий у главы государства — права диспенсации, права издания исключительных указов — противоречит существу правового государства. С другой стороны, для того чтобы государство могло быть признано вполне и безусловно правовым, необходима не только конституционная, но и административная реформа. Необходимо такое административное законодательство, которое сводило бы к возможному *minimum* у дискреционный характер полномочий правительственной власти; такое законодательство, которое, налагая на власть обязанности, предоставляло бы гражданам соответствующие этим обязанностям субъективные публичные права.

Наконец, без наличия системы правовых гарантий, обеспечивающих неприкосновенность публичных прав, нет и не может быть правового государства. В частности, административная юстиция — своеобразная организация судебной (а не административной) власти, назначение которой заключается в защите субъективных публичных прав путем отмены незаконных распоряжений административной власти, является краеугольным камнем правового государства.

Конституционное государство может быть более или менее правовым; антитезой абсолютной монархии является не правовое, а конституционное государство.