

Госуд. Книжный Фонд

И 131  
180

5140

ОЧЕРКИ ПРОМЫШЛЕННОЙ СОБСТВЕННОСТИ.

1931

П Р А В О

ПРОМЫШЛЕННОЙ КЛИЕНТЕЛЫ.

СОЧИНЕНИЕ

Николая Чернощкова.



131-2654

Книга имеет:

Печатных листов	Выпуск	В переплети. един. соедин. №№ вып.	Таблиц	Карт	Иллюстр.	Служебн. №	Наклад и исписка
8					90	31	7/1995

Паровая Скоропечатня Я. И. Либермана, Вознесенский просп., № 38-4. 1894.



## ГЛАВА ПЕРВАЯ.

### Экономическія основанія права промышленной клиентелы.

Утилитарное опредѣленіе права, выставленное Герингомъ, нельзя еще назвать вполне общепринятымъ; но всякій, думается намъ, согласится, что невозможно выразить ближе къ жизни сущность институтовъ торговаго права какимъ-либо инымъ опредѣленіемъ правомочія. Абстрактное понятіе воли далеко отъ промышленной жизни и промышленнаго права. Какъ магнитная стрѣлка къ полюсу, воля купца неизмѣнно направлена къ осуществленію имущественныхъ интересовъ; поэтому то безвозмездная сдѣлка не можетъ быть торговой, не можетъ быть подчинена нормамъ торговаго права. Основной законъ экономической дѣятельности—удовлетворять наибольшее число потребностей съ наименьшими затратами силъ и цѣнностей—основнымъ и исключительнымъ факторомъ и мотивомъ этой дѣятельности выставляетъ имущественный интересъ.

Если это такъ, если дѣйствительно понятіе охраненнаго интереса хорошо выражаетъ сущность институтовъ торговаго права, то необходимость начинать изслѣдованіе любого изъ нихъ съ анализа экономическихъ интересовъ очевидна. Фактическія отношенія экономической жизни далеко не такъ просты, какъ отношенія обыденной домашней жизни: широкое поле экономической дѣятельности служитъ ареной для борьбы и complicationi многочисленныхъ и крайне разнообразныхъ интересовъ. Выяснить взаимное отношеніе этихъ интересовъ, опредѣлить ихъ экономической предѣлъ, для юриста, изслѣдующаго институтъ торговаго права, безусловно необходимо и плодотворно по слѣдующимъ причинамъ: во-первыхъ, безъ анализа экономическихъ явленій, безъ уразумѣнія смысла и цѣли ихъ, совершенно невозможно критическое отношеніе къ положительному праву; во-вторыхъ, экономическіе интересы являются главными факторами, опредѣляющими юриди-

Дозволено цензурою. С.-Петербургъ, 17 Іюня 1894 г.



ческую конструкцию институтовъ торговаго права<sup>1)</sup>, а зная факторы, можно указать путь развитія института, ибо, очевидно, правовая норма, если тому не препятствуютъ какія-нибудь чисто-историческія причины, должна получить свое примѣненіе вездѣ, гдѣ только есть тождественные интересы; наконецъ, въ третьихъ, матеріальный объемъ правомочія институтовъ торговаго права долженъ опредѣляться мѣрою экономического интереса: онъ не долженъ быть шире послѣдняго, ибо это повело-бы къ стѣсненію экономической дѣятельности совершенно ненужными юридическими нормами.

Средства промышленной извѣстности (изслѣдованіе правовыхъ отношеній по поводу ихъ является предметомъ настоящаго сочиненія), — фирмы, марки, выѣски, проспекты, рекламы и т. п., являясь результатомъ затраченнаго труда и соображенія и будучи направлены на увеличеніе цѣнности предпріятія, должны быть подведены подъ понятіе невещественнаго капитала. Проф. Вреденъ (курсъ политической экономіи, 1880, стр. 111), говоритъ: „предметы неосязаемые, или *res incorporeales*, существующіе самостоятельно и какъ-бы вѣ своего собственника, подлежащіе разнообразнымъ уступкамъ и мѣновымъ сдѣлкамъ, составляютъ въ массѣ своей, если они участвуютъ въ производствѣ, капиталъ невещественный. Сюда относятся фирмы, штемпеля, разные промысловые знаки, конторы комисіонныя, нотаріальная, адвокатская кліентула, докторская практика, разныя привилегіи, монополіи и т. п.“ Отсюда видно, что невещественнымъ капиталомъ является особенная связь потребителей съ опредѣленнымъ предпріятіемъ или предпринимателемъ; имѣть фирму на экономическомъ языкѣ значитъ обладать болѣе или менѣе устойчивымъ числомъ потребителей, находится въ особыхъ условіяхъ спроса. Невещественный капиталъ приноситъ своему обладателю доходъ,

<sup>1)</sup> Рошеръ, въ предисловіи къ книгѣ Данкварта «Гражданское право и общественная экономія» (русскій переводъ Цитовича. Спб. 1866 стр. VIII и IX), говоритъ:... «цивилизъ не можетъ обойтись безъ народно-хозяйственныхъ воззрѣній... Удовлетворить этимъ (т. е. человѣческимъ) потребностямъ, — вотъ цѣль, какую имѣли въ виду законы и другія юридическія учрежденія, и съ измѣненіемъ этихъ потребностей вообще и въ цѣломъ параллельно совершается и измѣненіе законовъ. Юристы перѣдко говорятъ о саморазвитіи юридическихъ институтовъ, какъ богословы или философы толкуютъ о саморазвитіи догмъ и идей. Но не слѣдуетъ обманываться образностью подобныхъ выраженій: они только указываютъ на чрезмѣрную отвлеченность погружившагося въ свой матеріалъ изслѣдователя. На самомъ дѣлѣ люди и строятъ и измѣняютъ юридическіе институты, догмы религіи и философіи...»

который можно назвать рентой, если, какъ это дѣлаетъ проф. Вреденъ (тамъ-же, стр. 224), слѣдуя Шеффле, подъ рентой понимать всякій доходъ отъ исключительныхъ условій спроса. Чтобы создать невещественный капиталъ, нужно много труда и умѣнья: раздутыя рекламы и мода могутъ, конечно, также установить связь потребителей съ предпринимателемъ, но не на долго; прочную связь устанавливаетъ только добросовѣстное веденіе дѣла. Разъ невещественный капиталъ созданъ, то у обладателя его, какъ и у обладателя вещественнаго капитала, возникаетъ интересъ въ исключительномъ пользованіи имъ, въ охранѣ его отъ посягательствъ другихъ лицъ. Этотъ интересъ долженъ получить юридическую охрану; ибо „*sum sine tribuere*“ — основная норма права: нельзя, конечно, допустить, чтобы у человѣка отнимались плоды его трудовъ, часто трудовъ упорныхъ и сопряженныхъ съ большимъ имущественнымъ рискомъ. Французскій экономистъ Limousin опредѣляетъ собственность, какъ „*resultat du travail*“ (см. Méneau. *Idées nouvelles sur les marques de fabrique et de commerce*. Paris. 1879. Стр. 11); Méneau указываетъ<sup>1)</sup> невѣрность этого опредѣленія: часто трудъ даетъ только личное требованіе, а съ другой стороны здѣсь упущены еще безвозмездные титулы собственности. Это вѣрно, но вѣдь указанное опредѣленіе не юридическая дефиниція собственности, а только нравственно-экономическое оправданіе ея; здѣсь указанъ только одинъ титулъ собственности, но титулъ, можетъ быть, самый важный: исключительное право на вещь представляется такъ естественнымъ, такъ справедливымъ, если эта вещь создана самимъ обладателемъ.

Итакъ, исключительное обладаніе невещественнымъ капиталомъ должно быть правомъ охраняемо и дѣйствительно имъ охраняется. Эту цѣль преслѣдуетъ юридическій институтъ, терминологія котораго совсѣмъ еще не установилась: его называютъ „*propriété intellectuelle*“, „*geistige Eigentum*“ — духовная собственность, или „нематериальное вещное право“ („*Immaterielles Gutrecht*“ — терминъ Stobe); иногда даже подводятъ этотъ институтъ подъ понятіе „права личности“ (Klostermann) или „права на индивидуальность“, („*Individualrecht*“ — терминъ Kohler'a и Gareis); примѣнительно къ терминологіи римскаго права слѣдовало бы его назвать „*quasi-dominium*“<sup>2)</sup>. Отдѣльными видами квази-собственности являются: собственность музыкальная худо-

<sup>1)</sup> Но самъ онъ (на стр. 16) говоритъ: «*si c'est (право на марку) la propriété, il doit avoir pour objet un produit quelconque de l'effort du fabricant.*»

<sup>2)</sup> Владѣніе вещами неосязаемыми (правами) = *quasi possessio*.



жественная, литературная, промышленная, право изобретателей и т. п. (*propriété artistique, littéraire, industrielle*). Все эти права охраняютъ невещественный капиталъ, клиентелу (*achalandage Kundschaft*), все они съ экономической точки зрѣнія являются монополіями. Область *quasi-dominium*, какъ всякій это можетъ видѣть, очень широка, и мы намѣрены заняться изслѣдованіемъ лишь незначительной части ея, именно правомъ на промышленную клиентелу (*propriété industrielle*). У римскихъ юристовъ мы не найдемъ *quasi-dominium* (хотя-бы и подъ другимъ названіемъ), такъ какъ въ римской жизни невещественные капиталы совершенно не имѣли того значенія, какое имѣютъ теперь: категорию *res incorporales* составляли у нихъ только правомочія<sup>1)</sup>. Институтъ *quasi-dominium* есть порожденіе свободнаго труда, не знакомаго Римлянамъ; это—институтъ недавняго, почти современнаго, происхожденія, что ясно можно видѣть уже при изслѣдованіи только той категоріи квази-собственности, которой мы намѣрены ограничить нашу работу.

Не всегда промышленность была свободна, не всегда принципъ свободной конкуренціи признавался господствующимъ, и даже теперь онъ проводится далеко не во всей своей послѣдовательности: во всехъ культурныхъ странахъ примѣнялся въ известную эпоху, болѣе или менѣе энергично, принудительный режимъ народнаго хозяйства (меркантилизмъ, прогибитивизмъ, протекціонизмъ). Исторія протекціонизма—не наша задача, но нѣкоторыя его свойства намъ необходимо указать. При принудительномъ режимѣ народнаго хозяйства продукты промышленности должны были точно соответствовать легальнымъ образцамъ: государство брало на себя заботу промышленной конфектуры, указывая, что и какъ долженъ производить предприниматель, а вмѣстѣ съ тѣмъ, слѣдовательно, что долженъ покупать потребитель. Товаръ, неудовлетворявшій условіямъ правительственной регламентаціи, браковался и конфисковался, а фабрикантъ, вздумавшій пооригинальничать, подвергался различнымъ наказаніямъ: штрафовался, привязывался къ позорному столбу и т. п. Личная инициатива,

<sup>1)</sup> Возможно ли право на право? Отрицательный отвѣтъ даетъ изъ русскихъ цивилистовъ Мейеръ (Русское гражданское право 1868. стр. 105—106), утвердительный—Побѣдоносцевъ (Курсъ гражданского права ч. I, Спб. 1892, стр. 7). Взглядъ послѣдняго наиболѣе правиленъ: всякое имущественное право (правомочіе) является экономической цѣнностью, и, какъ таковая, можетъ сдѣлаться объектомъ новыхъ юридическихъ отношеній. Владѣніе обязательственнымъ или закладнымъ правомъ, закладное право на обязательство, обязательственное право на наследство,—все это—реальные факты.

личная конфектура устранилась, какъ вещь вредная и лишняя: государство брало на себя задачу одной своей силой создать благосостояніе народа.

Принудительная система примѣнялась, какъ мы сказали, почти вездѣ; зачатки ея были и у насъ въ Россіи. До Петра Великаго господствовало убѣжденіе, что Россія страна земледѣльческая по преимуществу; фабричной промышленности не было, Россія довольствовалась кустарными и сельскими промыслами. Фабрики возникли впервые при Петрѣ, которому нужны ружья, порохъ, сукно для арміи и т. п.; фабричная промышленность возникла у насъ въ силу военныхъ потребностей. Сначала это фабрики правительственныя, но собственныхъ силъ у правительства не хватаетъ, и оно начинаетъ привлекать къ фабричной дѣятельности и частныхъ лицъ. Петровский указъ 16 января 1712 г. (П. С. З. № 2467, см. Нисселовичъ. Исторія заводско-фабричнаго законодательства Россійской Имперіи. 1883—84, т. I, стр. 21—22) говоритъ: „заводъ суконный размножать не въ одномъ мѣстѣ, такъ чтобы черезъ пять лѣтъ не покупать мундира заморскаго, а именно чтобъ не въ одномъ мѣстѣ завести, а заведши дать торговымъ людямъ, собравъ компанію; буде волею не похотятъ, хотя въ неволь....“; очевидно, въ виду военныхъ цѣлей церемониться было неумѣстно. Такъ возникли у насъ частныя фабрики, но что онѣ изъ себя представляютъ? это—отдѣленія военнаго интендантства, гдѣ правительство все, и качество продукта, и способъ производства, опредѣлитъ до мельчайшихъ потребностей. Позднѣе цѣли Петра становятся шире: въ жалованной грамотѣ Шафирову и Толстому (П. С. З. № 3089, см. Нисселовичъ, стр. 23—24) онъ говоритъ: „... мы прилежное стараніе имѣемъ о распространеніи въ Государствахъ Нашихъ и пользѣ общаго блага и пожитку подданныхъ Нашихъ; купечества и всякихъ художниковъ и рукодѣлій, которыми все прочія благоучрежденныя государства процвѣтаютъ и богатятся“. Такимъ образомъ у правительства сразу установился взглядъ на фабричную промышленность, какъ на дѣло государственное. Послѣдствіемъ этого взгляда была опека и регламентація фабричной промышленности: петровскіе указы регламентируютъ видъ, форму и цѣну продуктовъ (см. примѣры у Нисселовича, стр. 32). Въ томъ-же положеніи находилась наша фабричная промышленность и при преемникахъ Петра Великаго: при Аннѣ Ивановнѣ издается обширный „Регламентъ“ и „Работныя регулы“; при Екатеринѣ II режимъ этотъ нѣсколько ослабляется, но окончательный поворотъ



въ пользу свободной промышленности принимаетъ наша экономическая политика только въ эпоху Александра I.

При описанной выше системѣ народнаго хозяйства качество и свойства продуктовъ были точно опредѣлены закономъ или предписаніями публично-правовыхъ промышленныхъ союзовъ, цеховъ или гильдій. Товаръ, удовлетворявшій условіямъ легальной или цеховой регламентаціи, снабжался маркой (обязательной), служившей удостовѣреніемъ его свойствъ и качествъ (*marque obligatoire, plomb de fabrique, Gilde siegel*). Потребителю стоило только посмотреть, имѣется-ли такая марка на товарѣ, и онъ сразу узнавалъ, что за ней скрывается, если законный типъ товара ему извѣстенъ. Это удобно, но за то, если вкусъ потребителя не сходится со вкусомъ правительства, онъ не найдетъ нигдѣ нужнаго ему товара. Возможно-ли при такомъ порядкѣ предпринимателю создать невещественный капиталъ, возможно-ли установить прочную связь потребителей съ предпріятіемъ? очевидно, нельзя, ибо всѣ фабриканты производятъ товаръ совершенно тождественнаго качества, и публикѣ нѣтъ основанія предпочитать одно предпріятіе другому; для всѣхъ фабрикантовъ общимъ руководителемъ является правительство. Ясно, что въ виду такого положенія личная марка фабриканта не имѣетъ почти совершенно значенія, и нѣтъ никакихъ основаній охранять исключительное пользованіе ею правовыми нормами.

Принудительный режимъ промышленности примѣнялся почти повсюду, но такова судьба всякаго государственнаго протекціонизма, что за него рѣдко приходится быть признательнымъ; не вездѣ есть Кольберы, а гдѣ они есть, они не вѣчны; какъ только во главѣ дѣла станетъ простой чиновникъ, дѣятельность и таланты котораго не переходятъ ординарныхъ предѣловъ, фатальныя послѣдствія такой политики неизбѣжны. Какой громадный вредъ иногда приносила эта опекунская политика, можно видѣть изъ слѣдующаго примѣра (*Emile Bert. De la concurrence déloyale. Paris. 1888. Стр. 2*): „*les fabricants de soieries de Tours, ne pouvant ramener la largeur de leurs étoffes à la dimension nouvellement fixée par les réglemens, durent subir la concurrence étrangère, et l'on cite ce fait que, de sept mille métiers qui étaient à Tours en 1666, il n'en restait plus que mille en 1675*“. Французская революція положила конецъ этому порядку, уже ранѣе расшатанному реформами Тюрго: закономъ 2—17 Марта 1791 года провозглашена была свобода труда и торговли, принудительные цехи (*jurandes*) уничтожены. Этотъ принципъ свободы яв-

ляется въ настоящее время общепринятымъ: личной инициативѣ, личнымъ талантамъ предпринимателя открыто теперь широкое поприще.

Ясно само-собой, что при режимѣ свободы продукты не могутъ быть такъ однообразны, какъ въ эпоху меркантильнаго протекціонизма. Разнообразіе продуктовъ — первое и необходимое слѣдствіе свободы конкуренціи: каждый производитель стремится захватить рынокъ въ свои руки, а для этого необходимо, чтобы продукты его чѣмъ-нибудь превосходили продукты конкурента; поэтому, каждый производитель придастъ своему товару какой-нибудь своеобразный отпечатокъ. Товары конкурентовъ всегда нѣсколько различны; каждый производитель, каждый купецъ (послѣдній въ способѣ исполненія заказовъ), являются въ извѣстной степени монополистами. Если потребитель до мельчайшихъ подробностей опредѣлитъ нужный ему товаръ, то въ очень рѣдкомъ случаѣ найдетъ нѣсколько фабрикантовъ или купцовъ, одинаково могущихъ исполнить его требованія, такъ-какъ ни одинъ фабрикантъ, ни одинъ купецъ не могутъ производить или держать для продажи столько разнообразнаго товара, чтобы быть въ состояніи удовлетворить рѣшительно всѣ вкусы. Наконецъ, если и качество товара одинаково, то различенъ можетъ быть способъ упаковки товара, способъ исполненія заказа, срокъ доставки, способъ транспортировки и т. п., что не можетъ оставаться безразличнымъ для потребителя. Вотъ въ общихъ чертахъ внутреннія причины, дающія возможность апроприаціи кліентелы. Часто эта фактическая, но все-таки иногда очень тѣсная связь потребителей съ предпринимателемъ или предпріятіемъ обуславливается и другими причинами, а не только различіемъ въ качествѣ товара; такъ иногда кліентела бываетъ связана даже прямыми договорами, а въ родственной области литературной, художественной и музыкальной собственности, а также въ правѣ изобрѣтателей, эту связь кліентелы устанавливаетъ даже самъ законъ.

Чтобы предприниматель могъ сохранить свою кліентелу, для этого, кромѣ соблюденія различныхъ формальныхъ условій, онъ долженъ прежде всего позаботиться о томъ, чтобы этого желали потребители. Въ этомъ отношеніи право на промышленную кліентелу представляетъ большую аналогію съ своеобразнымъ типомъ собственности на дикихъ звѣрей (*ferae bestiae*) въ римскомъ правѣ; какъ тамъ, такъ и въ изслѣдуемомъ институтѣ собственность теряется „*amissa atque neglecta custodia*“: всякое дѣйствіе предпринимателя во вредъ потребителю, всякая его нерачность,



уменьшаютъ клиентелу, которая переходитъ въ болѣе надежныя и умѣлыя руки, а у первоначальнаго собственника остается одно „*nomem inane*“; если же *custodia* надежна, то собственникъ можетъ быть увѣренъ, что собственность его сама не убѣжитъ, если ее не выпустятъ или не украдутъ другіе. Если предприниматель вполне удовлетворяетъ своихъ потребителей, то послѣдніе дѣлаются, такъ сказать, „ручными“ и даже чувствуютъ себя обязанными вступать въ дальнѣйшія съ нимъ сдѣлки. Всякій, я думаю, кому случалось, покупая постоянно товаръ у одного купца, вдругъ безъ всякой разумной причины обратиться за тѣмъ-же товаромъ къ другому, а затѣмъ снова возвратиться къ первому, всякій, вѣроятно, замѣчалъ при этомъ какое-то чувство неловкости, виноватости. Намъ кажется, что на этомъ смутномъ ощущеніи, какъ-бы ни казалось это многимъ страннымъ, покоится весь институтъ *quasi-dominium*. Этому смутному ощущенію можно однако найти вполне реальныя и осмысленныя основанія. Всякій фабрикантъ или купецъ есть свободный общественный дѣятель, такъ какъ онъ является слугою всего общества, а не отдѣльнаго лица или правительства; если дѣятельность его приноситъ обществу пользу, если часто она бываетъ подчинена принудительнымъ нормамъ <sup>1)</sup>, то можно-ли сомнѣваться въ томъ, что и на обществѣ должны лежать нѣкоторыя обязанности. Выражался цивилистическимъ языкомъ, всякій свободный общественный дѣятель есть *gestor negotiorum* общества, и *dominus negotii* долженъ вознаграждать добровольнаго своего слугу и принять его услуги, если онѣ дѣйствительно полезны. Эти положенія очень ясно отражаются въ общественномъ сознаніи: съ какимъ уваженіемъ, съ какой любовью относится общество къ талантливымъ своимъ слугамъ, литераторамъ, композиторамъ, художникамъ и т. п.?! Общество — очень чуткій и добросовѣстный *dominus negotii*: если оно сознаетъ, что оказываемыя ему услуги приносятъ пользу, оно всегда приметъ ихъ и вознаградитъ за нихъ. Тѣ же начала руководятъ и положительнымъ правомъ: законъ обезпечиваетъ за общественными слугами право исключительной продажи ихъ произведеній и такимъ образомъ заставляетъ общество принимать и вознаграждать ихъ услуги. Въ такихъ-же отношеніяхъ стоитъ общественное сознаніе и положительный законъ и къ услугамъ промышленныхъ предпринимателей, правда, здѣсь мы не встрѣтимъ общественнаго

<sup>1)</sup> Желѣзныя дороги, напримѣръ, и имъ подобныя предпріятія прямо обязываются закономъ вступать въ сдѣлки съ транспортными, если послѣдніе вполне соблюдаютъ законныя условія о порядкѣ этихъ сдѣлокъ.

поклоненія предъ личностью предпринимателя, такъ какъ корыстный мотивъ наживы является главнѣйшимъ стимуломъ экономической дѣятельности, но экономическая и юридическая сторона дѣла остается таже.

Вторымъ условіемъ сохраненія промышленной клиентелы является возможность для потребителей удержать свою связь съ предпринимателемъ; этой цѣли служитъ употребленіе многообразныхъ средствъ промышленной извѣстности: фирмъ, марокъ, вывѣсокъ, этикетокъ, бандеролей, проспектовъ, рекламъ и т. п., служащихъ средствами внѣшней индивидуализаціи товаровъ конкурентовъ. Всѣ эти знаки, хотя-бы они содержали въ себѣ личныя указанія, прежде всего важны для оборота тѣмъ, что служатъ для потребителя показателемъ качества и свойствъ товара или услугъ, ему доставляемыхъ. Пулье (*Pouillet. Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale. Paris. 1875*) называетъ марку „*pavillon de la marchandise*“ флагъ товара; другой французскій юристъ Кальмель (*Calmels. Des noms et marques de fabrique et de commerce, de la concurrence déloyale. Paris. 1858 стр. 114*) говоритъ, что всякое средство промышленной извѣстности есть „*le thermomètre du crédit et le signe de ralliement de la clientèle*“. Главное значеніе марки и всякаго другаго промышленнаго знака для экономической жизни — въ томъ, что потребитель съ маркой связываетъ представленіе о качествѣ товара, что марка является такимъ образомъ средствомъ аттракціи потребителей. Ясно, поэтому, что пользованіе маркой конкурента есть посягательство на клиентелу его, что на пользованіе опредѣленной маркой должно быть дано предпринимателю исключительное право. Весьма сильно ошибаются тѣ юристы, которые считаютъ право на промышленныя знаки исключительно правомъ личности, думая исчерпать этимъ все его содержаніе: экономическая цѣль этого права — охрана клиентелы — гораздо важнѣе для промышленной жизни и сильнѣе вліяетъ на конструкцію этого права, чѣмъ публицистическая его цѣль — индивидуализація личности. Право на средства промышленной извѣстности есть легальная формализація права на клиентелу, но существуетъ или должно существовать и чистое, неформальное, право на клиентелу, что замѣчено уже многими юристами; такъ *Blanc* (см. *Kohler. Recht des Markenschutzes. Würzburg. 1885 стр. 75*) замѣчаетъ: „*l'enseigne n'est qu'un moyen et non pas un but*“; *Rendu* (тамъ же стр. 86) говоритъ: „*elle (марка) peut... être considérée comme étant, ainsi que l'enseigne, l'un des éléments d'une propriété plus large, plus générale, l'acha-*



„landage de la fabrique ou de la maison de commerce“<sup>1)</sup>. Только при такой точкѣ зрѣнія возможно ясное пониманіе института промышленной собственности<sup>2)</sup>, только при принятіи ея за основаніе, институтъ этотъ будетъ вполнѣ удовлетворять общественному интересу въ правомѣрномъ порядкѣ промышленности. Въ этомъ легко можно убѣдиться сравненіемъ нѣмецкаго права, не имѣющаго средства для охраны клиентелы независимо отъ знаковъ, съ которыми она обыкновенно бываетъ связана, а потому являющагося попустителемъ громаднхъ экономическихъ злоупотребленій съ возбуждающимъ зависть<sup>3)</sup> въ другихъ странахъ французскимъ институтомъ *conspicence déloyale*.

Какимъ-бы то способомъ ни было, но право на клиентелу должно охраняться закономъ, ибо этого требуютъ публичные интересы: поддержка и развитіе торговли есть задача государства, а всякое сознательное присвоеніе чужой клиентелы угрожаетъ нарушить строй промышленности всего государства. Какой, напримѣръ, громадный вредъ можетъ причинить торговлѣ присвоеніе клиентелы путемъ неправильнаго употребленія мѣстныхъ марокъ (*Ortsbezeichnungen, Noms de localité*)! Kohler (ук. соч. стр. 109) говоритъ: „*der grösste Schaden besteht darin, dass durch schlechte, die Natur jener Oertlichkeit völlig verleugnende, Waare die Industrie einer ganzen Gegend depreciirt und in Verruf gebracht wird; ehe das Publikum die Täuschung merkt, ist es durch die schlechte Waare degoutirt, und eine blühende Kultur ist mit einem Schlage ruinirt*“. Такимъ образомъ и за правомъ на клиентелу,

<sup>1)</sup> Kohler (указ. соч. стр. 75) говоритъ: „*Darum liegt auch das materielle Unrecht bei der Markenverletzung in der Missleitung der Publikums, in der Entziehung der Kundschaft und in der Depreciirung der Waare*“. Къ сожалѣнію Kohler слишкомъ мало придаетъ значенія этимъ положеніямъ, считая право на марку за право личности.

<sup>2)</sup> Кто этого не сознаетъ, тотъ очень легко можетъ, такъ сказать, проглядѣть объектъ изслѣдуемаго права, какъ это случилось съ Méneau. Онъ (указ. соч. стр. 16 и 17), указывая, что у насъ нѣтъ *res*—вещи, которая могла-бы объектомъ, необходимымъ для признанія права на марку собственностью, считаетъ право на марку правомъ *sui generis*, содержаніемъ котораго для обладателя его является *«usage exclusif de la marque»*—исключительное пользованіе маркой, сходное съ *«usage exclusif de la signature»*. Но какъ-же тогда объяснить частые случаи продажи, передачи по наслѣдству, установленія usufrukta и другія сдѣлки по поводу марки? Очевидно, жизнь нашла тотъ объектъ, котораго не находилъ Méneau. Повидимому, Méneau хочетъ представить право на марку, какъ право личности, но на стр. 24 онъ говоритъ: *«ce droit est susceptible de prescription acquisitive»*—это право подвержено приобрѣтательной давности. Ясно, что права личности, права прирожденныя и неотчуждаемыя, тутъ совершенно не при чемъ: нельзя считать правомъ личности то, что можно продать и купить на рынкѣ.

<sup>3)</sup> См. жалобы Kohler'a (стр. 98) на нѣмецкую юридическую доктрину, немогущую или нежелающую создать средство для охраны клиентелы вообще.

какъ за всякимъ частнымъ правомъ, стоитъ публичный интересъ, именно, интересъ развитія торговли, интересъ культуры. Если право на клиентелу квалифицируется закономъ, какъ право частное, то причиной этого является тоже, что вообще обусловливаетъ существованіе частнаго права, именно, экономія государственной силы: если можно надѣяться, что личный индивидуальный интересъ будетъ въ достаточной степени побуждать къ охранѣ извѣстнаго положенія, то нѣтъ надобности государству заботу объ этой охранѣ брать всецѣло на себя, а достаточно, если оно будетъ только содѣйствовать частной охранѣ<sup>1)</sup>.

Итакъ, признанія права на клиентелу требуютъ экономическіе интересы: во первыхъ, личный интересъ предпринимателя, а во вторыхъ, связанный съ нимъ публичный интересъ въ процвѣтаніи торговли и культуры вообще. Но это не единственные факторы права на клиентелу: на конструкцію его долженъ въ извѣстной степени вліять еще интересъ потребителей. При принудительномъ режимѣ промышленности, когда продукты различныхъ предпринимателей по своимъ качествамъ и свойствамъ совершенно сходны, потребителю нѣтъ основанія предпочитать товаръ одного товару другого. Напротивъ, такое предпочтеніе необходимо должно имѣть мѣсто при свободномъ строѣ промышленности, когда товары предпринимателей качественно различны. Поэтому, для потребителя въ настоящее время очень важно, какъ бы не смѣшать предпринимателей—конкурентовъ, какъ-бы не купить товаръ совсѣмъ инаго качества, чѣмъ онъ, потребитель, желаетъ. Возможность избѣгнуть этой опасности даютъ марки, этикетки, вывѣски и другія многообразныя средства промышленной извѣстности: съ маркой у потребителя связывается представленіе объ опредѣленномъ качествѣ товара, такъ что для него очень важно знать, чья марка стоитъ на товарѣ, и вѣрна-ли, не поддѣльная-ли она. Уже средне-вѣковые юристы подмѣтили потребительскій интересъ, хотя онъ, при широкомъ развитіи принудительныхъ промышленныхъ союзовъ, не могъ еще имѣть большаго значенія; Бартоль говоритъ: „*per hoc (scil. signum) tales merces melius venduntur et avidius emuntur. Tunc puto, quodsi aliquis faceret tale signum posset prohiberi, quum ex hoc populus laederetur: acciperetur enim opus unius pro opere alterius*“. (Dietzel. *Das Handelszeichen und die Firma*, въ

<sup>1)</sup> Насколько можетъ быть энергична и эффективна эта частная охрана права на клиентелу, можно видѣть изъ слѣдующаго примѣра: монастырь Grande-Chartreuse въ теченіе сравнительно небольшого періода (съ 1852 по 1878 г.) возбудилъ 27 процессовъ о неправильномъ пользованіи его маркой (См. Kohler, указ. соч. стр. 148).



Jahrb. des gem. deutsch. Rechts. 1860—61. Bd. IV, стр. 241). Интересъ потребителей несомнѣнно долженъ охраняться правомъ, но для этого вѣтъ надобности создавать новый законъ. Всякій промышленный знакъ индивидуализируетъ товаръ, и потребитель, покупая товаръ съ поддѣланной или невѣрной маркой, приобретаетъ не ту species, и даже вѣриже не тотъ видъ, который желаетъ. Цивильный искъ о нарушеніи договора купли продажи или искъ объ убыткахъ и уголовное преслѣдованіе за обманъ въ качествѣ товара, вотъ тѣ средства судебной защиты, пользоваться которыми должно предоставить потребителю всякое законодательство; если иногда (напримѣръ, во Франціи) судебная практика не признаетъ обманъ въ маркѣ за обманъ въ качествѣ товара, то подобный взглядъ совершенно не имѣетъ за собой ни легальной, ни разумной основы. Кромѣ этого прямого средства, потребительскіе интересы охраняются еще косвеннымъ, рефлективнымъ путемъ. Всякое частное право служитъ и общественнымъ интересамъ, охрана его идетъ на пользу не только обладателю этого права, но и другимъ лицамъ; такъ собственникъ недвижимаго имѣнія, охраняя свое право, вмѣстѣ съ тѣмъ охраняетъ и нанимателя его собственности. Тоже мы видимъ и въ взслѣдуемомъ институтѣ: предприниматель, защищая свою промышленную клиентелу, оберегая свое право, въ тоже время охраняетъ и потребительскіе интересы. Однако нарушеніе послѣднихъ можетъ идти со стороны самаго предпринимателя, хотя подобныя злоупотребленія принадлежащимъ предпринимателю правомъ обращаются во вредъ прежде всего ему самому, такъ-какъ обязательно влекутъ за собой переходъ клиентелы въ другія руки. Вотъ одинъ примѣръ подобныхъ злоупотребленій права на клиентелу: знаменитый фабрикантъ, марка котораго является для публики ручательствомъ доброкачества продуктовъ, за извѣстное вознагражденіе передаетъ право пользоваться этой маркой другому фабриканту, и совершенно неожиданно публика начинаетъ получать подъ той-же маркой совершенно другой товаръ. Неудобство такихъ пріемовъ очевидно, и необходимо установить предохранительныя полицейскія мѣры противъ нихъ. Этой цѣли лучше всего можетъ служить гласность, публичность подобныхъ сдѣлокъ, но нѣкоторыя законодательства<sup>1)</sup> идутъ дальше, совершенно запрещая передачу права пользования промышленными знаками безъ предпріятія въ надеждѣ, что тожество предпріятія

<sup>1)</sup> Относительно передачи фирмы почти всѣ, относительно марки большинство.

обусловить и тожество товара; расчетъ въ общемъ довольно вѣрный, такъ какъ заведенный однажды способъ и порядокъ фабрикаціи въ большинствѣ случаевъ остается, несмотря на перемѣну собственника предпріятія.

Дальнѣйшія полицейскія ограниченія права на клиентелу врядъ-ли могутъ быть оправданы экономической необходимостью, которая въ этомъ вопросѣ должна имѣть рѣшающее значеніе. Никонимъ образомъ нельзя согласиться съ тѣми юристами, которые желаютъ совершенно воспретить передачу промышленныхъ знаковъ. Отъ подобнаго запрета пострадали-бы прежде всего сами потребители: когда извѣстная марка исчезаетъ безслѣдно съ рынка, куда потребителю обратиться за тѣмъ товаромъ, который онъ получалъ подъ ней? всего естественнѣе, конечно, къ новому собственнику стараго предпріятія; но какъ узнаетъ потребитель, что товаръ идетъ изъ того-же предпріятія, если прежняя марка не будетъ передана новому предпринимателю?... Невещественный капиталъ есть цѣнность, рента съ него даетъ возможность предпринимателю повизить цѣну товара, и общество будетъ дѣйствовать противъ своихъ интересовъ, если станетъ стѣснять развитіе и оборотъ невещественныхъ капиталовъ. При всякомъ исчезновеніи какой-либо марки клиентела, съ нею связанная, переходитъ въ руки другихъ предпринимателей, совершенно этого не ожидавшихъ и не заслужившихъ; можетъ-ли входить въ задачу права содѣйствовать такому случайному и незаслуженному обогащенію? справедливѣе будетъ и много цѣлесообразнѣе, если будетъ дано предпринимателю право самому распорядиться своей клиентелой: если избранный имъ преемникъ будетъ недостойнъ этого промышленнаго наслѣдства, то оно само-собой и очень быстро перейдетъ въ болѣе умѣлыя руки<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Доводы въ пользу полицейскихъ ограниченій права промышленной клиентелы ради потребительскихъ интересовъ довольно часто въ литературѣ принимаютъ совершенно фальшивое направленіе; такъ Méneau (указ. сѣч. стр. 67—68) говоритъ: «Les conséquences d'une tromperie de cette espèce (т. е. продажа товара съ невѣрной маркой) peuvent être graves. Une chaudière, achetée de confiance, parcequ'elle porte la marque usurpée d'une usine de premier ordre, éclate et cause des grands désastres; ... des sucres, qui semblent provenir d'une bonne maison et qui sortent en réalité d'une fabrique inférieure ont été raffinés au sulfate de baryte ou à l'aide d'autres matières vénéneuses, et causent des empoisonnements; ... des farines qui se recommandent par la marque dont on les a parées, et qu'on ne croit pas devoir par cela même soumettre à l'analyse microscopique, sont adultérées et engendrent des maladies...». Всѣ эти примѣры крайне фальшивы: взрывающіеся котлы, сульфатъ и баритъ вмѣсто сахара, ядовитая мука и т. п. совершенно не должны быть допускаемы въ продажу; товара съ подобными качествами не должно быть ни подъ маркой «de premier ordre», ни подъ маркой «d'une fabrique inférieure».



Итакъ, изъ изложеннаго очерка экономическихъ интересовъ, связанныхъ съ правомъ на промышленную клиентелу, всякій можетъ убѣдиться, что право это, какъ вытекающее изъ природы экономическихъ отношеній, какъ слѣдствіе современной, свободной, организаціи труда и промышленности, какъ необходимый постулатъ для развитія и порядка экономической дѣятельности, должно быть признано положительнымъ закономъ; вмѣстѣ съ тѣмъ нами были указаны и необходимыя полицейскія ограниченія этого права, также вытекающія изъ современнаго свободнаго строя промышленности. Дальнѣйшая наша задача состоитъ въ томъ, чтобы прослѣдить, какъ эти требованія экономической жизни отражаются и признаются въ современномъ положительномъ правѣ. Въ этомъ отношеніи законодательныя системы современныхъ государствъ представляютъ два типа. Нѣкоторыя, — Германское и много другихъ ему подражающихъ, даютъ защиту праву на клиентелу только чрезъ посредство нормъ, охраняющихъ пользованіе различными промышленными знаками, съ которыми обыкновенно связана клиентела, чрезъ посредство охраны пользованія показателями личности; это — типъ посредственной охраны промышленной клиентелы. Другой типъ представляютъ тѣ законодательныя системы, въ которыхъ существуетъ непосредственная охрана клиентелы (французское, англійское, американское право); особый интересъ представляетъ въ этомъ отношеніи французская судебная практика *concurrence déloyale*. Ниже мы выяснимъ, въ чемъ лежитъ причина этого типическаго различія правовыхъ системъ, а теперь скажемъ, что наши симпатіи, какъ и большинства изслѣдователей этого вопроса, принадлежатъ второму типу, какъ наиболѣе достигающему основной цѣли торговаго права — упорядоченія и развитія на правовыхъ началахъ промышленной дѣятельности. Но, прежде чѣмъ приступить къ нашей прямой задачѣ — изслѣдованію правовой охраны промышленной клиентелы, намъ необходимо выяснитъ смыслъ и значеніе права пользованія показателями личности, независимо отъ клиентелы, обыкновенно съ ними связываемой. Право это, по нашему мнѣнію, публичное, и отсюда сразу видно, какъ неудобно, если законъ охраняетъ клиентелу только чрезъ посредство охраны права на знаки: вслѣдствіе подобнаго приѣма право промышленной клиентелы невольно ограничивается и получаетъ охрану только рефлекторнымъ путемъ.

## ГЛАВА ВТОРАЯ.

### Гражданское имя. Знаки собственности. Историческій очеркъ фирмы и марки.

Выше мы указали, что въ нѣкоторыхъ законодательствахъ существуетъ лишь посредственная охрана промышленной клиентелы: охраняется только клиентела, соединенная съ личными показателями, т. е. съ именемъ, фирмой, маркой и т. п. Поэтому, прежде всего намъ необходимо разсмотрѣть природу права пользованія показателями личности, а главнымъ образомъ природу права на гражданское имя (*Privatname*, какъ называетъ его Герингъ, въ противоположность фирмѣ — *käufmannische Name*).

Имя есть условное обозначеніе личности: вмѣсто того, чтобы подробно описать отличительные признаки лица, употребляютъ условное обозначеніе ихъ совокупности — имя. Имя отличаетъ одного правоваго субъекта отъ другого, и всякій правовой субъектъ въ силу того, что онъ есть личность, въ силу того, что онъ есть центръ опредѣленной совокупности юридическихъ отношеній, долженъ имѣть имя. Имя есть естественная необходимость: языкъ, рѣчь, т. е. созданіе условныхъ символовъ предметовъ и явленій — понятій, можетъ-быть, надо признать главнѣйшимъ факторомъ культурнаго развитія человѣчества; та-же причина, которая заставляетъ людей обозначать словами предметы и явленія, заставляетъ ихъ давать имя и людямъ. Но имя есть и социальная необходимость, такъ какъ съ именемъ связываются интересы порядка, твердости, устойчивости человѣческихъ отношеній.

У всякаго человѣка можетъ быть нѣсколько названій, но не каждое названіе есть его гражданское имя: таковымъ слѣдуетъ признавать только то, которое употребляется для обозначенія субъекта въ правовой жизни; этимъ признакомъ гражданское имя отличается отъ различныхъ прозвищъ (*sobriquets*), употребленіе которыхъ въ официальныхъ документахъ и частноправныхъ сдѣлкахъ не допускается. У лица можетъ быть нѣсколько гражданскихъ именъ, на примѣръ, у купца ихъ два, ибо фирма (торговое имя) также есть легальное имя, но гражданское имя имѣетъ большую сферу примѣненія.



У первобытныхъ народовъ имя обыкновенно—одночленное; большей частью оно выражаетъ какуюнибудь отличительную, чаще всего физическую, особенность человѣка; такъ, напримѣръ, изъ римскихъ именъ: Cossus—рыбой, Paulus—малый, Volero—здоровый и т. п.; иногда въ имени указываются обстоятельства, сопровождавшія рожденіе: Caesar—вырѣзанный изъ утробы матери. Lucius—рожденный днемъ, Manius—рожденный утромъ, Postumus—рожденный по смерти отца, и т. п. (У Salveton. Le nom en droit Romain et en droit Français. Lyon. 1887. стр. 25 и слѣд., имѣется переводъ всѣхъ римскихъ именъ); часто ребенокъ получалъ имя того бога, особому покровительству котораго онъ поручался. Постепенно съ развитіемъ культуры число членовъ имени увеличивается: съ возникновеніемъ союзовъ семейныхъ, родовыхъ, племенныхъ, государственныхъ и т. п., весьма естественно для болѣе точнаго означенія личности прибавлять къ первоначальному одночленному имени названіе того союза, къ которому принадлежить носитель имени. Однако, чтобы одночленное имя смѣнилось многочленнымъ, одного существованія союзовъ еще недостаточно: необходимо, чтобы между союзами завязались сношенія. Когда союзъ слишкомъ крѣпокъ и исключаетъ внѣшнее воздѣйствіе, когда вся жизнь индивидуума заключена въ тѣсныхъ рамкахъ одного союза, когда между членами разныхъ союзовъ нѣтъ сношеній, то нѣтъ надобности въ многочленномъ имени; члены одной семьи, напримѣръ, никогда не зовутъ другъ-друга по фамиліи. Этимъ объясняется, что въ средневѣковыхъ именахъ, несмотря на сильное развитіе союзовъ въ эту эпоху, мы видимъ не только не больше, но часто даже меньше элементовъ, чѣмъ ихъ имѣетъ современное имя; причина, очевидно, та, что внутри союза и такъ знаютъ другъ друга, а съ членами другихъ союзовъ общенія было мало; была, впрочемъ, и другая причина: съ развитіемъ христіанства духовенство смотрѣло на имя, получаемое при крещеніи, какъ на имя преимущественное, и неохотно обозначало личность другими названіями (см. J. Lallier. De la propriété des noms et des titres. Paris. 1890. стр. 21). Чаще всего въ имени находились указанія на союзы родственные разныхъ типовъ (семейные, родовые, племенные), иногда же и союзы публично-правные, напримѣръ, въ Римѣ триба.

Въ римскомъ гражданскомъ имени насчитываютъ пять элементовъ: 1) первоначальное (единственное) имя праепомен; 2) означеніе лица, во власти котораго (in potestate cuius-dominus, paterfamilias) находится носитель имени; 3) nomen gentilicium—ро-

довое имя; 4) обозначеніе трибы, въ которую записанъ носитель имени; 5) cognomen или agnomen—прозвище<sup>1)</sup>. Система римскаго имени развилась, безъ всякаго воздѣйствія законодательныхъ нормъ, въ эпоху чистонаціональнаго римскаго права и пришла въ упадокъ ко II вѣку по Р. X.; указываютъ, что у одного консула 169 г. по Р. X. было 38 именъ (см. Lallier, указ. соч. стр. 18). Конечно, всѣ пять элементовъ римскаго имени употреблялись далеко не всегда: полное имя со всѣми предикатами писалось только въ самыхъ официальныхъ документахъ, напримѣръ, при цензѣ; наиболѣе-же употребительными были „tria nomina Romana“: праепомен, помен gentilicium и cognomen, причѣмъ послѣдвѣя могло и не быть. Когда Римляне желали употребить сокращенное имя, то друзья или родственники обращались другъ къ другу посредствомъ праепомен (какъ теперь посредствомъ имени); обыкновенно же для этой цѣли пользовались помен gentilicium (оно часто называлось просто „помен“); такъ что оно играло роль современнаго фамильнаго имени. Можно, пожалуй, сказать, что римское имя, какъ и современное, было трехчленнымъ: вѣдь и у насъ на документахъ, рядомъ съ именемъ, отчествомъ и фамиліей, имѣются и другіе предикаты (сословіе, чинъ и т. п.).

Обращаясь къ исторіи развитія современнаго имени, можно указать нѣкоторыя общія черты историческаго развитія имени въ Россіи сравнительно съ Западной Европой. Какъ у насъ, такъ и въ Западной Европѣ, такъ и повсюду, въ первую эпоху государственной жизни имя было одно (Vornahme или Taufname, ргепоп, имя). Переходъ къ многочленному имени, а также замѣна языческихъ именъ христіанскими, происходили не вездѣ одинаково; очень медленно шелъ этотъ процессъ въ Германіи (онъ тамъ начался не ранѣе XI вѣка, см. Levy. Vornahme und Familienname im Recht. Gieszen. 1888 стр. 3), всего быстрѣе, кажется, въ Италіи (тамъ-же, стр. 7). Понятно, что надобность въ многочленномъ имени возникаетъ прежде всего тамъ, гдѣ есть опасность смѣшенія, гдѣ народонаселеніе многочисленно и правовой оборотъ широко развитъ, слѣдовательно, въ городахъ: у крестьянскаго населенія Германіи даже въ XVI в. часто встрѣчается только одно имя (тамъ-же, стр. 5). Въ Россіи довольно рано начинаютъ указывать отчество, но фамиліи появляются очень поздно.

<sup>1)</sup> Исторія развитія и паденія системы римскаго имени весьма обстоятельно изслѣдуется въ указанномъ сочиненіи Salveton'a; насъ же интересуютъ только немногіе моменты ея.

Инв. № 10420

ФЕДЕРАЛЬНЫЙ ИНСТИТУТЪ

СОБСТВЕННОСТИ  
ОТДЕЛЕНИЕ ВПТБ



Распространенію многочленного имени въ Западной Европѣ не мало способствовалъ обычай феодальныхъ владѣльцевъ прибавлять къ своему имени названіе той земли, которой они владѣли, сначала только на время владѣнія, а потомъ и на всегда; въ подражаніе имъ и другія сословія стали прибавлять къ своему имени какое-нибудь прозвище (см. Salveton, указ. соч. стр. 250 и слѣд.). Довольно долго въ Западной Европѣ не было законодательныхъ нормъ о гражданскомъ имени. Во Франціи запрещеніе произвольной перемѣны имени впервые установлено въ 1555 г. такъ называемой *ordonnance d'Amboise*, 9-й art., которой говоритъ: „Pour éviter la supposition des noms et des armes, deffenses sont faites à toutes personnes de changer leurs noms et leurs armes, sans avoir obtenu des lettres de dispense et permission, à peine de millivres d'amande, d'estre punis comme faussaires, et estre exanthorez et privez de tout degré et privilege de noblesse“ (Salveton, указ. соч. стр. 239). Затѣмъ послѣдовали и другіе указы; революція сдѣлала попытку возстановить свободу имени: декретомъ 24 — 26 Brumaire an II давалась всякому „la faculté de se nommer comme il lui plaît, en se conformant aux formalités prescrites par la loi“, и формальности заключались только въ объявленіи о перемѣнѣ имени; однако правительство скоро принуждено было ради устойчивости юридическихъ отношеній отказаться отъ правилъ этого указа, и законъ 6 Fructidor an II запрещаетъ произвольную перемѣну имени; уголовную санкцію этому закону (штрафъ отъ 5 до 10 тысячъ франковъ) даетъ 259 art. de Code Pénal (см. Lallier, стр. 264—265). Въ Германіи законы, требующіе постоянныхъ фамилій, появляются лишь въ началѣ XIX вѣка, притомъ сперва въ рейнской провинціи, гдѣ уже ранѣе дѣйствовали французскіе законы (см. Levy, стр. 6). Въ другихъ областяхъ Германіи очень долго дѣйствовали рецепированныя положенія *Corpus juris civilis*, по которымъ распоряженіе именемъ—вполнѣ свободно. Современная регламентація имени въ Германіи происходитъ отчасти на основаніи „*Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschliessung vom 6 Febr. 1875 J.*“, отчасти на основаніи партикулярныхъ указовъ и распоряженій; уголовное наказаніе за произвольную перемѣну имени опредѣляется въ § 360, Ziff. 8 Reichsstrafgesetzbuch. У насъ въ Россіи для перемѣны имени нужно разрѣшеніе Императора; уголовное наказаніе за произвольную перемѣну имени можно видѣть отчасти въ 975 ст. Улож. о Нак., а главнымъ образомъ въ ст. 1416 (штрафъ до 200 рублей).

Мы не будемъ здѣсь излагать, какъ имя пріобрѣтается, мѣняется, терлется и т. п.; намъ довольно знать, что имя въ этомъ отношеніи подчинено публично-правнымъ принудительнымъ нормамъ; мы займемся лишь указаніемъ основныхъ различій въ положеніи имени въ современномъ правѣ и въ правѣ римскомъ. Наиболѣе существенны слѣдующія двѣ черты различія: 1) въ настоящее время много нормъ публичнаго права, относящихся къ имени, чего не было въ римскомъ правѣ; 2) въ настоящее время имя часто бываетъ предметомъ, если не частнаго права, то частнаго процесса, чего опять таки не было въ римскомъ правѣ. Какъ замѣчаетъ одинъ изъ изслѣдователей гражданскаго имени, Einert, система римскаго имени (развитіе ея совпадаетъ съ эпохой развитія чисто-національнаго римскаго права—*jus civile*) была дѣломъ нравовъ, а не права. Конституція Диоклетіана и Максимилиана (C. L. IX t. XXV de mut. nom. 1. unica): „Sicut in initio nominis, cognominis, praenominis recognoscendi singulos impositio privatim, libera est, ita horum mutatio innocentibus periculosa non est. Mutare itaque nomen sive praenomen sine aliqua fraude licito jure, si liber es, secundum ea quae saepe statuta sunt, nemine prohiberis, nullo ex hoc praejudicio futuro“,—конституція эта не имѣла дерогативнаго значенія: какъ показываютъ слова „initio“ и „secundum ea, quae saepe statuta sunt“, такъ было и раньше (см. Salveton, указ. соч., стр. 32 и слѣд.). Тѣ-же положенія мы найдемъ и въ нѣкоторыхъ другихъ мѣстахъ источниковъ (см. R. Haab. Beiträge zur Geschichte und Dogmatik der Handelsfirma. Strassburg. 1888. стр. 18, прим. 2): „*rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia* (L. 4 § 1. D. de leg. XXX); „*nihil enim male est, honesti hominis nomen adsumere*“ (L. 65 § 10. D. XXXVI). Рѣдко и въ видѣ исключенія только, gens, какъ органъ цензуры нравы, а позднѣе цензоръ, въ нѣкоторыхъ отдѣльныхъ случаяхъ запрещали пользованіе тѣмъ или другимъ именемъ; вообще-же вопросы, связанные съ гражданскимъ именемъ, были внѣ государственной регламентаціи. Однако, несмотря на этотъ отказъ государства отъ регламентаціи порядка пріобрѣтенія, пользованія и измѣненія гражданскаго имени, въ эпоху національнаго римскаго права, какъ мы уже замѣчали, порядокъ все-таки былъ и притомъ довольно сложный; но это былъ чисто фактическій порядокъ, основанный лишь на своей цѣлесообразности; за нимъ не стояло „*opinio necessitatis*“, и отступленіе отъ него не вызывало никакой юридической реакціи. Вслѣдствіе этого отсутствія въ римскомъ правѣ принудительныхъ нормъ особенно



рѣзко выступаетъ разница въ положеніи римскаго и современнаго имени въ двухъ явленіяхъ: въ выборѣ и перемѣнѣ именъ. I-й art. французскаго закона 11 Germinal XI an. (1 Апрѣля 1803 г.) постановляетъ: „A compter de la publication de la présente loi, les noms en usage dans les différents calendriers, et ceux des personnages connus de l'histoire ancienne, pourront seuls être reçus, comme prénoms, sur les registres de l'état civil destinés à constater la naissance des enfants; et il est interdit aux officiers publics d'en admettre aucun autre dans leurs actes“. Въ Германіи выборъ именъ, вообще говоря, свободенъ, но на основаніи различныхъ административныхъ указовъ *Standesbeamte* можетъ отказать въ записи тѣхъ именъ, „die einen unanständigen, sittenlosen oder den Staat und die Religion beleidigenden Charakter haben“ (см. *Levy*, указ. соч. стр. 12). Въ Россіи выборъ именъ ограниченъ въ силу исповѣднаго характера метрическихъ книгъ. Подобныхъ правилъ у Римлянъ не было; хотя и у нихъ были свои акты состоянія—*tabulae censoriae*—и регистраторы (со времени Августа, см. *Salveton* указ. соч. стр. 63—64)—*praefecti aeraarii Saturnini*, по принудительныхъ нормъ относительно выбора имени у Римлянъ не было. Несмотря на это, и у Римлянъ въ періодъ національнаго права кругъ *praenomina* былъ ограниченъ очень небольшимъ числомъ. Объясняется это тѣмъ, что выборъ именъ не есть нѣчто произвольное: общеизвѣстный фактъ, что въ выборѣ именъ сказывается духъ времени. Существуютъ такіе социальныя факторы, которые проявляются во всѣхъ явленіяхъ общественной жизни, слѣдовательно, и въ выборѣ именъ; въ средніе вѣка, на примѣръ, можно наблюдать постепенную смѣну языческихъ именъ христіанскими; для современной жизни отмѣчаютъ тотъ фактъ, что въ Германіи вмѣстѣ съ музыкой Вагнера появилось много именъ, взятыхъ изъ древнихъ германскихъ былинъ (см. другіе примѣры у *Levy*, стр. 7 и 8).

Затѣмъ, какъ мы сказали, у Римлянъ была совершенно свободна перемѣна именъ, т. е. всякій могъ при заключеніи частно-правныхъ сдѣлокъ пользоваться другимъ именемъ, чѣмъ то, подъ которымъ онъ былъ записанъ въ списки (если этимъ не преслѣдовались корыстныя цѣли); такой поступокъ для современнаго права былъ-бы преступленіемъ, хотя бы при этомъ и не было обмана или убытка для кого-либо. Объяснить это различіе не трудно: для современнаго государства, въ виду его широкихъ задачъ, отдѣльное лицо представляетъ несравненно большій интересъ, чѣмъ для римскаго, ибо государству теперь приходится

обращаться къ отдѣльному лицу съ требованіемъ разныхъ повинностей гораздо чаще, чѣмъ это было въ Римѣ; съ другой стороны, и народонаселеніе увеличилось, такъ-что опасность смѣненія стала больше и найти данное лицо труднѣе. Поэтому, постоянство и опредѣленность въ настоящее время обязательно требуются отъ гражданскаго имени; пользоваться инымъ именемъ теперь нельзя, пока въ актахъ состоянія не будетъ сдѣлана соответствующая поправка, что можетъ произойти только съ разрѣшенія болѣе или менѣе высшей власти и только по какой-нибудь основательной причинѣ, ибо нельзя, конечно, подчинять административную власть простому капризу частныхъ лицъ.

Другая существенная черта отличія положенія римскаго имени сравнительно съ современнымъ состоятъ, какъ мы уже указали, въ томъ, что теперь имя часто бываетъ предметомъ частнаго иска, чего не было въ римскомъ правѣ. По римскому праву, кто принималъ чужое имя, тотъ за самое присвоеніе не подвергался никакому иску, но, если при этомъ былъ „*animus injuriandi*“, то противъ него давалось *actio injuriarum*, если-же какой-нибудь корыстный мотивъ, то *actio doli* или уголовный искъ—*actio falsi*; имя же, взятое само по себѣ, а не какъ средство, не могло быть предметомъ иска. Въ сущности, какъ мы ниже увидимъ, и въ настоящее время не бываетъ иска ради имени *an sich*, а всегда при искѣ объ имени имѣется въ виду какой-нибудь другой интересъ, такъ что, вопросъ о различіи римскаго и современнаго права въ этомъ отношеніи сводится только къ вопросу, почему въ некоторые интересы теперь охраняются посредствомъ иска объ имени и почему этого не было въ римскомъ правѣ. Потому, конечно, что въ римскомъ процессѣ были другія средства для этого, которыхъ теперь нѣтъ; главнымъ изъ нихъ является *actio injuriarum*—частный искъ о нарушеніи права на элементы личности. Терягъ, въ первой части своего прекраснаго сочиненія „*Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen*“ (*Jahrb. für die Dogmatik des heut. röm. und deutsch. Privatrechts. Bd. XXIII. 1885*), подробно разсматриваетъ объемъ примѣненія *actio injuriarum* въ римскомъ правѣ, (вторая часть его изслѣдованія посвящена разсмотрѣнію въ некоторыхъ фактовъ современной жизни, въ которыхъ по римскому праву имѣлъ бы мѣсто *actio injuriarum*, и которые теперь, или совсѣмъ не вызываютъ юридической реакціи, или вызываютъ неправильную) и различаетъ (указ. соч. стр. 180 и слѣд.) двѣ функціи *actio injuriarum*: 1) абстрактную: „*die Person kann verletzt werden in dem was sie ist*“: *actio injuriarum*



охраняетъ интересы тѣлесной неприкосновенности, свободы и чести, охраняетъ лицо отъ всякаго посягательства на неприкосновенность его составныхъ юридическихъ элементовъ; это основная функція *actio injuriarum*; 2) конкретную или супплементарную: „die Person kann verletzt werden in dem, was sie hat“; въ этой функціи *actio injuriarum* можетъ конкурировать со многими другими исками, охраняющими имущественныя отношенія. Необходимый ре-квизитъ *actio injuriarum* „*animus injuriandi*“, опредѣляемый Терингомъ (стр. 190 и сл.), какъ презрѣніе къ чужому праву, основанное на неуваженіи къ личности носителя этого права, — *animus* этотъ по желанію можно увидѣть почти въ любомъ правонарушеніи. Широкое понятіе „*injuria*“ давало возможность примѣнять *actio injuriarum* тамъ, гдѣ теперь совершенно невозможенъ искъ объ обидѣ. Терингъ показываетъ въ своемъ сочиненіи, на какую массу чисто реальныхъ и экономическихъ интересовъ, не имѣвшихъ самостоятельной охраны, римскіе юристы распространили *actio injuriarum*. Современный гражданско-уголовный искъ объ обидѣ почти совершенно не выполняетъ конкретной функціи *actio injuriarum*; причина, конечно, та, что у насъ другія понятія чести и обиды, чѣмъ у Римлянъ: *existimatio* — римская честь — есть неприкосновенное состояніе элементовъ личности, — понятіе несравненно болѣе абстрактное и объективное, чѣмъ наше понятіе чести, основанное главнымъ образомъ на непосредственномъ чувствѣ, въ высшей степени субъективномъ. Итакъ, понятіе обиды сдузилось: спрашивается, какіе же иски теперь выполняютъ конкретную функцію *actio injuriarum* въ тѣхъ, весьма частыхъ, случаяхъ, гдѣ этотъ искъ не конкурировалъ съ другими, а только одинъ и былъ возможенъ? Многие случаи еще совсѣмъ остаются безъ охраны, а для нѣкоторыхъ практика постепенно выработала охрану; одинъ изъ приѣмовъ практики мы можемъ наблюдать на современныхъ искахъ о гражданскомъ имени. Когда принимаютъ чужое имя, то весьма трудно сказать, какіе и въ какой степени страдаютъ отъ этого интересы законнаго носителя имени, такъ что формулировать искъ ему не легко; римское право выходило изъ этого затрудненія посредствомъ *actio injuriarum*: подвести данный случай подъ этотъ искъ было не трудно, ибо *injuria* — понятіе очень широкое; современное право поступаетъ иначе: тому, чье имя неправильно присвоено кѣмъ нибудь, дается право иска объ имени, но съ обязательствомъ доказать интересъ въ искѣ.

Итакъ, вотъ нашъ выводъ изъ вышеизложеннаго: ни римское, ни современное право частнаго иска объ имени *an sich* не знаютъ;

существуютъ интересы, трудно поддающіеся юридической формулировкѣ, которые иногда бываютъ связаны съ гражданскимъ именемъ (интересы: личной, семейной и родовой чести; интересы сохраненія клиентелы, связанной съ именемъ и т. п.); римское право охраняло эти интересы посредствомъ *actio injuriarum*, а современное посредствомъ иска объ имени. Переходимъ затѣмъ къ основному вопросу нашего краткаго экскурса о гражданскомъ имени, — къ вопросу о юридической природѣ права на имя.

Юридическая доктрина въ этомъ вопросѣ довольно контроверзна. Сжатое изложеніе научныхъ воззрѣній на этотъ предметъ имѣется въ небольшомъ сочиненіи Леви „*Vorname und Familienname im Recht*“ (5-я глава, стр. 47—60). Онъ различаетъ три рода теорій: 1) теоріи, отрицающія существованіе частнаго права на имя. Эйнертъ находилъ даже, что вопросъ объ имени есть вопросъ нравовъ, а не права; положеніе это можно признать отчасти вѣрнымъ для римскаго права, но для современнаго нельзя, въ виду существованія легальныхъ нормъ о гражданскомъ имени. Весьма много юристовъ, въ числѣ ихъ и такой авторитетный ученый, какъ Терингъ, считаютъ право на гражданское имя за право публичное; этотъ взглядъ намъ кажется наиболѣе правильнымъ. 2) Теорія, признающая частное право на имя, но безъ права запрета третьимъ лицамъ произвольно пользоваться тѣмъ же именемъ („*Das Privatrecht am Namen ohne Verbotungsrecht*“ — теорія Германа, которую Леви — стр. 51 — оставляетъ безъ разсмотрѣнія). По этой теоріи все содержаніе частнаго права на гражданское имя заключается въ томъ, что каждый безпрепятственно можетъ пользоваться своимъ, законно пріобрѣтеннымъ, именемъ, а вся обязанность третьихъ лицъ — въ томъ, чтобы не препятствовать такому пользованію, но они могутъ принять участіе въ этомъ пользованіи, т. е. принять чужое имя, если это не будетъ противорѣчить нормамъ публичнаго права. Такимъ образомъ выходитъ, что имя есть „*res publico usui destinata*“ вещь, назначенная для общественнаго пользованія. Но въ настоящее время не можетъ быть частнаго иска о правѣ пользованія подобными вещами; порядокъ пользованія ими опредѣляется административной властью и ею же и поддерживается<sup>1)</sup>; частнаго иска не можетъ быть, такъ какъ право пользованія публичными вещами („право участія общаго“ — въ нашихъ законахъ), разъ оно предоставляется закономъ всѣмъ, вовсе не нуждается въ призна-

<sup>1)</sup> Въ римскомъ правѣ въ подобныхъ случаяхъ могъ имѣть мѣсто частный искъ — *actio injuriarum*. См. Терингъ указ. соч.



нія его за известнымъ лицомъ судомъ. Такъ какъ возможность частнаго иска является необходимымъ реквизитомъ всякаго частнаго права, то изложенная теорія, еслибы и вѣрно было ея основаніе, ведетъ, намъ кажется, къ полнѣйшему отрицанію частнаго права на гражданское имя; но дѣло въ томъ, что и основаніе ея совершенно невѣрно, ибо никоимъ образомъ гражданское имя нельзя причислить къ вещамъ, назначеннымъ для общественнаго пользованія: отъ права на имя нельзя отказаться, ношеніе опредѣленнаго имени есть и право и обязанность, между тѣмъ какъ право пользованія публичными вещами никому правительствомъ не навязывается. 3) Теоріи, признающія частное право на имя съ правомъ запрета третьимъ лицамъ пользоваться тѣмъ же именемъ, если у нихъ нѣтъ законныхъ предположеній этого права (если они не получили разрѣшенія правительства на пользованіе подобнымъ именемъ; если ихъ отецъ, родной или приемышъ, или мужъ не носили этого имени). Віарда (см. Levy, указ. соч. стр. 52), первый, кажется, изслѣдователь вопроса о гражданскомъ имени, право на имя признаетъ за родовую или семейную собственность, какъ право на внѣшній знакъ принадлежности къ опредѣленному родственному союзу, и даетъ родичамъ право иска объ имени противъ третьихъ лицъ. Среди современныхъ французскихъ юристовъ также очень распространено мнѣніе, что право на имя есть собственность, и притомъ они часто также придаютъ ему квалификацію семейнаго права (см. наприм. Salveton, указ. соч. стр. 294 и слѣд.). Безспорно, что имя часто бываетъ предметомъ исковъ между родственниками, но всегда при этомъ вопросъ идетъ не объ имени только, а о принадлежности къ опредѣленному роду; если принимающій неправильно чужое имя не посягаетъ этимъ на принадлежность къ чужому роду или не имѣетъ въ виду какихъ либо корыстныхъ цѣлей, то искъ объ имени не можетъ имѣть мѣсто. Искъ объ имени во французской практикѣ предъявляются обыкновенно въ такихъ двухъ формахъ (см. Salveton, стр. 466—470): 1) ревендикація имени; здѣсь истецъ, кромѣ своего (публичнаго) права на имя, долженъ доказать еще свой интересъ въ искѣ (son intérêt à agir), а это сразу лишаетъ насъ возможности признать въ этомъ искѣ *rei vindicatio*, при которой не требуется подобныхъ доказательствъ; изъ конструкціи этого иска ясно видно, что гражданская охрана имени существуетъ не ради имени, а ради интересовъ съ именемъ связанныхъ, которые могутъ быть весьма различны, но общее ихъ то, что всѣ они заключаются въ стремленіи лично-

сти сохранить известную ситуацію въ государственной, общественной, родовой или промышленной жизни. Поэтому и при полудивильномъ полупубличномъ искѣ объ исправленіи актовъ состояніи (*l'action en rectification*) необходимо доказать „l'intérêt qu'on à agir“. 2) Точно также врядъ ли можетъ быть доказательствомъ того, что право на имя есть собственность, искъ на осн. 1382 art. de Code Civ. („Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer“) *action en dommages intérêts*—искъ за вредъ и убытки, причиненные противоправнымъ дѣяніемъ, соответствующій у насъ иску на основаніи 684 ст. X тома; необходимые реквизиты этого иска: а) нарушеніе правовой нормы и б) имущественный вредъ, а послѣдняго какъ разъ часто и не бываетъ при присвоеніи чужаго имени<sup>1)</sup>.

Въ германской литературѣ весьма распространено мнѣніе, что право на имя есть право личности, или, какъ его называютъ новые юристы, индивидуальное право (*Individualrecht*). Намъ необходимо рассмотреть эту теорію, главнѣйшими представителями которой являются Gareis и Kohler (послѣдователемъ Kohler'a у насъ является г. Борзенковъ, см. его соч.: „личность, общественность, собственность“. Временникъ Демидовскаго юридическаго лица. Ярославль. 1881).

Гарейсъ въ своемъ сочиненіи „Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie der Firma und Markenschutzes“ (*Archiv für Theorie und Praxis des allgem. Deutsch Handels—und Wechsel-rechts, herausgegeben von Busch. 1877. Bd. 35, стр. 185—211*) задается цѣлью найти новое основаніе этимъ правамъ, считая теорію „духовной собственности“ неспособною къ развитію<sup>2)</sup>, и для этого обращается къ правамъ личности. Находя конструкцію правъ личности непостоянною и неопредѣленною, Гарейсъ предлагаетъ замѣнить ее конструкціей „индивидуальнаго права“—права лица на всеобщее признаніе его индивидуальности. Право это должно охранять слѣдующіе интересы: а) интересъ человѣка „zu leben, sich frei zu bewegen, und alles zu thun, wodurch das Leben individuell

<sup>1)</sup> Теорія права собственности на гражданское имя распространена во французской литературѣ, но часто эта распространенность только кажущаяся: такъ Lallier, называя свою книгу „de la propriété des noms et des titres“, на первой страницѣ говоритъ, что это въ сущности не собственность. Врядъ ли удобны подобныя приемы.

<sup>2)</sup> Онъ говоритъ (стр. 187): „... die Theorie des „geistigen Eigenthums“, als welches man das Autorrecht bezeichnete, ist nicht entwicklungsfähig“. Стоитъ только бѣгло ознакомиться съ французской судебной практикой, чтобы ясно увидѣть невѣрность подобнаго мнѣнія.



möglichst angenehm gefristet wird (указ. соч. стр. 197) т. е. интересъ въ свободной и счастливой, сообразно склонностямъ индивидуума, жизни; б) интересъ индивидуума въ признаніи его индивидуальности, въ выдѣленіи его личности; ради этой цѣли существуетъ право на имя, фирму, марку и т. п.; с) интересъ индивидуума въ томъ, чтобы результаты трудовъ его относились къ его личности, интересъ во всеобщемъ признаніи авторства; этой цѣли достигаютъ нормы авторскаго права. Индивидуальное право—право абсолютное и отъ вещнаго отличается лишь своимъ объектомъ, каковымъ является не вещь — предметъ внѣшняго міра, а „das Individuelle der Person, nemlich jede persönliche Thätigkeit der eigenen Person und der Erfolg der Bethätigung einer solchen, insoferne er nicht durch andere Rechte geschützt wird oder ungeschützt bleibt“ (тамъ-же, стр. 200), — опредѣленіе далеко неясное. Дальнѣйшимъ развитіемъ этихъ идей занялся Колеръ, какъ въ названномъ сочиненіи его „Recht des Markenschutzes“, такъ и въ другихъ <sup>1)</sup>. Аргументація его представляется въ такомъ видѣ. Человѣческая личность въ самой себѣ содержитъ источникъ всякихъ благъ, въ видѣ силъ духовныхъ и тѣлесныхъ, которыми человекъ и пользуется. Положительное право противъ нарушенія этого пользованія даетъ искъ о вредѣ и убыткахъ, но, чтобы быть вполне послѣдовательнымъ, оно должно признать и прямое правовое отношеніе личности къ этимъ благамъ, т. е. признать право личности на эти блага. Нѣтъ нужды, что при этомъ фактически субъектъ и объектъ правоваго отношенія будутъ совпадать, но въ сознаніи мы ихъ раздѣляемъ, ибо человѣческій организмъ есть не только „Genussapparat, sondern selbst Gegenstand des Genusses und mithin des rechtlich geschützten Genusses, mithin auch des Rechtes“ (Recht des Markenschutzes, стр. 2). Право на подобныя блага и есть Individualrecht. Для уясненія его содержанія Колеръ приводитъ ученіе англійскаго юриста Блэкстона о правахъ личности, къ которымъ Блэкстонъ, опираясь на „magna charta libertatum“, причисляетъ: 1) право личной неприкосновенности (the right of personal security), 2) право личной свободы, и 3) право личности быть субъектомъ частныхъ имущественныхъ отношеній (the right of property въ широкомъ смыслѣ). Колеръ къ индивидуальному праву причисляетъ прежде всего „das Recht zu verlangen, dass das Individuum als solches in seiner Besonderheit und Individualität anerkannt und jede Vermischung

<sup>1)</sup> Напр. «das Autorrecht», въ Jahrb. für die Dogmatik des heut. röm. und deutsch. Rechts. 1880.

mit andern Individuen ferngehalten wird“ (тамъ-же, стр. 5); ради этого существуетъ частное право на имя, на которое впрочемъ существуетъ и публичное право <sup>1)</sup>, а кромѣ того и фамильное. Къ индивидуальному же праву Kohler причисляетъ и право на фирму и марку, какъ „право производителя быть призваннымъ таковымъ“, какъ „право производителя на то, чтобы ему не приписывали чужихъ произведеній“. Въ доказательство существованія индивидуальнаго права Колеръ указываетъ на actio injuriarum и частно-правные иски о гражданскомъ имени, фирмѣ, маркѣ и т. п. Индивидуальное право Колера, какъ и у Гарейса, есть абсолютное частное право sui generis; въ противоположность вещному праву, передача его невозможна <sup>2)</sup>.

Оставляя въ сторонѣ вопросъ объ общемъ значеніи изложенной конструкціи индивидуальнаго права, приходится примѣненіе ея къ праву на имя признать невозможнымъ. Имя дѣйствительно есть элементъ личности и служитъ средствомъ ея индивидуализаціи, право на имя дѣйствительно является правомъ личности на самую себя, но только, по нашему мнѣнію, оно не есть частное право: интересъ въ индивидуализаціи лицъ, интересъ въ томъ, чтобы личности не были смѣшиваемы одна съ другой, это — интересъ государственный, публичный и притомъ настолько важный, что осуществленіе его не можетъ быть оставлено на волю частныхъ лицъ. Да и вообще говоря, право лица на свои элементы не можетъ быть частнымъ правомъ: лицо, оставаясь самимъ собой, считая себя частно-правнымъ субъектомъ, т. е. центромъ и цѣлью своихъ правовыхъ отношеній къ другимъ лицамъ, никакъ не можетъ отрѣшиться отъ себя, не можетъ признать себя объектомъ; оно можетъ это сдѣлать только съ точки зрѣнія болѣе высшаго организма — государства или общества, — сознавая себя отчасти средствомъ для достиженія общихъ цѣлей, а вмѣстѣ съ тѣмъ и участникомъ въ общей цѣли.

Теоріи, видящія въ правѣ на имя право личности, грѣшатъ еще въ другомъ направленіи: если, съ одной стороны, онѣ превращаютъ лицо въ вещь, то, съ другой, стараются, наоборотъ,

<sup>1)</sup> Kohler при этомъ поясняетъ (тамъ же стр. 6): «Beides, das privatrechtliche Namenrecht und die publicistische Namenpflicht sind aber verschiedene Dinge», безъ дальнѣйшихъ объясненій.

<sup>2)</sup> Въ жизни на каждомъ шагѣ можно встрѣтить массу фактовъ передачи фирмъ, марокъ и т. п.; чтобы связать эти факты съ своей теоріей (что, по нашему мнѣнію, совершенно невозможно: что за индивидуальность, которая продается и покупается на аукционѣ?!), Kohler является вынужденнымъ для объясненія ихъ давать прекрасные образцы софистики. См. его объясненія о передачѣ индивидуальнаго права (Recht des Markenschutzes, стр. 16, 77, 229, 243 и др.)



вещь превратить въ лицо; дѣло въ томъ, что онъ часто принимаютъ за необходимый аксессуаръ личности то, что вовсе не есть таковой. Если говорятъ, что право на имя есть право личности, то противъ этого нельзя ничего возразить (кромѣ того, что это право—публичное), ибо имя есть необходимый, и по естественнымъ причинамъ, и въ силу нормъ публичнаго права, аксессуаръ личности; но, если Колеръ, напримѣръ, полагаетъ, что въ правѣ на имя (гражданское или торговое) и другія отличительныя средства личности *implicite* содержится право на все то, что жизнь иногда связываетъ съ именемъ, напримѣръ, промышленную клиентелу, то это, конечно, не вѣрно: присваивая чужое имя можно вовсе и не нарушить право на клиентелу; наоборотъ, и не присваивая имени или другихъ отличительныхъ знаковъ, можно завладѣть чужой клиентелой; тоже надо сказать и о принадлежности къ опредѣленному роду. Иерингъ несомнѣнно бьетъ въ очень больное мѣсто теоріи Колера, когда говоритъ (указ. соч. стр. 310): „Es heisst mit den Worten und Begriffen spielen, wenn man die concreten Verhältnisse, welche die Person begründet hat, unter den Begriff der Persönlichkeit bringt. Indem sie dieselben begründet hat, ist sie über sich selbst hinausgegangen, hat sie eine Position in der Ansehenwelt genommen, und wenn das Recht letztere schützt, schützt es nicht mehr die Person, sondern diese bestimmte rechtliche Position“.

Иерингъ (указ. соч. стр. 320—321) считаетъ право на имя правомъ публичнымъ<sup>1)</sup>, и мы вполне раздѣляемъ его мнѣніе; съ точки же зрѣнія частнаго права имя, какъ и другія публичные права личности: религія, сословіе и т. п., является качествомъ правоваго субъекта, элементомъ его личности и, въ противоположность названнымъ правамъ, элементомъ постояннымъ и абсолютно необходимымъ. Что право на имя есть право публичное, въ этомъ насъ убѣждаетъ много обстоятельствъ, и, прежде всего, анализъ интересовъ, связанныхъ съ именемъ. Не можетъ быть

<sup>1)</sup> Иерингъ совершенно отрицаетъ возможность частнаго иска объ имени *an sich*. Онъ различаетъ три рода случаевъ: 1) присвоеніе обыкновеннаго имени, какихъ много; у настоящаго носителя такого имени совершенно нѣтъ интереса въ искѣ, ибо ему безразлично, если къ числу носителей сходнаго съ его именемъ прибавится еще одинъ; 2) присвоеніе выдающагося имени, съ которымъ связывается особое общественное уваженіе (*«unica in der Namenwelt»*); такое присвоеніе нарушаетъ общественный порядокъ, а потому должны быть приняты полицейскія мѣры; 3) присвоеніе имени съ цѣлью выставить себя тѣмъ лицомъ, которое есть дѣйствительный носитель имени, съ цѣлью присвоить положеніе его; здѣсь долженъ быть данъ искъ (*actio injuriarum*), но искъ этотъ идетъ не противъ присвоенія имени *an sich*, а главнымъ образомъ противъ неправильной *«Prätention eines Verwandtschafts-Verhältnisses»*.

сомнѣнія, что государство болѣе заинтересовано въ правильномъ употребленіи именъ, чѣмъ частное лицо. Частное лицо въ своей дѣятельности обыкновенно имѣетъ дѣло съ живыми людьми, которыхъ оно знаетъ и не по имени только; притомъ сфера общества для частнаго лица болѣе или менѣе ограничена; напротивъ, государству, или, вѣрнѣе, правительству люди извѣстны только по официальнымъ бумагамъ, по тѣмъ предикатамъ, которыми они въ этихъ бумагахъ описаны; наконецъ, дѣятельность правительства простирается на все населеніе государства, а потому опасность смѣшенія однихъ лицъ съ другими для правительства гораздо возможнѣе, чѣмъ для частнаго лица, а между тѣмъ ошибка правительства влечетъ за собой болѣе гибельныя послѣдствія, чѣмъ ошибка частнаго лица. Понятно, въ виду этого, что государство не можетъ заботу о правильномъ пользованіи гражданскимъ именемъ предоставить усмотрѣнію частныхъ лицъ: государственные интересы отъ этого сильно могли бы пострадать. Кромѣ этого, внутренняго, основанія для признанія публичнаго характера за правомъ на гражданское имя, можно указать еще массу формальныхъ: отказъ отъ права на гражданское имя невозможенъ; приобрѣтеніе имени подчиняется порядку, установленному принудительными нормами; свободная передача и перемѣна имени невозможна; нарушеніе нормъ объ имени влечетъ за собой уголовное преслѣдованіе; наконецъ, частный искъ объ имени имѣетъ только преюдиціальное значеніе, т. е. цѣль его—обезпечить только доказательства для другаго иска.

Аналогично праву на гражданское имя должно разсматриваться и право на торговое имя—фирму (*Firma, Nom commercial*). Торговое имя, какъ и гражданское, служитъ показателемъ личности (торговой), и право на него есть право публичное. Институтъ особаго торговаго имени не есть общее явленіе: французское законодательство, напримѣръ, не знаетъ особаго торговаго имени; только тамъ, гдѣ существуетъ нѣсколько полицейскій взглядъ на промышленность, какъ на дѣло государственное, законъ устанавливаетъ особыя правила для купеческаго имени. Необходимость особаго отличительнаго средства для купеческой личности вытекаетъ изъ того, что въ торгово-промышленной жизни правовой оборотъ интензивнѣе, чѣмъ въ общегражданской, а потому и поводовъ къ смѣшенію больше. Какъ по поводу гражданскаго имени, такъ и по поводу фирмы возможенъ частный искъ, но сущность его, его конечную цѣль, представляетъ охрана не фирмы *an sich*, а промышленной клиентелы, съ фирмой связанной.



Говоря о гражданском имени, мы ничего не сказали об имени юридических лиц, но в этом и нет особенной надобности, так как, за исключением того, что порядок приобретения имени юридического лица устанавливается иногда не общими законами, а специальными уставами, в общем имя лица юридического занимает тоже положение, что и имя лица физического. Особого рассмотрения требует имя торгового товарищества, из которого исторически развился институт фирмы: торговое товарищество не есть юридическое лицо, а потому необходимо выяснить, показателем чьей личности служит имя торгового товарищества. Сущность полного торгового товарищества заключается в том, что сделками его устанавливается корреальное обязательство для товарищей; поэтому крайне необходимо постоянный внешний знак корреальности, знак, по которому можно было бы отличать простые сделки товарищей от корреальных; этой цели и служит имя товарищества, — *raison sociale*, *Rechnungsname*, *raggione* — расчетное имя. Лабандь (см. Нааб указ. соч. стр. 39) так определяет имя полного товарищества: оно есть, созданное единогласной волей товарищей, коллективное обозначение их, с указанием на их товарищеское соединение. Таким образом, имя полного товарищества является показателем личности, стоящей в особом соединении с другими. Имя командитного товарищества содержит еще в себе имя юридической личности, которую образует совокупность вкладчиков. Имя акционерной компании есть имя юридического лица. Главное значение имени товарищества — в том, что им подписываются обязательства товарищества; поэтому оно обыкновенно называлось фирмой (*firma* — скрепка, подпись); впоследствии это название обозначало всякое имя, которым подписывались торговые обязательства. Фирма развилась из особой подписи, так называемого „*titulus societatis*“, находившейся на главном листе (в *praefatio*) торговых книг, надписи, указывавшей, до кого счет книги относился: в средневековой Италии, в торговых городах, книги были судебными доказательствами, если были интитулированы и внесены в торговый реестр (см. *G. Lastig. Markenrecht und Zeichenregister, Halle. 1890, стр. 110* и слѣд., там же и примѣры интитуляцій). Особое значение имѣлъ этотъ обычай при сделкахъ съ товариществами. Нааб (указ. соч. стр. 15 и 16) говоритъ: „Принятіе такого *titulus societatis* нужно было главнымъ образомъ для заключенія письменныхъ сделокъ товарищества. Въ самомъ началѣ, конечно,

подобные документы должны были подписываться всеми товарищами<sup>1)</sup>. Такой подробный способ подписи был замененъ тѣмъ, что, если товарищъ заключалъ сделку за товарищество, то онъ это дѣлалъ еще пока отъ своего имени, но прибавлялъ къ своей подписи поясненіе, что онъ дѣйствовалъ за счетъ себя и товарищей; это, большей частью, дѣлалось чрезъ перечисленіе именъ товарищей. Дальнѣйшее упрощеніе, какъ выясняетъ *Baldus*, выразилось въ томъ, что часто имя главнаго товарища съ прибавкою „*et socii*“ возводилось въ постоянный товарищескій титулъ. Такимъ образомъ и возникло такъ называемое *Rechnungsname* расчетное имя (*ratio*, *ragione sociale*, *raison sociale*) товарищества“. Часто только по титулу торговой книги и можно было узнать о существованіи товарищества (см. *Fremery. Etudes de droit commercial. Paris 1833. Chap. 6, стр. 43*), такъ что регистрація титуловъ торговыхъ книгъ была крайне необходима.

*Fremery* (указ. соч. стр. 42) указываетъ первую фирму подъ 1233 г.: „*Anglerius Solaficus et compagnie*“.

Итакъ, имя товарищества есть особый видъ имени и подчиняется особымъ правиламъ; это, такъ сказать, квалифицированное имя; но право на него, какъ мы это увидимъ ниже, является также публичнымъ; нѣкоторыя отступленія отъ этого принципа существуютъ въ германскомъ правѣ и объясняются цѣлью связать съ охраной имени и охрану промышленной клиентелы<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> И, вѣроятно, съ указаніемъ корреальной ответственности ихъ.

<sup>2)</sup> Германское законодательство для обозначенія имени товарищества и торговаго имени единоличныхъ купцовъ употребляетъ безразлично одинъ терминъ «*Firma*»; французскіе законы, напротивъ, никогда не пользуются терминомъ «*raison sociale*» для обозначенія торговаго имени единоличнаго купца. Объясняется это тѣмъ, что въ Германіи возможенъ переходъ фирмы товарищества въ руки единоличнаго купца, что невозможно во Франціи. Основанія этого различія историческія. Фирма товарищества, указывая на извѣстное соединеніе лицъ, конечно, не должна употребляться, коль скоро этого соединенія нѣтъ; съ прекращеніемъ товарищества должна исчезнуть и фирма, тѣмъ болѣе, что пользованіе фирмой въ первоначальномъ ея значеніи (какъ подпись) не даетъ никакихъ матеріальныхъ выгодъ; но германское право (прусское *Landrecht*, см. Нааб., указ. соч. стр. 22) примѣнило къ фирмѣ товарищества ученіе средневековаго юриста Бартола о *signum societatis*. Нааб полагаетъ, что главной функціей этого знака было «*arponi in ballis*» — изложеніе на товарѣ, а не на подписи, такъ что *signum* соответствовало современной фабричной или торговой маркѣ, съ которой связывается клиентела, и которая потому имѣетъ имущественное значеніе. Положенія Бартола о судьбѣ «*signum societatis*» (который по Бартолу есть *res accessoria* предпріятія) были причѣнены прусскимъ уложеніемъ къ судьбѣ фирмы (подписи) прекратившагося товарищества, которая могла такимъ образомъ превратиться въ подпись единоличнаго купца. Бартоль, опредѣляя судьбу *signum societatis*, а за нимъ и прусское *Landrecht*, опредѣляя судьбу фирмы, различали 4 случая: 1) *siquidem erat unus in societate qui erat capitaneus et quasi magister societatis, tunc apud eum debet remanere signum, quia erat inter ceteros majoris honoris.* 2) *si vero hic non erat,*



Имя является средством опредѣленія или индивидуализаціи личности и въ письменной жизни, но здѣсь часто личность индивидуализируется собственно не самимъ именемъ, не составомъ его буквъ, а начертаніемъ ихъ; такимъ образомъ функцію имени, какъ отличительнаго средства, выполняетъ иногда знакъ. Подобный индивидуальный знакъ, какъ и имя, несомнѣнно, есть элементъ личности, чему очень нагляднымъ доказательствомъ, между прочимъ, можетъ служить татуировка. Однако знакъ можетъ преслѣдовать весьма различныя цѣли, и вопросъ о знакахъ необходимо разсмотрѣть исторически, ибо ихъ значеніе мѣняется: такъ что, напримѣръ, догматическое ученіе о знакахъ средневѣковыхъ юристовъ (Бартола, Бальда и другихъ) въ настоящее время совершенно антиквировалось (см. Dietzel, указ. соч. стр. 230).

Ластигъ (указ. соч. стр. 61 и слѣд.) даетъ такую классификацію разнаго рода знаковъ:

#### I. Марки публичныя:

1) *Beschanzeichen* или *Kontrollzeichen*—контрольныя марки; напримѣръ, марки, удостовѣряющія, что товаръ удовлетворяетъ нормальнымъ образцамъ; 2) *Ursprungszeichen* (*Heimatszeichen*)—марки, удостовѣряющія мѣсто происхождения товара; и 3) *Zollsteuerzeichen*—знаки, удостовѣряющіе взысканіе пошлины съ товара.

#### II. Частныя марки:

A) *Sachen*—или *Waaren marken*—марки на вещахъ:

1) *Vermögensrechtliche Sachen-marke*—марка, показывающая правовую принадлежность вещи; и 2) *Wirtschaftliche Sachen-marke*—промышленная марка, притомъ *Erzeugungs-marke*—фабричная или ремесленная марка и *Umlaufs-marke*—торговая марка.

B) *Urkunds-marke*—марка на документахъ, замѣнявшая именную подпись<sup>1)</sup>.

Оставляя въ сторонѣ публичныя марки, значеніе которыхъ само собой понятно и всегда одно и то же, мы займемся изслѣдованіемъ частныхъ марокъ, и прежде всего марокъ, показывающихъ правовую принадлежность вещи. Изъ всѣхъ видовъ марокъ это —

tunc apud eum remanebit, qui erat socius majoris quantitatis. 3) si omnes aequales sunt, tunc sorte dirimendum est. 4) si dissoluta societate remanebit unus negotiator, alii non, apud qui remanet debet remanere signum (см. Naab, стр. 22). Четвертый случай Бартоль поясняетъ такъ: iniquum est quod signum, quod erat negotiationi accessorium, separaretur ab eo (см. Dietzel, указ. соч., стр. 274).

<sup>1)</sup> Классификація эта далеко не полна и не совсемъ точна: забыты многіе правительственные знаки, а *Urkunds-marke* можетъ быть и правительственной.

самыя древнія; обыкновенно ихъ называютъ знаками собственности, но названіе это нельзя признать удачнымъ: въ первобытное время знаки собственности дѣйствительно являются таковыми (особенно въ виду того, что собственность и владѣніе не различаются), но позднѣе они показываютъ весьма различныя юридическія отношенія лица къ отмѣченной имъ вещи, а часто даже и фактическія отношенія; какъ съ техническимъ терминомъ, можно, конечно, помириться и съ этимъ названіемъ. О знакахъ собственности имѣются весьма обстоятельныя изслѣдованія, особенно въ нѣмецкой литературѣ (Hoseyer, Michelsen, Hirsch и др.), все содержаніе которыхъ мы исчерпать не имѣемъ намѣренія тѣмъ болѣе, что изслѣдованія эти содержатъ въ себѣ гораздо больше матеріала археологическаго и этнографическаго, чѣмъ юридическаго.

Привычка людей дѣлать отмѣтки на принадлежащихъ имъ вещахъ и этимъ индивидуализировать вещи, чтобы доказать, по крайней мѣрѣ, что вещи фактически находились во власти лица ихъ отмѣтившаго, привычка эта—такое естественное явленіе, что подобные знаки мы найдемъ вездѣ и всегда, хотя не всегда съ одинаковымъ значеніемъ; даже на вещахъ, оставшихся отъ времени до-историческихъ, опредѣляемыхъ геологическими періодами, мы найдемъ подобные знаки (См. *Соловьевъ*. Знаки собственности въ Россіи. Казань. 1885; между прочимъ говорится и о знакахъ собственности каменнаго періода); у древнихъ Римлянъ, какъ извѣстно копье (*hasta*), воткнутое въ землю или прибитое надъ порогомъ дома, служило знакомъ собственности; наконецъ, и въ настоящее время, въ тѣхъ немногихъ уже мѣстахъ, гдѣ сохранилась древняя патріархальность жизни, существуетъ еще обычай признавать знакъ за вѣдшее выраженіе собственности. (См. *II. Скоробогатый*. Доказательства на волостномъ судѣ. Юрид. Вѣстн. 1883 г. кн. 2, стр. 243—245). Поэтому, смѣшно и странно, если нѣкоторые нѣмецкіе изслѣдователи признавали знаки собственности за институтъ національно-германскій; тѣмъ болѣе странно, что гордиться развитіемъ этого института совершенно нѣтъ основаній, такъ какъ оно—вѣрный знакъ безграмотности и низкой культуры населенія.

Рисунокъ этихъ знаковъ первоначально очень простъ: это обыкновенно—комбинаціи прямыхъ или кривыхъ линий; фигурные знаки: изображенія звѣрей, птицъ, цвѣтовъ и т. п., появляются въ болѣе культурныя времена. Въ средневѣковой Италіи очень распространенной маркой была фигура креста съ различными укра-



шеніями (см. таблицы марокъ въ указанномъ сочиненіи Lastig'a); германская Haus — (городская) и Hof-marke (сельская), какъ показали изслѣдованія, представляла изъ себя соединеніе нѣсколькихъ буквъ рунической азбуки, составлявшихъ имя лица, ею пользовавшагося. Въ древней Руси также было развито употребленіе знаковъ собственности: „въ юридическихъ документахъ древней Руси часто встрѣчаются разные знаки вмѣсто подписей безграмотныхъ. Знаки эти выставлялись также на шкуркахъ звѣрей, вносимыхъ вмѣсто податей (ясака) и на бортныхъ ухажьяхъ (деревняхъ со пчелами) и принадлежали либо цѣлымъ обществамъ и селеніямъ, или отдѣльно каждому лицу. Они представляли или разнообразныя предметы изъ быта житейскаго, или указывали на родъ занятій лицъ, прилагавшихъ эти знаки“ (П. И. Ивановъ. О знакахъ, замѣнявшихъ подписи въ древней Россіи. СПб. 1859, стр. 2; тамъ-же и примѣры подписей изъ древнихъ источниковъ); такой знакъ назывался „знамя“.

Обыкновенно употребленіе знака собственности переходитъ по наслѣдству отъ отца къ сыну, отъ сына къ внуку и т. д.; при боковомъ размноженіи рода знакъ не мѣняется совершенно, а каждое новое колѣно рода прибавляетъ по одной какой нибудь чертѣ къ знаку, такъ что первоначальная фигура марки все-таки замѣтна. Сходство такихъ родовыхъ знаковъ можетъ, поэтому, въ извѣстной степени, быть признакомъ родства семей, ими пользующихся. Харузинъ (Родовыя клейма и знаки собственности въ Серапульскомъ уѣздѣ Вятской губерніи. Юрид. Вѣстн. 1883, кн. 2, стр. 287) указываетъ такой примѣръ. „Вотяки Глазовскаго уѣзда, пріѣхавшіе по торговымъ дѣламъ въ Бугульминскій уѣздъ, гдѣ они случайно встрѣтили своихъ земляковъ, по родовымъ знакамъ доискались, что эти Вотяки переселились изъ деревни Глазовскаго уѣзда; хотя и старіики уже забыли о времени переселенія въ Самарскую губернію“.

Что касается примѣненія знаковъ собственности, то первоначальная ихъ функція — отмѣчать вещи, находящіяся такъ или иначе въ обладаніи лица отмѣчающаго<sup>1)</sup>, съ цѣлью указать на это обладаніе. Затѣмъ, съ развитіемъ письменныхъ сдѣлокъ, при безграмотности населенія знакъ собственности очень удобно замѣняетъ собою именную подпись; но и съ развитіемъ именныхъ подписей знакъ часто ставится при подписи, частью для бѣльшей

<sup>1)</sup> Соловьевъ (указ. соч. стр. 12) полагаетъ, что монетный штемпель первоначально былъ не что иное, какъ знакъ собственности.

достоверности, частью для другихъ цѣлей<sup>1)</sup>. Съ появленіемъ торговли и промысловъ купецъ или ремесленникъ отмѣчаютъ свои товары или продукты тѣмъ же знакомъ<sup>2)</sup>; наконецъ, знакъ собственности былъ средствомъ индивидуализаціи вещей вообще<sup>3)</sup>. Такимъ образомъ знакомъ собственности пользовались для всевозможныхъ цѣлей, для которыхъ только можетъ служить знакъ.

Обращаясь къ вопросу о юридическомъ значеніи частно-правной марки, и прежде всего къ римскому праву, никакъ нельзя считать встрѣтить у римскихъ юристовъ тѣ юридическіе и экономическіе вопросы по поводу марки, которые имѣютъ такое важное значеніе для современной промышленной общественной жизни. Римляне знали фабричную марку, и у нихъ производители налагали марки на свои продукты: на многихъ бронзовыхъ и глиняныхъ вещахъ римской эпохи находятъ фабричную (вѣрнѣе ремесленную) марку; на глиняной посудѣ встрѣчаются и знаки именныя съ отличительнымъ начертаніемъ (sigillum), и фигуративныя; найдены были даже тѣ печати, которыми, предполагаютъ, печатались эти знаки. (См. А. Braun. Nouveau traité des marques de fabrique et de commerce. Bruxelles. 1880, стр. 20). Итакъ, Римляне знали фабричную или торговую марку, но она не имѣла у нихъ большаго значенія: мы выше уже замѣчали, что только при свободномъ режимѣ труда и при широко развитой промышленной жизни марка пріобрѣтаетъ значеніе и интересъ<sup>4)</sup>. Какъ и прочіе институты торговаго права, институтъ фабричной или торговой марки развивался независимо отъ римскаго права. Что же касается марки, какъ показателя собственности, то объ этомъ имѣется нѣсколько текстовъ римскихъ юристовъ (См. Goldschmidt. Handbuch des Handelsrechts. I. B. Erlangen. 1868, стр. 645). Юристъ Павелъ (Dig. lib. 18 tit. 6. l. 14 § 1.) говоритъ: „Videri autem trabes traditas, quas emtor signasset“ — „наложеніе покупа-

<sup>1)</sup> Указывая, что уже Римляне ставили на документахъ знакъ креста, который потомъ сдѣлался любимѣйшей формой Haus- и Hof-marke, Homeyer (Die Haus- und Hof-marken. Berlin. 1870., стр. 14) о цѣли этого знака говоритъ: «Soll das Kreuz hier ein Handeln in Gottes Namen, eine Anrufung göttlicher Mitwirkung, eine Heiligung des Geschäfts ausdrücken, oder wenn man das Zeichen auf die Person selber bezieht, doch nur ihre christliche Eigenschaft überhaupt bezeichnen, als «signum publicum religionis suae sanctissimae» gelten». Знакъ креста такимъ образомъ служилъ характеристикой положенія лица, показывая религію лица.

<sup>2)</sup> См. Dietzel, указ. соч. стр. 229.

<sup>3)</sup> Такъ кредиторъ по залогу ставилъ свой знакъ на заложенной вещи; товаръ отправляется къ комиссіонеру или спедитору съ ихъ маркой, и т. п.

<sup>4)</sup> Мы никакъ не можемъ согласиться съ Колеромъ, который (указ. соч. стр. 33) говоритъ, что марка у римлянъ имѣла почти тоже значеніе, что и въ наше время.



телемъ своего знака на бревна есть знакъ совершившейся традиціи“. Совершенно другое говоритъ Ульпіанъ (Dig. lib. XVIII tit. VI lex. 1, § 2): „si dolium signatum sit ab emtore, Trebatius ait traditum id videri. Labeo contra. Quod et verum est: magis enim ne summutetur signari solere, quam ut traditum videatur“, т. е. „если бочка будетъ отмѣчена покупателемъ, то Требацій считаетъ ее традированной. Лабео же держится противнаго мнѣнія, которое и вѣрно, ибо обыкновенно больше отмѣчаютъ съ той цѣлью, чтобы не было подмѣны, чѣмъ въ знакъ совершившейся традиціи“. Текстъ Ульпіана толкуютъ (Thöl, Goldschmidt и др.) обыкновенно въ томъ смыслѣ, что знакъ не можетъ замѣнить традиціи, что наложеніе его не есть „символическая традиція“ и даже, вообще говоря, не можетъ служить доказательствомъ традиціи, ибо знакъ большей частью преслѣдуетъ другую цѣль. Въ томъ-же случаѣ, о которомъ говоритъ Павелъ, видятъ исключеніе изъ этого правила. Иногда традиція происходитъ при такихъ обстоятельствахъ, что вещь, какъ послѣ, такъ и до традиціи, остается фактически доступной и для прежняго, и для новаго собственника; можно привести такой примѣръ: передается песокъ или камень, сложенный гдѣ нибудь на общественномъ пустырьѣ, и который оставляется тамъ и новымъ собственникомъ; въ подобномъ случаѣ весьма удобно сигнализировать совершившуюся традицію наложеніемъ знака новаго собственника. Такое же положеніе возникаетъ, когда проданная вещь будетъ, напримѣръ, украдена, такъ что ни продавецъ, ни покупатель ея не владѣютъ; въ этомъ случаѣ опять-таки знакъ можетъ быть доказательствомъ совершенія или несовершенія традиціи, такъ какъ ни та, ни другая сторона не могутъ опереться на владѣніе. О послѣднемъ случаѣ<sup>1)</sup> какъ разъ и говоритъ Павелъ; полный текстъ фрагмента такой: „Materia empti si furto periisset post quam tradita esset, emptoris esse periculo, respondit: si minus-venditoris: videri autem trabes traditas, quas emptor signasset“. Итакъ, при извѣстныхъ обстоятельствахъ знакъ служилъ доказательствомъ собственности. Это можно заключить и изъ текста двухъ законовъ, составляющихъ 17 титулъ 2 книги кодекса: I. „Saepe rescriptum est, ante sententiam signa rebus quas aliquis tenebat, imprimi non oportere, Et ideo ea rebus, aut fructibus apud te constitutis illicite imposita, poteris ipse licite detrahere, ut amotis his, causa, quae ex officio tibi infertur, terminetur“.

<sup>1)</sup> Goldschmidt (указ. соч. стр. 645, примѣч. 3) нѣсколько иначе толкуетъ текстъ Павла, но смыслъ толкованія въ общемъ тотъ же, что и у насъ.

II. „Rebus, quas alius detinet imprimere signa nemini licet, etiamsi suas vel obligatas sibi eas esse aliquis affirmet“. Эти тексты доказываютъ, что наложеніе знака влекло за собой извѣстныя юридическія послѣдствія, иначе закону не зачѣмъ было бы и говорить про знаки.

Большее значеніе и распространеніе получили знаки, указывающіе правовую принадлежность вещи, въ первый періодъ среднихъ вѣковъ, съ наплывомъ новыхъ паролловъ, съ ихъ неразвитымъ, но и не испорченнымъ цивилизаціей, образомъ жизни. Чтобы принять за правило, что вещь принадлежитъ тому, чья на ней марка, нужна значительная доля наивности и довѣрчивости: предполагается, что никому не взбрѣдетъ на умъ коварная мысль наложить свою марку на чужую вещь совершенно безъ вѣдома владѣльца. Затѣмъ, при господствѣ формальныхъ доказательствъ въ средневѣковомъ процессѣ, марка, по всей вѣроятности, служила подобнымъ доказательствомъ для собственности. Въ болѣе позднюю эпоху среднихъ вѣковъ, съ развитіемъ городской жизни и торговли, эта функція марки ослабѣваетъ, но за то выдвигаются впередъ другіе интересы, съ ней связаные, интересы экономическіе. Наконецъ, главное значеніе марки въ средніе вѣка то, что она является показателемъ личности, служить вмѣсто именной подписи.

Въ виду широкаго развитія употребленія марки въ средніе вѣка намъ необходимо обратить вниманіе на средневѣковую юридическую доктрину по этому предмету; работа эта выполнена въ указанномъ нами сочиненіи Дицеля, которымъ мы и воспользуемся съ возможной полнотой.

Средневѣковая итальянская литература о маркахъ, фабричныхъ, торговыхъ и другихъ, и о фирмахъ (все это трактовалось въ взаимной связи) довольно обширна. Начало ея — въ XIV вѣкѣ, полное развитіе — въ концѣ XV в.; но и позднѣйшая, французская и нѣмецкая, литература идетъ по слѣдамъ итальянскихъ юристовъ, наконецъ, даже въ современномъ положительномъ правѣ нѣкоторыхъ государствъ находятъ слѣды итальянской доктрины: такъ §§ 679—681 (II. S) Allgem. Landrecht für die preussischen Staaten, по вопросу „welcher von den gewesenen Gesellschaftern die bisherige Firma behalten soll“? — являются переводомъ положеній Бартола о судьбѣ „signum societatis“ — знака товарищества.

Неправильно Дицель (указ. соч. стр. 229) говоритъ, что итальянское право на марку развилось только изъ обычнаго права:



изслѣдованія Ластига рѣшительно опровергаютъ такое мнѣнiе, уже само по себѣ невѣроятное, такъ какъ вопросъ, такъ сильно занимавшiй юриспруденцію, никакъ не могъ оставаться чуждымъ для законодательства. Статуты итальянскихъ городовъ съ 13-го уже вѣка начинаютъ говорить о маркахъ; подробнѣе другихъ „Statuti de mercanti della città di Cremona“ 1388 г. Для торговыхъ городовъ средневѣковой Италии юридическiе вопросы, связанные съ маркой (торговой), были вопросами животрепещущими, хотя и не въ такой степени, какъ для современной промышленной жизни. Въ нѣкоторыхъ городахъ были, подобно нашему времени, устроены реестры для марокъ<sup>1)</sup>. Въ упомянутомъ выше Кремонскомъ статутѣ 1388 г., въ рубрикѣ „de marchis“ находимъ такое постановленiе (см. Lastig, указ. соч. стр. 15)... „statutum et ordinatum est, quod quicumque Mercator seu societas utens, vel uti volens talibus marchis, teneatur et debeat ipsas marchas in scripto dare, et scribi, et designare facere in libro suprascripto (т. е. въ торговомъ реестрѣ), penes nomen illius Mercatoris, seu societatis, aliter uti non possit ipsis marchis. Et quod nullus Mercator sive societas, uti possit marchis alienis“. За нарушенiе этихъ правилъ—денежный штрафъ въ 20 фунтовъ, одна половина котораго шла „in Mercadandiam Cremonae“ (Кремонскому купеческому обществу), а другая—in accusatorem—обвинителю. Подобныя постановленiя указываютъ и въ другихъ итальянскихъ городскихъ статутахъ.

Начало итальянской литературѣ о маркахъ, повидимому, положилъ трактатъ Бартола (1314—1357) „de insigniis et armis“ изъ двухъ главъ. Первая глава изслѣдуетъ вопросъ: „an hoc (insignia portare) sit licitum“; вторая глава: — „qualiter ista arma seu insignia sunt depingenda, infigenda et portanda“. Всѣ знаки (марки, гербы и т. п.) по Бартолу служатъ одной цѣли—„ad agnoscendum hominem“—указанiю личности, а затѣмъ онъ дѣлитъ ихъ такъ: I. Insignia dignitatis vel officii—знаки должности; незаконное пользованiе ими составляетъ crimen falsi; знакъ здѣсь

<sup>1)</sup> Однако средневѣковая регистрація марокъ преслѣдовала инныя цѣли, чѣмъ современная: въ настоящее время марки регистрируются съ цѣлью обезпечить обладателю марки доказательство его права на клиентелу, съ маркой связанную; марка въ настоящее время служитъ показателемъ качества товара, т. е. средствомъ индивидуализаціи вещи; напротивъ, въ среднiе вѣка марка имѣла значенiе главнымъ образомъ потому, что употреблялась какъ подпись, т. е. была средствомъ индивидуализаціи личности; поэтому и регистрація марки имѣла цѣлью обезпечить доказательство тождества той или другой личности, что очень важно для интересовъ кредита; въ настоящее время это выполняется регистраціей фирмъ, а не марокъ, которыя не употребляются какъ подпись.

служить средствомъ легитимаціи. II. Insignia cujuslibet singularis dignitatis—знаки, указывающiе особое (высокое) положенiе личности, на примѣръ, знаки князей и владѣтельныхъ государей; подобныя знаки нельзя носить всѣмъ, но былъ обычай, что подданный ставилъ такой знакъ рядомъ съ своимъ, какъ „insignium subjectionis“—въ знакъ подданства. III. Insignia seu arma privatorum hominum seu nobilium seu popularium—т. е.—знаки и гербы частныхъ лицъ, дворянъ и не дворянъ. Эти или знаки жалуются государемъ, или ихъ „sibi assumunt propria auctoritate“. Обыкновенно эти знаки употребляются „pro armis“—въ видѣ гербовъ, но могутъ имѣть и иное значенiе; здѣсь Бартоль говоритъ про купеческія и фабричныя (собственно ремесленныя) марки; послѣднія (signa peritiae seu artificii) онъ дѣлитъ такъ: а) signa artificum, in quibus principaliter bonitas artificis operatur—марка, указывающая опытность ремесленника—личная марка, и б) signa artificii, in quibus principaliter operatur qualitas loci—эти знаки могутъ быть передаваемы; какъ о species купеческой марки, Бартоль говоритъ объ „insignia alicujus societatis negotiatorum“—знаки товарищества. Одновременно съ Бартоломъ писали о маркѣ Baldus и Lucas de Penna, а позднѣе Petrus de Ubaldis, про котораго Дицель (стр. 232) говоритъ: „die Bemerkungen des Petrus über den ökonomischen Werth des signum, über den Credit, den dasselbe einem Handlungshaus gewährt, klingen in dem Räthsel wieder, in das man oft noch heutzutage die Firma hüllen will“.

Обращаясь къ юридическимъ положенiямъ итальянскихъ юристовъ, прежде всего нужно замѣтить, что они трактуютъ о маркѣ въ связи съ именемъ: марка, какъ и имя, служитъ показателемъ личности—„ad agnoscendum hominem“. Основное значенiе марки заключается въ томъ, что она можетъ замѣнять именную подпись<sup>1)</sup>. Что такой способъ подписи дѣйствительно существовалъ<sup>2)</sup>, въ этомъ насъ должно убѣдить прежде всего то обстоятельство, что большинство въ средневѣковую эпоху по безграмотности своей иначе рѣшительно и не могло подписываться; другимъ доказательствомъ можетъ служить существованiе реестровъ для марокъ, этихъ, такъ сказать, „les actes de l'état commercial“. Этотъ обычай затѣмъ такъ распространился, что даже и грамотные для большой достовѣрности при именной подписи ставили знакъ. Особенно старательно занимались итальянскiе юристы изслѣдованiемъ „signum

<sup>1)</sup> Употребленiе чужой марки было знакомъ дѣйствiя по довѣренности.

<sup>2)</sup> Противъ этого Naab (указ. соч. 14); но не основательно см. Дицель (указ. соч. стр. 248).



societatis“ — знаки товарищества<sup>1)</sup>. По Бартолу этотъ знакъ — *res accessoria* предпріятія и при прекращеніи товарищества переходитъ къ тому, къ кому переходитъ предпріятіе; Petrus de Ubaldis, указывая на то, что знакъ служитъ аттракціей кліентелы, считаетъ *signum* — за *lucrum societatis*, поэтому при прекращеніи товарищества онъ требуетъ *assignatio signi* кому нибудь изъ товарищей съ вознагражденіемъ другихъ по оцѣнкѣ; Ubaldis допускаетъ и продажу *signum societatis* (см. Дицель стр. 281).

Такимъ образомъ уже средневѣковые юристы смотрѣли на марку, въ виду кліентелы съ ней связываемой, какъ на *res* — вещь, способную быть предметомъ гражданскаго оборота. Однако они знаютъ марку прежде всего какъ подпись, какъ показатель личности, чему доказательствомъ можетъ служить схема сочиненія Бартола, который считаетъ, что марка имѣетъ ту же цѣль, что и гражданское имя — указаніе личности. Поэтому очень трудно подыскать объясненіе тому, что итальянскими юристами право на марку конструируется, какъ право частное (хотя сословное см. Дицель, стр. 243), охраной котораго является *rei vindictio, interdictum uti possidetis*, это тѣмъ болѣе удивительно, что статуты итальянскихъ городовъ весьма ясно указываютъ на публичную природу права на марку — подпись. Объяснить это можно только предположеніемъ, что Бартоль и другіе юристы того времени, изучая только римское право, не знали партикулярнаго права итальянскихъ торговыхъ городовъ: они смотрѣли на марку, какъ на имя, къ которому примѣнялись рецепированныя положенія римскаго права, допускавшаго полную свободу въ распоряженіи именемъ.

Обращаясь затѣмъ къ вопросу о значеніи марки, какъ доказательства собственности, нужно замѣтить, что Бартоль и ближайшіе его послѣдователи не придавали маркѣ значенія формальнаго доказательства собственности (Baldus говоритъ: „*signum quod*

<sup>1)</sup> Между прочимъ, весьма интересенъ способъ образованія *signum societatis*: если нѣсколько лицъ соединялись въ товарищество, то посредствомъ сложения своихъ знаковъ (*signum simplex*) они образовывали новый знакъ товарищества — *signum societatis* (*signum compositum*). Если, напримеръ, у одного купца марка изображала лилію, у другаго — корону, то *signum societatis* будетъ *lilium coronatum* (см. Дицель, стр. 245). Торговое товарищество (полное) не есть вполнѣ юридическое лицо, но нельзя однако въ немъ видѣть и только договорное, механическое соединеніе участниковъ; оно есть самостоятельный видъ тѣснаго частно-правнаго соединенія. Эта юридическая конструкция полнаго торговаго товарищества весьма ясно отражается и на фигуріи *signum societatis*, который не есть только механическое соединеніе личныхъ знаковъ товарищей, но вмѣстѣ съ тѣмъ не есть и совершенно новый знакъ, такъ какъ составляющіе его элементы — личные знаки товарищей — все-таки видны.

*ponitur in animali, si contradicit, facit presumptionem, non probationem; alias de facili posset quis privare aliquem dominio rei suae*“. См. Дицель, стр. 265), указывая, что марка часто имѣетъ и иную цѣль; это значеніе придали маркѣ позднѣйшіе юристы. у которыхъ очень распространена поговорка: „*signum ostendit signatum*“.

Чтобы уяснить себѣ значеніе марки въ современной правовой жизни, необходимо прежде всего имѣть въ виду, что въ настоящее время какъ подпись марка уже не употребляется. Кромѣ того въ современномъ процессѣ не существуетъ формальныхъ доказательствъ, такъ что и марка, какъ доказательство собственности, ничѣмъ не отличается отъ другихъ доказательствъ этого права. Главное значеніе марки для современной жизни — въ томъ, что съ маркой связана кліентела; только ради охраны кліентелы и существуетъ въ настоящее время право на марку — право вполнѣ частное. Марка имѣетъ цѣлью быть показателемъ качества товара, отличать товаръ одного предпринимателя отъ товара другаго, до известной степени индивидуализировать товаръ. Сама по себѣ марка не должна имѣть никакого значенія; право на нее необходимо лишь настолько, насколько съ ней связывается или можетъ быть связана промышленная кліентела; право на марку есть не что иное, какъ легальная формализація права промышленной кліентелы. Такое значеніе право на марку имѣло и прежде, но главнымъ образомъ получило его со времени утвержденія въ экономической жизни принципа свободной конкуренціи, о чемъ мы уже говорили выше. Средневѣковая торговля и производство, несмотря на свое громадное развитіе, не были вполнѣ свободными; въ виду дѣятельности принудительныхъ союзовъ, цеховъ, гильдій и т. п.; поэтому и марка въ то время не возбуждала такого громаднаго интереса, какой возбуждаетъ она теперь.





## ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

## Охрана промышленной клиентелы во Франціи. Concurrence déloyale. Специальное законодательство.

## I. Concurrence déloyale.

Французское право охраняет промышленную клиентелу двумя способами: непосредственно — путем action en concurrence déloyale, и посредственно — путем охраны права на отличительныя средства промышленной извѣстности. Первый способ, исторически образовавшийся раньше, имѣетъ основное значеніе. Даже тѣ случаи нарушенія права на клиентелу, противъ которыхъ охрану даютъ спеціальныя законы, и они могутъ разрѣшаться и дѣйствительно разрѣшаются судомъ на основаніи положеній практики concurrence déloyale: спеціальныя законы, далеко еще не представляющіе изъ себя законченнаго цѣлаго, важны, главнымъ образомъ, потому, что ими устанавливается уголовная охрана промышленной клиентелы. Нигдѣ нѣтъ столь интенсивной гражданской охраны промышленной клиентелы, какъ во Франціи, и причину этого надо видѣть только въ широкомъ развитіи судебной практики concurrence déloyale, которая поэтому часто служитъ предметомъ зависти для нефранцузскихъ юристовъ. Практика эта, приуроченная къ 1382 и 1383 ст. гражданского кодекса, начавшая свое развитіе еще съ первыхъ годовъ нынѣшняго столѣтія, въ настоящее время выработала цѣлый кодексъ обыкновенно очень устойчивыхъ, въ силу долготѣянаго примѣненія, нормъ, разрѣшающихъ громадную массу юридическихъ вопросовъ по поводу промышленной клиентелы. Итакъ, во главѣ французскихъ источниковъ права промышленной клиентелы надо поставить 1382 и 1383 art. du Code Civil. Art. 1382 „Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui, par la faute duquel il est arrivé à le réparer“, т. е. „Всякое дѣйствіе человѣка, причиняющее другому вредъ, обязываетъ то лицо, по винѣ котораго вредъ произошелъ, вознаградить за оный“. Art. 1383: „Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence“, т. е. „Каждый отвѣчаетъ за вредъ, при-

чиненный не только его непосредственнымъ дѣйствіемъ, но также небрежностью и неосторожностью“.

Мы уже упоминали, какъ и когда во Франціи образовался современный свободный строй промышленности; революція дала промышленности свободу въ очень широкомъ объемѣ, почти совершенно отмѣнивъ прежнія полицейскія ограниченія. Однако въ дѣлѣ промышленности, какъ и во всякомъ другомъ общественномъ дѣлѣ, абсолютная свобода невозможна. Экономическую формулу фритредеровъ „laissez faire, laissez passer,“ если видѣть въ ней желаніе абсолютной свободы, дѣйствительно, необходимо бы замѣнить формулой: „laissez passer le vol, l'agiotage, la banqueroute, laissez piller, laissez détruire, laissez spolier le corps social tout entier, laissez falsifier les produits, laissez le desordre et la guerre dans toutes nos relations industrielles et commerciales“ (Considérant. Destinée sociale). Промышленная свобода должна пониматься не въ абсолютномъ смыслѣ, а лишь въ смыслѣ свободы отъ полицейскихъ мѣръ: само собой понятно, что экономическая дѣятельность должна быть окружена той же нравственной и правовой атмосферой, которая окружаетъ всякую дѣятельность человѣка, живущаго въ государствѣ. Отвѣтственность за свои поступки нисколько не нарушаетъ принципа свободы; Ротеръ (въ своей „Системѣ народнаго хозяйства“, т. III) говоритъ: „jede wahre Freiheit liebt die Verantwortlichkeit, darum ist es durchaus vereinbar mit der Gewerbefreiheit, ja eine Bedingung derselben, wenn dafür gesorgt wird, dass jeder Producent die Ehre seiner guten, die Schande seiner schlechten Leistungen allein davon träge“! Обманъ и недобросовѣстность возможны вездѣ, въ экономической, какъ и во всякой другой дѣятельности; вездѣ должна быть и юридическая реакція противъ нихъ. Равнымъ образомъ должны быть охраняемы и частноправныя интересы, съ какой бы дѣятельностью они ни были связаны, разъ эта дѣятельность не запрещена закономъ. Это — простыя истины, но, чтобы установить правомѣрный свободный строй промышленности, нужно обладать соответствующимъ этому юридическимъ аппаратомъ. Съ исчезновеніемъ принудительнаго режима промышленности отмѣнены были и полицейскія предупредительныя нормы, которыми, главнымъ образомъ, управлялась экономическая дѣятельность; возникла поэтому необходимость, въ подчиненіи экономическихъ отношеній нормамъ общей правовой системы: для судьи возникла трудная задача примѣнить общія правовыя нормы къ цѣлой массѣ новыхъ фактическихъ отношеній, къ которымъ



онъ никогда доселѣ не примѣнялась; между тѣмъ, уклониться отъ этой задачи нельзя <sup>1)</sup>. Французскіе юристы съ честью выполнили эту задачу, и судебная практика „concurrency déloyale“ служить этому нагляднымъ доказательствомъ. Положенія практики 1382 и 1383 ст. гражд. кодекса часто называютъ коррективомъ принципа свободной конкуренціи (см. Berg, указ. соч. стр. 6) и вполне справедливо: практика это постепенно развивается и реагируетъ на цѣлую массу экономическихъ злоупотребленій, противъ которыхъ въ другихъ государствахъ зачастую нѣтъ рѣшительно никакихъ средствъ юридической охраны.

Мы приводили уже содержаніе 1382 и 1383 art. du Code Civil; нормы съ подобнымъ содержаніемъ мы найдемъ въ законодательствѣ и другихъ государствъ: у насъ—684 ст. т. X, ч. 1; тотъ-же смыслъ имѣетъ § 8, ч. 1, тит. 6 прусскаго Landrecht: „Wer Jemandem ohne Recht Schaden zufügt, der kränkt oder beleidigt denselben“; въ Австрійскомъ уложеніи § 1295: „Jedermann ist berechtigt, von den Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt, zu fordern: der Schaden mag durch Uebertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein“. Однако практика этихъ статей не выработала ничего подобнаго практикѣ concurrency déloyale. Основной причиной такого любопытнаго явленія слѣдуетъ считать различіе въ пониманіи принципа свободной конкуренціи. Для французскихъ юристовъ свобода конкуренціи есть юридическій институтъ, основанный на положительномъ правѣ: по ихъ взглядамъ, закономъ 1791 г. <sup>2)</sup> установлено право на конкуренцію, которое должно быть охраняемо, какъ отъ произвола администраціи, такъ и отъ притѣсненій частныхъ лицъ; на экономическую свободу французскіе юристы смотрятъ такъ, какъ въ былое время они смотрѣли на личную свободу, которая была объявлена естественнымъ правомъ <sup>3)</sup> человѣка (декларация правъ человѣка и гражданина). Не такъ смотрятъ на личную и промышленную свободу въ другихъ странахъ: по воззрѣніямъ, напримѣръ, германскихъ юристовъ свобода есть фактъ, а не право; что не запрещено, то дозволено, то свободно (см. Richard Katz. Die un-

<sup>1)</sup> Art. 4 du Code Civ. говоритъ: «судья, отказавшійся рѣшить дѣло подъ предлогомъ несуществованія, неясности или неполноты закона, можетъ быть обвиненъ за это, какъ за отказъ въ правосудіи».

<sup>2)</sup> Декретъ 2/17 Марта 1791 г., отмѣнившій принудительные промышленные союзы (maîtrises et jurandes).

<sup>3)</sup> Само-собой понятно, что естественное право, провозглашенное государственной властью, должно обладать всеми свойствами положительнаго права.

redliche Konkurrenz. Berlin. 1892, стр. 17). Эта разница въ теоретическихъ воззрѣніяхъ очень существенна: если свобода есть право, то, само-собой понятно, должны существовать и средства юридической охраны этого права; если же она есть фактъ, или, какъ говорится въ институціяхъ, „naturalis facultas ejus quid cuique facere libet“—естественная возможность дѣйствовать по произволу, основанная только на томъ, что нѣкоторыя жизненные отношенія стоятъ внѣ сферы дѣйствія законныхъ нормъ,—то, при такомъ взглядѣ, конечно, не можетъ быть и рѣчи о правовой охранѣ свободы: на нее каждый имѣетъ ровно столько права, сколько у него силы. Otto Mayer (Die Concurrency déloyale. Ein Beitrag aus dem französischen Rechte zur Lehre vom geistigen Eigenthum. Въ Zeitschrift für d. gesammte Handels-Recht, издав. Goldschmidt. 1881. В. 26, стр. 434) говоритъ: „область коммерческой свободы у насъ (т. е. въ Германіи) есть область полной и абсолютной свободы, гдѣ нѣтъ надобности каждому факту находить особый титулъ законности; для того, чтобы такой фактъ считался дозволеннымъ и не дѣлалъ отвѣтственнымъ за причиняемый убытокъ, достаточно, если такой фактъ не запрещенъ особымъ и точнымъ способомъ“ <sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Otto Mayer видитъ въ теоріи права на конкуренцію «что-то разрушительное» для принциповъ гражданского права, и выступаетъ поэтому рѣшительнымъ противникомъ ея. На это прежде всего, конечно, можно сказать словами Kohler'a (Recht des Markenschutzes, стр. 78), что «eine gute Jurisprudenz mit falschen Gründen ist immer noch zehnfach besser, als eine schlechte Jurisprudenz mit guten Gründen» (тамъ-же, стр. 100, Kohler дѣлаетъ правильную оцѣнку взглядамъ Mayer'a). Но кромѣ того, и это—основная ошибка, Mayer видитъ основанія французской конструкціи права на конкуренцію въ такихъ положеніяхъ, о которыхъ французскіе юристы и не думаютъ. Въ другомъ своемъ сочиненіи «Du conflit des lois en Allemagne en matière de marques de commerce et de concurrence déloyale» (Journal du droit international privé. 1883 г. т. XIII, стр. 389) Mayer говоритъ: «Вся эта теорія (т. е. теорія права свободной конкуренціи) основана на той мысли, что конкуренція сама по себѣ есть фактъ, приносящій вредъ, что сдѣлало-бы лицо, причиняющее его, отвѣтственнымъ, если бы конкуренція не была правомъ. Если признать, что конкуренція есть право, то конкурентъ оправдывается имъ («en est couvert»), пока не выходитъ изъ законныхъ предѣловъ осуществленія этого права, хотя бы даже онъ причинялъ другому убытокъ; но какъ только онъ выходитъ изъ предѣловъ своего права, отвѣтственность возникаетъ вновь. Отправная точка зрѣнія германскаго юриста другая. Для него свобода конкуренціи есть часть социальной организаціи; нѣтъ надобности оправдывать убытокъ, причиняемый въ этой сферѣ, особымъ правомъ, установленнымъ закономъ или практикой. Всякій, выходящій на эту арену, долженъ знать, что для обезпеченія плодовъ трудовъ его существуетъ только та охрана, которая вытекаетъ изъ формальныхъ текстовъ (закона)». Ничего подобнаго въ дѣйствительности нѣтъ. Ни у одного французскаго юриста нельзя найти положенія, что лицо отвѣтственно за всякій (безусловно) причиненный имъ убытокъ и что право на конкуренцію есть право причинять безотвѣтственно убытокъ. Французскіе юристы основываютъ институтъ права свободной конкуренціи не на подобныхъ «умозрительныхъ» началахъ, а на положительномъ правѣ, на законѣ 2 17 Марта 1791 г.,



Итакъ, промышленная свобода является во Франціи институтомъ правовымъ: посягательство на нее, притѣсненіе конкурента съ цѣлью лишенія его возможности конкурировать, составляетъ правонарушение — *delictum*. Lyoncaën et Rénault, въ своемъ „*précis de droit commercial*“ (1882), про факты *concurrance déloyale* говорятъ, что „*la tendance paraît être de transformer beaucoup de ces faits en délits correctionnels*“; однако этотъ процессъ идетъ медленно: *concurrance déloyale*, въ большинствѣ случаевъ, влечетъ за собой лишь лишь цивильную отвѣтственность, составляетъ лишь *delictum privatum*. Сознательное нарушение свободы конкуренціи (*dolus*) влечетъ за собой обязательство (*obligatio ex delicto*) вознаградить причиненные правонарушеніемъ убытки, согласно 1382 art. du Code Civ. Сознательное нарушение свободы конкуренціи называется *concurrance déloyale* въ тѣсномъ смыслѣ.

*Concurrance illicite* — нарушение свободы промышленности не намѣренное (*culpa*), составляетъ *quasi-delictum*, и влечетъ за собой отвѣтственность по 1383 ст. кодекса (*obligatio quasi ex delicto*). Различіе это можетъ имѣть практическое значеніе при опредѣленіи цифры убытковъ.

Дать общее опредѣленіе фактамъ незаконной конкуренціи, найти масштабъ лояльности конкуренціи, представляется вѣскольکو затруднительнымъ, такъ какъ судебная практика продолжаетъ развиваться. Между тѣмъ общее опредѣленіе *concurrance déloyale* очень необходимо, такъ какъ разнообразіе въ формахъ проявленія промышленной недобросовѣстности по истинѣ изумительно: часто сравниваютъ *concurrance déloyale* съ вѣчно измѣняющимся Протеемъ (*Calmels*) или съ многоголовой гидрой (*Köhler*) и т. п. Прежде всего неправомѣрна та конкуренція, которая пользуется средствами, несогласными съ нормами законодательства, на примѣръ: посредствомъ пользованія чужимъ гражданскимъ именемъ, посредствомъ диффамаци и т. п.; подобное опредѣленіе *concurrance déloyale* чаще всего встрѣчается у французскихъ юристовъ; Pouillet, на примѣръ, говоритъ (*Dictionnaire de la propriété industrielle, artistique et littéraire, par Pouillet, Martin St. Léon et Pa-*

объявившемъ конкуренцію свободной, такъ-что стѣсненіе ея является правонарушеніемъ, а потому и влечетъ за собой отвѣтственность за убытки. Основное пригизаніе (*Anspruch*), вытекающее изъ права свободной конкуренціи, заключается не въ безотвѣтственномъ причиненіи убытка другимъ конкурентамъ, а въ устраненіи стѣсненій промышленной свободы; *concurrance déloyale* называется не та конкуренція, которая, не прикрываясь никакимъ правомъ, приноситъ другому убытокъ, а конкуренція, стѣсняющая промышленную свободу другого конкурента, лишаящая его возможности воспользоваться дарованной закономъ 1791 года промышленной свободой.

*taille. Paris. 1887, т. I, стр. 318*): „*La concurrence est déloyale quand elle use de manœuvres répréhensibles pour détourner à son profit la clientèle d'autrui*“. Однако подобное опредѣленіе *concurrance déloyale* нельзя признать удовлетворительнымъ, такъ какъ при этомъ остается невыясненнымъ, почему существуетъ специальная *action en concurrence déloyale*, почему недостаточно той юридической реакціи, которую влечетъ за собою обыкновенно нарушение нормы закона, служащее средствомъ конкуренціи. Намъ кажется, что, опираясь на значеніе судебной практики 1382 art. гражданского уложенія, какъ корректива принципа свободной конкуренціи, *concurrance déloyale* можно было бы опредѣлить такъ: *concurrance déloyale* составляютъ такіа дѣйствія промышленника, которыя содержатъ въ себѣ посягательства на промышленную свободу другихъ лицъ. Съ подобнымъ опредѣленіемъ можно безъ труда указать, составляетъ ли данный случай, *concurrance déloyale*, или нѣтъ<sup>1)</sup>. Всю громадную массу случаевъ *concurrance déloyale* обыкновенно разбиваютъ на вѣскольکو категорій; такъ Otto Mayer (*Concurrance déloyale*, стр. 378) указываетъ слѣдующіе три вида *concurrance déloyale*: 1) *Anmassung fremder Unterscheidungszeichen* — присвоеніе чужихъ отличительныхъ знаковъ, какъ-то: гражданского и торговаго имени, названій предпріятія или продуктовъ, вывѣски, марки, этикетки и т. п.; 2) *Miszbrauch besonderer Auszeichnungen* — неправильное пользованіе особыми отличительными средствами. 3) *Unterdrückung des Mitbewerbers* — притѣсненіе конкурента въ осуществленіи его права на конкуренцію. Французскіе юристы указываютъ еще четвертый типъ *concurrance déloyale*: *concurrance déloyale*, возникающая вслѣдствіе нарушенія договоровъ между конкурентами. Otto Mayer полагаетъ, что эти случаи выходятъ уже изъ предѣловъ практикѣ *concurrance déloyale*, такъ какъ, по его мнѣнію, здѣсь охрана свободной конкуренціи имѣетъ свое основаніе въ договорѣ. Съ этимъ

<sup>1)</sup> Возьмемъ для примѣра два случая: 1) крупный фабрикантъ, выпускающій громадную массу фабрикатовъ, можетъ въ большинствѣ случаевъ продавать товаръ дешево, чѣмъ фабрикантъ, производство котораго незначительно; поэтому, послѣднему бороться съ первымъ не по силамъ; однако, здѣсь нѣтъ *concurrance déloyale*, т. к. конкуренція все-таки возможна, ибо и мелкій фабрикантъ можетъ развить свое дѣло, или воспользоваться какими нибудь преимуществами своего положенія; 2) наоборотъ, если одинъ фабрикантъ будетъ пользоваться для обозначенія своихъ продуктовъ маркой другого конкурента, то, при сохраненіи такого положенія, конкуренція дѣлается абсолютно-невозможной: всѣ промышленные успѣхи или промахи одного идутъ въ пользу или во вредъ и другому; здѣсь имѣется посягательство на самый принципъ свободной конкуренціи, а потому подобные факты составляютъ *concurrance déloyale*.



однако нельзя согласиться: *action en concurrence déloyale* въ подобныхъ случаяхъ основаніе свое имѣетъ не въ самомъ фактѣ нарушенія договора, а въ способѣ этого нарушенія, способѣ, содержащемъ въ себѣ посягательство на принципъ свободной конкуренціи. Во всякомъ случаѣ практика, — лучший судья въ этомъ вопросѣ, — не сомпѣвается въ умѣстности *action en concurrence déloyale* при нѣкоторыхъ договорныхъ нарушеніяхъ; но случаи *concurrence déloyale*, связанные съ договорнымъ нарушеніемъ, нѣтъ основанія выдѣлять въ особую категорію, такъ какъ совпаденіе исковъ возможно и при нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ *concurrence déloyale*, а не только при договорныхъ нарушеніяхъ; послѣднія, смотря по обстоятельствамъ, могутъ быть относимы къ одной изъ трехъ перечисленныхъ выше категорій *concurrence déloyale*.

I. Первый видъ *concurrence déloyale* — присвоеніе чужихъ отличительныхъ знаковъ — является основнымъ и первоначальнымъ типомъ ея. Къ нему относятся слѣдующія дѣйствія конкурентовъ: 1) пользованіе, съ цѣлью отвлеченія кліентелы, именемъ другого конкурента: гражданскимъ, торговымъ, псевдонимомъ; 2) употребленіе для обозначенія предпріятія такихъ же названій или такой же вывѣски, какими пользуется другой конкурентъ; имитация во внѣшнемъ устройствѣ магазина; 3) пользованіе для обозначенія товара тѣми же отличительными названіями, подъ которыми продаетъ свой товаръ конкурентъ; въ частности, для книжныхъ и повременныхъ изданій, употребленіе тѣхъ же заголовковъ (*titre d'ouvrage*), какими отмѣчаетъ свои изданія другой издатель; 4) пользованіе для отличія товара тѣми же или сходными внѣшними знаками, марками, пломбами, этикетками, бандеролями, упаковками и т. п., какими отличаетъ свои товары другой конкурентъ; 5) пользованіе рекламами (*modes de publicité*), содержащими въ себѣ указанія или элементы, могущіе вызвать смѣшеніе съ другимъ конкурентомъ.

Всѣ перечисленныя выше дѣйствія промышленниковъ, имѣя цѣлью произвести смѣшеніе конкурентовъ въ глазахъ потребителей, ослабляютъ и дѣлаютъ невозможными эффекты взаимнаго соревнованія промышленниковъ, а потому и являются посягательствомъ на принципъ свободной конкуренціи и предметомъ *action en concurrence déloyale*.

Итакъ, пользованію промышленными отличительными знаками французское положительное право, въ лицѣ судебной практики, даетъ юридическую охрану: нарушеніе этого пользованія, уничто-

женіе его эффектовъ, влечетъ за собой отвѣтственность за причиняемые этимъ убытки. Весьма естественно <sup>1)</sup> изъ наличности такой юридической охраны заключить о существованіи прямого юридического отношенія между промышленникомъ и его отличительными знаками; естественно заключать о существованіи права на средства промышленной извѣстности. Французскіе юристы сдѣлали это заключеніе уже давно: какъ судебная практика, такъ и литература съ замѣчательнымъ единодушіемъ утверждаютъ существованіе права собственности на отличительные знаки промышленниковъ. Весьма сильную опору нашли эти взгляды въ законѣ 23 Іюня 1857 г., говорящемъ о правѣ собственности на марку и о виндикаціи марки; особенно, когда увидѣли, что виндикація марки, установленная этимъ закономъ, производитъ въ сущности тѣ же эффекты, что и *action en concurrence déloyale* вслѣдствіе нарушенія пользованія маркой <sup>2)</sup>. Примѣненію аналогіи открыто было такимъ образомъ широкое поприще; однако основательность аналогіи требуется провѣрить въ каждомъ изъ перечисленныхъ выше типовъ средствъ промышленной извѣстности. Французскіе юристы и судебная практика съ особой охотой проводятъ принципъ права собственности на гражданское имя. Однако съ этимъ невозможно согласиться: допустить, что гражданское имя, какъ такое, есть объектъ собственности, невозможно, не впадая въ противорѣчіе съ догмой положительнаго французскаго права. Неотмѣненный законъ (см. *Salveton*, указ. соч., стр. 481) 6 Fructidor An. II (23 Августа 1794 г.) запрещаетъ носить иное имя, кромѣ полученнаго при рожденіи; на основаніи 1 art. этого закона лица, самовольно перемѣнившія свое имя, обязаны снова принять его (*Salveton*, стр. 262). Отъ гражданскаго имени нельзя отказаться и нельзя передать его другимъ лицамъ иначе, какъ путемъ родства или брака, въ случаяхъ точно указанныхъ закономъ, въ каковыхъ случаяхъ передача уже дѣлается обязательною; такимъ образомъ, ношеніе опредѣленнаго гражданскаго имени есть публично-правная обязанность. Затѣмъ, какъ мы уже говорили, воз-

<sup>1)</sup> См. *Kohler. Recht des Markenschutzes*, стр. 1.

<sup>2)</sup> *Action en concurrence déloyale* содержитъ въ себѣ требованія: 1) вознаградить за причиненный вредъ, и 2) прекратить причиненіе вреда на будущее время. Тѣ же послѣдствія производитъ и искъ на основаніи закона 1857 г.; искъ этотъ не есть *rei vindicatio*, ибо полное лишеніе права собственности на марку невозможно; возможно лишь частичное нарушеніе его, вызывающее не *rei vindicatio*, а *actio negatoria*, каковой искъ въ соединеніи съ *cautio de non amplius turbando* производитъ тѣ же эффекты, что и искъ о прекращеніи вреда и вознагражденіи за причиненный вредъ. См. *Dernburg. Pandekten*. 1892. В. I стр. 623.



возможность частного иска о гражданском имени не должна считаться доказательством существования частного права на него. Въ результатѣ никакъ нельзя признать за собственность такое право, которое: 1) не имѣетъ для своей охраны частного иска; 2) лишено *jus disponendi* и *alienandi*, и 3) отказъ отъ котораго невозможенъ. Съ большимъ успѣхомъ французскіе юристы могутъ примѣнять свою теорію собственности къ торговому имени: французскій законъ не придаетъ ему того юридическаго значенія, какое имѣетъ гражданское имя; торговое имя ничѣмъ не отличается отъ произвольныхъ, лишенныхъ всякаго праваго значенія, псевдонимовъ и прозвищъ (*sobriquets*); распоряженіе ими исполнѣ свободно. Однако такое состояніе торговаго имени необходимо признать временнымъ; торговое имя постепенно начинаетъ выполнять функціи гражданскаго имени: подъ нимъ можно уже искать и отвѣчать на судѣ (см. *Salveton*, p. 383). Поэтому, вопросъ регламентаціи торговаго имени думается намъ, есть только вопросъ времени, и тогда нельзя уже будетъ говорить и о правѣ собственности на торговое имя. Итакъ, нормы положительнаго французскаго права рѣшительно не даютъ возможности признать существованіе права собственности на имя. Какимъ же образомъ его признаютъ французскіе юристы и суды? вѣдь нельзя же, конечно, допустить, что они не знаютъ своихъ законовъ?! Очевидно, что, говоря о правѣ собственности на имя, они чего-то недоговариваютъ, что слова ихъ нельзя понимать буквально. Но какъ-же ихъ надо понимать?

Основное содержаніе права свободной конкуренціи, существующаго для французскихъ промышленниковъ, составляетъ возможность самоопредѣленія въ промышленной дѣятельности; но это— лишь публицистическая сторона права свободной конкуренціи; гражданская же его задача заключается въ обеспеченіи эффектовъ промышленнаго самоопредѣленія, въ охранѣ того экономическаго положенія, которое создается личной инициативой и энергіей промышленника, т. е. въ охранѣ клиентелы промышленника, приобретенной его трудомъ и энергіей. *Katz* (указ. соч., стр. 10.—11) совершенно вѣрно указываетъ, что при *concurrency déloyale*: „das beschädigte Rechtsgut des Gewerbsgenossen dem die Klage (т. е. *action en concurrence déloyale*) gegeben ist, ist der Inbegriff seiner Erwerbs—und Geschäftsbeziehungen, insbesondere der Beziehungen des Gewerbetreibenden zu seiner clientèle, dem Kundenkreis, für welchen Inbegriff die französische Rechtssprache das bezeichnende Wort „*achalandage*“ besitzt“. Такимъ образомъ изъ существованія

*action en concurrence déloyale* необходимо должно быть дедуцировано право промышленной клиентелы. Какъ мы уже въ первой главѣ говорили, это сознается и французскими юристами, но они выдвигаютъ на первый планъ право на средства промышленной извѣстности<sup>1)</sup>, которое въ сущности есть только слѣдствіе существованія права промышленной клиентелы, является лишь формализаціей его и самостоятельнаго значенія имѣть не можетъ. Право на средства промышленной извѣстности должно охраняться лишь настолько, насколько съ ними связывается клиентела, средствомъ аттракціи которой и служитъ употребленіе этихъ знаковъ. Такъ и въ дѣйствительности, что ясно видно уже изъ тѣхъ условій, наличность которыхъ необходима для возможности *action en concurrence déloyale* вслѣдствіе пользованія чужими отличительными знаками: 1) истецъ и отвѣтчикъ должны быть конкурентами т. е. заниматься одинаковымъ видомъ промышленности; при этомъ одной только возможности конкуренціи недостаточно: если, напримеръ, Парижскій портной сдѣлаетъ такую же вывѣску, какъ портной въ Тулонѣ, то иска быть не можетъ, такъ какъ конкуренціи между ними нѣтъ. (См. *Annales de droit commercial* изд. *Thaller*, 1888 г. № 4, стр. 167—рѣш. кассац. суда 2 Февраля 1888 г.; тамъ-же, въ № 1-мъ 1889 г., стр. 34, рѣшеніе Бордосск. с. 23 Ноября 1888 г.; такъ-же названный выше *dictionnaire de la propr. industr.*, v. I стр. 23: „la propriété d'une enseigne ne s'étend pas, en principe, en dehors de la localité où est situé l'établissement connu sous cette enseigne“...); 2) необходима наличность имущественнаго вреда (*dommages intérêts*), чего не можетъ произвести присвоеніе чужого отличительнаго знака само по себѣ, безъ присвоенія чужой клиентелы. Такимъ образомъ право на средства промышленной извѣстности существуетъ лишь какъ аксессуаръ права промышленной клиентелы. Съ этой точки зрѣнія можно говорить, между прочимъ, и о правѣ собственности на гражданское имя, но все-таки такой способъ выраженія неправиленъ. Мы уже говорили, что всѣ отличительные знаки, которыми пользуются промышленники, важны для оборота, главнымъ образомъ потому, что съ ними потребитель связываетъ представленіе о качествѣ товара; такимъ образомъ, всѣ эти знаки въ сущности являются не показателями личности, а показателями извѣстныхъ свойствъ товара, показателями вещи. Поэтому и гражданское имя въ сущности перестаетъ быть въ этихъ случаяхъ показателемъ (легальнымъ) лич-

<sup>1)</sup> Что можно объяснить практическимъ, и потому иногда нѣсколько узкимъ, направленіемъ французской юриспруденціи.



ности, а служить индивидуализации вещи. Только этимъ и можно объяснить тотъ фактъ, что пользованіе своимъ гражданскимъ именемъ можетъ составлять *concurrance déloyale* и вызывать со стороны суда требованіе сдѣлать въ немъ измѣненія (см. Bert, указ. соч. стр. 31; Loison. Noms commerciaux Paris 1879, стр. 36); само собой понятно, что измѣненія эти не могутъ касаться имени, какъ легальнаго показателя личности: никто, конечно, не можетъ быть посредствомъ *action en concurrance déloyale* принужденъ къ исправленію своихъ актовъ состоянія. Подобно праву на гражданское имя французская юриспруденція признаетъ за собственность право: на вывѣску, на тотъ или другой видъ рекламы, на отличительные знаки товара и т. п., и въ этихъ случаяхъ она не встрѣчаетъ уже никакого противодѣйствія въ нормахъ положительнаго права. Насколько однако необходимо признаніе общаго права на кліентелу, можно видѣть изъ слѣдующаго примѣра, гдѣ намѣренное смѣшеніе конкурентовъ не нарушаетъ ни одного изъ перечисленныхъ выше спеціальныхъ правъ: торговецъ становится у своего магазина и, увѣряя покупателей, что они находятся предъ магазиномъ его конкурента (пользующагося лучшей славой между потребителями), заставляетъ ихъ невольно сдѣлаться его покупателями (см. Bert, указ. соч. стр. 83).

II. Вторая категорія *concurrance déloyale* обнимаетъ случаи неправильнаго, подрывающаго принципъ свободной конкуренціи, употребленія особыхъ отличительныхъ наименованій, знаковъ и т. п. А) Изъ этихъ случаевъ прежде всего слѣдуетъ обратить вниманіе на неправильное употребленіе названій мѣстности (*noms de localités*). Мѣсто фабрикаціи товара часто служитъ его квалификаціи; для громадной массы естественныхъ продуктовъ, промышленная эксплуатація которыхъ заключается лишь въ незначительномъ приспособленіи ихъ для потребленія, названіе мѣстности производства является ихъ единственнымъ названіемъ, наприм. для минеральныхъ водъ, ископаемыхъ предметовъ и т. п. Поэтому продажа товара съ невѣрнымъ указаніемъ мѣста производства является обманомъ въ качествѣ товара. Такъ именно и смотритъ на этотъ вопросъ французское законодательство: законъ 22 Іюля 1824 г. („Loi du 22 Juillet 1824, relative aux altérations ou suppositions de noms sur les produits fabriqués“, art 2.) подвергаетъ виновнаго въ невѣрномъ указаніи мѣста происхожденія товара наказанію по 423 ст.<sup>1)</sup> угол. кодекса, карающей за „*tromperie*

<sup>1)</sup> Art. 423 du Code Pénal: „Quiconque aura trompé l'acheteur sur le titre des matières d'or ou d'argent, sur la qualité d'une pierre fautive vendue pour

sur la nature des marchandises vendues“. Но воплію заслуживаютъ охраны и интересы предпринимателей, могущихъ въ сильной степени пострадать отъ завѣдомо невѣрныхъ указаній мѣста производства товара: подобные приемы могутъ причинять вредъ цѣлымъ промышленнымъ районамъ, являющимся центрами фабрикаціи тѣхъ или другихъ товаровъ, могутъ дискредитировать экономическую дѣятельность даже цѣлой страны, а потому энергичная правовая борьба съ подобными злоупотребленіями крайне необходима. Уголовную защиту противъ нихъ даетъ названный выше законъ 28 Іюля 1824 г., гражданскую—*l'action en concurrance déloyale*. Ложное указаніе въ маркѣ товара мѣста его фабрикаціи несомнѣнно нарушаетъ право производителей этой мѣстности на свободную конкуренцію, такъ какъ отнимаетъ у нихъ естественное преимущество въ промышленной борьбѣ, а между тѣмъ принципъ свободной конкуренціи собственно къ тому и направленъ, чтобы дать производителямъ возможность въ самой широкой степени воспользоваться ихъ естественными преимуществами, будутъ-ли таковыя заключаться въ личныхъ свойствахъ производителей, или въ какомъ либо особенно благоприятномъ положеніи ихъ, созданномъ и поддерживаемомъ не механическимъ принужденіемъ, не полицейскими нормами, а внутренними, такъ сказать, причинами. Французская юриспруденція и въ этомъ случаѣ примѣняетъ принципъ собственности, признавая право пользования названіемъ мѣстности за право собственности всѣхъ фабрикантовъ этой мѣстности<sup>1)</sup>; равнымъ образомъ и *action en concurrance déloyale* можетъ быть предъявленъ каждымъ изъ мѣстныхъ фабрикантовъ; при этомъ практическую трудность опредѣленія цифры убытковъ, падающихъ на отдѣльнаго фабриканта, французскій судъ устраняетъ тѣмъ, что, опредѣливъ сначала общую цифру убытковъ, дѣлитъ ее затѣмъ на число фабрикантовъ мѣстности (см. Kohler, указ. соч. стр. 111, прим. 3); принципъ

fine, sur la nature de toutes marchandises; quiconque, par usage de faux poids ou de fausses mesures, aura trompé sur la quantité de choses vendues, sera puni d'emprisonnement pendant trois mois au moins, un an au plus et d'une amende qui ne pourra excéder le quart des restitutions et dommages intérêts, ni être au-dessous de 50 francs. Les objets du délit ou leur valeur, s'ils appartiennent encore au vendeur, seront confisqués; les faux poids et les fausses mesures seront aussi confisqués et de plus seront brisés.

<sup>1)</sup> Французская судебная практика высказываетъ иногда неправильный принципъ, что право пользования названіемъ города принадлежитъ самому городу, а не совокупности фабрикантовъ, въ городѣ находящихся: городъ, въ смыслѣ юридическаго лица, фабрикъ не устраиваетъ и торговли не ведетъ, и признавать за нимъ право на кліентелу несправедливо (см. Katz, указ. соч. стр. 16, прим. 11).



корреалитета такимъ образомъ здѣсь не примѣняется. Б) Къ этой-же категоріи *concuissance déloyale* относятся факты неправильнаго присвоенія, какъ самому предпринимателю, такъ и его предпріятію и товару ложныхъ титуловъ, свойствъ или качествъ, съ цѣлью болѣе усиленной аттракціи кліентелы. Подобныя факты нарушаютъ принципъ свободной конкуренціи и составляютъ *concuissance déloyale*: понятіе конкуренціи предполагаетъ борьбу, борьбу за спросъ, за кліентелу; а потому нельзя признать за конкуренцію, если одинъ добивается выгоднаго экономическаго положенія путемъ труда, знанія, энергіей, а другой ложной характеристикой своихъ товаровъ; въ послѣднемъ случаѣ никакого напряженія экономическихъ силъ, что собственно и составляетъ понятіе конкуренціи, нѣтъ. Сюда относятся слѣдующіе факты: 1) Ложное указаніе (или изображеніе) на вывѣскахъ, рекламахъ, маркахъ, этикетахъ и т. п. на полученіе промышленныхъ почетныхъ наградъ (медалей, похвальныхъ листовъ — *mentions*, и т. п.), на самомъ дѣлѣ промышленникомъ не полученныхъ. Въ этомъ случаѣ потерпѣвшимъ и имѣющимъ право иска *en concuissance déloyale* является прежде всего лицо, дѣйствительно получившее эти награды <sup>1)</sup>, а затѣмъ и всѣ промышленники, занимающіеся тѣмъ-же промысломъ, такъ какъ ложное указаніе на промышленныя награды ставить промышленника, дѣлающаго эти указанія, совершенно незаслуженно въ болѣе выгодное положеніе для конкуренціи, сравнительно съ другими промышленниками, и отвлекаетъ отъ послѣднихъ промышленную кліентелу. Точно также право иска, кромѣ непосредственно заинтересованныхъ, принадлежитъ всѣмъ промышленникамъ, занимающимся тѣмъ-же промысломъ <sup>2)</sup>, въ случаяхъ, когда *concuissance déloyale* проявляется: 2) въ неправильномъ пользованіи различными, незаслуженными или несоотвѣтствующими дѣйствительности, титулами, какъ-то: „поставщикъ двора“, „единственный издатель“, „преемникъ или ученикъ NN“, и т. п.; 3) въ присвоеніи торговлѣ нѣкоторыхъ, не соотвѣтствующихъ дѣйствительности, свойствъ, служащихъ средствомъ усиленной аттракціи покупателей, какъ на примѣръ, раз-

<sup>1)</sup> Законъ 30 Апрѣля 1886 г. за ложныя указанія на полученіе промышленныхъ наградъ установилъ уголовное наказаніе; но ни этотъ законъ, ни судебная практика не проводятъ принципа права собственности на медальныя знаки, и вполне основательно, такъ какъ они несомнѣнно имѣютъ публично-правной характеръ.

<sup>2)</sup> Однородность промысла должна быть выводима изъ однородности товара; аптека, аптекарскій магазинъ, молочная лавка, магазинъ колониальныхъ товаровъ, москательная лавка, лавка освѣтительныхъ товаровъ, несмотря на кажущееся различіе, могутъ оказаться конкурентами.

считанныя на то, что публика соблазнится вѣроятной возможностью, въ виду исключительныхъ обстоятельствъ, дешевизны, публикаціи о „распродажѣ“ (по случаю: „отъѣзда“, „прекращенія торговли“, „смерти“, „конкурса“ и т. п., см. Katz, указ. соч., стр. 6, 7, 15); и 4) въ присвоеніи предпріятію, для болѣешей гарантіи его солидности, нѣкоторыхъ свойствъ, которыхъ оно на самомъ дѣлѣ не имѣетъ, на прим.: указаніе на существованіе товарищества, котораго въ дѣйствительности нѣтъ; названіе товарищества акціонернымъ, когда оно въ дѣйствительности только полное или коммандитное и т. п.

III. Третьимъ типомъ *concuissance déloyale* являются случаи притѣсненія конкурента, затрудненіе свободной промышленной дѣятельности его. Если судебной практикѣ 1882 ст. гражданского кодекса придаютъ значеніе корректива принципа свободной конкуренціи, то основаніемъ этому является охрана противъ *concuissance déloyale* именно этого типа. Именно въ правовой борьбѣ съ *concuissance déloyale* этого типа надо видѣть превосходство французскаго права сравнительно съ другими: присвоеніе чужихъ отличительныхъ знаковъ съ цѣлью произвести смѣшеніе конкурентовъ во всѣхъ государствахъ встрѣчаетъ юридическую реакцію въ болѣе или менѣе широкомъ объемѣ, тѣ-же случаи, о которыхъ теперь мы будемъ говорить, въ большинствѣ европейскихъ государствъ не влекутъ за собой отвѣтственности для виновнаго лица, если только въ дѣйствіяхъ его нѣтъ состава другихъ какихъ либо правонарушеній. Быть внѣ конкуренціи, заставить конкурентовъ прекратить промышленную борьбу—завѣтная мечта, конечно, всякаго промышленника и юридическія нормы не препятствуютъ осуществленію этой мечты. Нелойальность случаевъ третьей категоріи *concuissance déloyale* нельзя, поэтому, видѣть въ томъ, что здѣсь имѣется притѣсненіе конкурента: къ этому притѣсненію необходимо приводить всякая конкуренція. Нарушеніе принципа свободной конкуренціи въ этихъ случаяхъ состоитъ въ томъ, что здѣсь предприниматель ведетъ промышленную борьбу не развитіемъ своихъ экономическихъ силъ и способностей, а путемъ непосредственнаго воздѣйствія на конкурента, путемъ уничтоженія или ослабленія эффектовъ промышленной дѣятельности конкурента. Такую конкуренцію, конечно, никакъ нельзя назвать свободной и отъ такой конкуренціи никакъ нельзя ожидать пользы для экономическаго прогресса. Конкуренція можетъ принести обществу существенную пользу лишь въ томъ случаѣ, если вызы-



вааетъ напряженіе экономическихъ силъ конкурентовъ, если заставляеть ихъ прилагать къ дѣлу все ихъ знанія, способности и энергію; взаимное же уничтоженіе конкурентовъ обществу пользы не принесетъ и не должно быть принимаемо за примѣненіе принципа свободной конкуренціи, который имѣетъ цѣлью развитіе генія промышленности, а не монополизированіе промышленности въ рукахъ одного предпринимателя.

Къ этой категоріи *concurrance déloyale* относятся слѣдующіе случаи: а) *Vente au rabais* — продажа товара по пониженной (сравнительно съ рыночной) цѣнѣ. *Vente au rabais*, сама по себѣ взятая, не есть правонарушеніе, но въ связи съ нѣкоторыми обстоятельствами она составляетъ *concurrance déloyale*. Вотъ два примѣра такихъ случаевъ: 1) Крупный капиталистъ фабрикантъ, желая избавиться отъ конкурентовъ, продаетъ нѣкоторое время товаръ себѣ въ убытокъ, а затѣмъ, уничтоживъ такимъ образомъ мелкихъ промышленниковъ, неимѣющихъ достаточно средствъ, чтобы выдержать этотъ искусственный кризисъ, съ избыткомъ наворачтываетъ свои убытки съ потребителей. Подобный способъ конкуренціи очень распространенъ; вредъ, приносимый имъ промышленной жизни — громадный, но почти нигдѣ онъ не влечетъ за собой отвѣтственности. Часто крупные фабриканты, для уничтоженія своихъ конкурентовъ, входятъ между собой въ стачку подъ невиннымъ названіемъ „синдиката“ (см. примѣръ у Katz, указ. соч., стр. 15). Именно существованіемъ подобныхъ приемовъ можно иногда бываетъ объяснить внезапное, ни съ чѣмъ несообразное, повышеніе цѣны того или другого товара. Факты подобнаго рода — социальное зло, и искъ *en concurrance déloyale* приноситъ здѣсь громадную пользу обществу. 2) Другой случай, когда *vente au rabais* составляетъ *concurrance déloyale*, приводитъ Bert (указ. соч. стр. 92): промышленникъ, желая унизить передъ публикой достоинство товаровъ своего конкурента, покупаетъ ихъ у него, а затѣмъ продаетъ по цѣнѣ ниже ихъ стоимости и ниже цѣны своихъ, однородныхъ съ ними товаровъ. б) *Détournement d'ouvriers* — отвлечение, сманываніе работниковъ. Подговоръ нанятыхъ конкурентомъ лицъ (работниковъ, артистовъ и т. п.) къ нарушенію заключеннаго контракта составляетъ *concurrance déloyale*<sup>1)</sup>; искъ можно предъявить, конечно, только къ конкуренту, а не къ лицу,

<sup>1)</sup> Bert (указ. соч., стр. 94) приводитъ слѣдующее, очень характеристичное, рѣшеніе Парижскаго суда: «Il a été jugé que c'était de la part d'un boulangier un acte de concurrance déloyale que de détourner une porteuse de pain pour s'approprier par ce moyen la clientèle de son concurrent».

нарушившему контрактъ, отвѣтственность котораго опредѣляется договоромъ. Равнымъ образомъ составляетъ *concurrance déloyale* подкупъ работниковъ или вообще подчиненныхъ конкурента, съ цѣлью узнать секретные способы производства, адреса покупателей и т. п. в) Разнообразные недобросовѣстные приемы со стороны, сдѣлавшагося самостоятельнымъ хозяиномъ или перешедшаго на службу къ другому промышленнику, работника, имѣющіе цѣлью отнять у бывшаго патрона клиентелу, составляютъ *concurrance déloyale*. При этомъ однако не слѣдуетъ подводить подъ понятіе *concurrance déloyale* такіа дѣйствія, на которыя бывший работникъ или ученикъ имѣетъ право, на примѣръ: примѣненіе способовъ фабрикаціи, употреблявшихся патрономъ (если на нихъ не взятъ патентъ); названіе себя ученикомъ (если запрещеніе этого не установлено особымъ договоромъ) и т. п. г) *Denigrement des concurrents et dépréciation de leurs produits* — распространеніе дурныхъ слуховъ про конкурента и его товаръ есть *concurrance déloyale*. Многіе изъ этихъ проступковъ могутъ быть подведены подъ понятіе обиды, клеветы или диффамаци<sup>1)</sup>, но въ некоторые изъ нихъ, на примѣръ, опороченіе товара, представляютъ юридическое явленіе *suí generis*. Во всякомъ случаѣ, рядомъ съ отвѣтственностью за уголовные деликты: обиду, клевету, диффамацию, остается независимой отвѣтственность за гражданскій деликтъ *concurrance déloyale*. Относительно условій примѣненія иска *concurrance déloyale* къ этимъ случаямъ, судебная практика, послѣ нѣкоторыхъ колебаній, признала, что опорочиваніе конкурентовъ, выраженное въ общихъ выраженіяхъ, не дающихъ возможности отнести это опорочиваніе къ отдѣльному лицу, не оставляетъ *concurrance déloyale*.

Таковы внѣшнія формы *concurrance déloyale*; обобщающимъ, внутреннимъ, ихъ признакомъ является фактъ присвоенія (умышленнаго или неосторожнаго) чужой клиентелы. Прямымъ и необходимымъ изъ этого выводомъ должно быть заключеніе о существованіи права промышленной клиентелы. Дѣлать изъ практики *concurrance déloyale* лишь тотъ выводъ, что существуетъ (или должно существовать) право собственности на отличительные про-

<sup>1)</sup> Диффамациа есть распространеніе дурныхъ, хотя бы и вѣрныхъ, слуховъ про лицо. Otto Mayer отрицаетъ пользу установленія отвѣтственности за распространеніе дурныхъ вѣрныхъ слуховъ, но неосновательно. Совершенно вѣрно говоритъ Katz (указ. соч., стр. 14): «Der Gewerbetreibende hat eben nur das Recht mit seinen Kräften, seinen Fähigkeiten, seinen Mitteln in den Wettbewerb einzutreten, soll aber die Person und die Waaren des Konkurrenten unbehelligt lassen».



мышленные знаки, было-бы слишком узкимъ примѣненіемъ положеній судебной практики; къ тому же всякій, конечно, согласится, что весь смыслъ и значеніе права собственности на отличительные знаки заключается въ томъ, что имъ охраняется промышленная клиентела.

1382 и 1383 статьи гражданского кодекса имѣютъ примѣненіе во всѣхъ случаяхъ правонарушающаго вреда; однако случаи concurrence déloyale выдѣляются какъ нѣчто особое и самостоятельное: компетентнымъ судомъ является судъ торговый (если стороны—лица торговля (см. Camberlin. Manuel pratique des tribunaux de commerce. Paris. 1889, стр. 402. Dict. de la propriété industr.: „compétence“). Такимъ образомъ положенія, добытыя судебной практикой concurrence déloyale, образуютъ самостоятельный институтъ <sup>1)</sup>.

Порядокъ разрѣшенія action en concurrence déloyale подчиненъ общимъ правиламъ судопроизводства. Судьямъ принадлежитъ право свободной оцѣнки доказательствъ, какъ наличности убытковъ, такъ и размѣра ихъ; надо вмѣнить въ большую заслугу французскимъ судьямъ, что они, рѣшивъ утвердительно вопросъ о наличности убытковъ, не отказываютъ въ искѣ подъ предлогомъ недоказанности цифры убытковъ, а такъ или иначе опредѣляютъ эту цифру; еслибы французскіе судьи, подобно тому, какъ это иногда дѣлаютъ наши русскіе суды, признавъ право на полученіе вознагражденія за убытки, вмѣстѣ съ тѣмъ отказывали бы въ присужденіи этого вознагражденія за недоказанностью цифры его <sup>2)</sup>, то весь институтъ concurrence déloyale не имѣлъ бы рѣшительно никакого значенія. Въ приговорѣ, какъ составные элементы его, входятъ: 1) признаніе дѣйствій отвѣтчика правонарушающими; 2) присужденіе вознагражденія за убытки, и 3) запрещеніе дальнѣйшихъ правонарушеній, и опредѣленія мѣръ противъ нихъ. На основаніи 1036 art. Code de procéd. civ.: „les tribunaux, suivant la gravité des circonstances, pourront, dans les causes dont ils seront saisis, prononcer, même d'office, des injonctions, supprimer des

<sup>1)</sup> Этимъ надо объяснить тотъ фактъ, что иностранецъ можетъ воспользоваться action en concurrence déloyale въ томъ лишь случаѣ, если французскіе промышленники пользуются въ его странѣ такой же охраной права свободной конкуренціи; между тѣмъ 1382 art du C. C. является нормой общаго права, которое безъ какихъ либо условій должно примѣняться и къ иностранцамъ.

<sup>2)</sup> Что собственно является contradictio in adjecto: разъ признана наличность убытковъ, должна быть опредѣлена та или другая цифра ихъ, и судья обязательно долженъ опредѣлить эту цифру сообразно съ обстоятельствами дѣла, не превышая, конечно, исковой суммы.

écrits, les déclarer calomnieux et ordonner l'impression et l'affichage de leurs jugements.

Къ числу мѣръ противъ дальнѣйшихъ правонарушеній надо отнести практикуемое французскими судами, но признаваемое кассационнымъ судомъ неправильнымъ (см. Gaston Mayer. De la concurrence déloyale et de la contrefaçon en matière de noms et marques. Paris. 1879, стр. 33), опредѣленіе цифры убытковъ на будущее время, опредѣленіе той цифры вознагражденія за убытки, которую судъ присудитъ въ случаѣ рецидива (cautio damni infecti). Наконецъ, въ предупрежденіе conc. déloyale судъ можетъ даже предписать закрытіе торговаго заведенія (см. G. Mayer ук. соч., стр. 35). Встрѣчные иски en concurrence déloyale компенсируются на общемъ основаніи; Pouillet требуетъ въ этомъ случаѣ двойной кондемнаціи, но его взглядъ не принятъ судебной практикой. Далекое не всѣ случаи concurrence déloyale влекутъ уголовныя наказанія за собой, и во взглядѣ Pouillet надо видѣть именно стремленіе къ установленію публично-правовой отвѣтственности за цивильный деликтъ concurrence déloyale; само собой понятно, что такое развитіе уголовной охраны на почвѣ гражданского права и процесса совершенно невозможно.

## II. Право на марку.

Спеціальная охрана промышленной клиентелы установлена закономъ 23 Іюня 1857 г. „sur les marques de fabrique et de commerce“, первый титулъ котораго носитъ заглавіе „du droit de propriété des marques“. Первый артикль объявляетъ марку, за нѣкоторыми исключеніями, факультативной.

I. Предположенія права собственности на марку. А. 1-й Art. закона говоритъ: „Sont considérés comme marques de fabrique et de commerce les noms sous une forme distinctive, les dénominations, emblèmes, empreintes, cachets, vignettes, reliefs, lettrés, chiffres, enveloppes et tous autres signes servant à distinguer les produits d'une fabrique ou le objets d'un commerce. Легальное перечисленіе видовъ марки имѣетъ не исчерпывающее, а только примѣрное значеніе: не указанъ, напримѣръ, такой распространенный видъ марки, какъ этикетка. Маркой законъ называетъ всякій знакъ отличающій продукты какой либо фабрики или товары какого либо торговаго предпріятія: а) Марка есть знакъ вещи. Законъ 1857 г. не относится къ личнымъ знакамъ; если марка состоитъ только въ указаніи имени фабриканта или купца, безъ иныхъ



фигуративныхъ элементовъ, то она не можетъ быть виндигирована, т. е. о ней не можетъ быть иска, установленнаго для гражданской охраны марки, закономъ 1857 г. 23 art. закона говорить: „il n'est pas dérogé aux dispositions antérieures qui n'ont rien de contraire à la présente loi“; поэтому къ маркамъ, единственный элементъ которыхъ заключается въ обозначеніи имени, можетъ быть примѣненъ лишь законъ 1824 г., который, не устанавливая права собственности на подобныя марки, даетъ лишь право искать убытки путемъ уголовного преслѣдованія <sup>1)</sup> кромѣ того здѣсь можетъ конечно имѣть мѣсто и action en concurrence déloyale <sup>2)</sup>. Законъ 1824 г. охраняетъ имя, какъ гражданское, такъ и торговое, и даже псевдонимъ; наконецъ имъ охраняется и названіе мѣстности происхожденія товара. Затѣмъ, закономъ 1857 года не охраняются знаки, отличающіе фабричное или промышленное заведеніе, т. е. главнымъ образомъ, вывѣски (enseigne); право на такіе знаки охраняется лишь искомъ en concurrence déloyale.

Законъ 1857 г. не предъявляетъ никакихъ условій къ самой вещи; это могутъ быть продукты, какъ обрабатывающей, такъ и добывающей промышленности; 20 art. закона говорить: „toutes les dispositions de la présente loi sont applicables aux vins, eaux de vie et autres boissons, aux bestiaux, grains, farines, et généralement à tous les produits de l'agriculture“. Французскій судъ иногда даже охраняетъ марки, служащія отличительными знаками такихъ товаровъ, свободный оборотъ которыхъ запрещенъ закономъ (см. Браунъ указ. соч., стр. 222). Съ подобными рѣшеніями однако нельзя согласиться: право промышленной клиентелы пріобрѣтается трудомъ и приложеніемъ энергіи и знанія къ той или другой отрасли экономической дѣятельности; если законъ запрещаетъ, въ виду общаго блага, тотъ или другой родъ промышленной дѣятельности, то онъ не можетъ, оставаясь послѣдовательнымъ, ставить себѣ задачей охраненіе результатовъ запрещаемой дѣятельности, т. е. созданіе для нея благоприятныхъ условій <sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> Судебная практика и литература почти единогласно признаютъ право собственности на именные марки; однако виндикація (т. е. гражданскій искъ по правиламъ закона 1857 г.) ихъ невозможна.

<sup>2)</sup> Законъ 1824 г. охраняетъ именные марки лишь фабричной промышленности; къ именнымъ маркамъ добывающей промышленности (продукты земледѣльческіе, ископаемые и т. п.) онъ не относится; гражданская охрана ихъ осуществима только путемъ action en concurrence déloyale.

<sup>3)</sup> Kohler (стр. 213) говоритъ «ein solches System führt zu einem inneren Widerspruch in der Staatsthätigkeit: der Staat kann nicht einerseits den Verkehr

Охрана марки патентованнаго товара можетъ влечь за собой особенные эффекты: такимъ путемъ можно достигъ, въ известной степени, продолженія монополіи, несмотря на окончаніе срока выданной привилегіи (см. G. Mayer, указ. соч., стр. 49).

б) Марка есть отличительный знакъ. Поэтому марка одного промышленника должна быть отличена отъ марки другого, эксплуатирующаго тотъ-же родъ промышленности. Въ этомъ отношеніи законъ не дѣлаетъ даже никакихъ пространственныхъ ограниченій, такъ какъ устанавливаемое закономъ право собственности на марку не ограничивается райономъ дѣятельности промышленника <sup>1)</sup>. Мы видѣли выше, что относительно права на вывѣску судебная практика поступаетъ иначе, и нельзя не признать, что пріемъ судебной практики болѣе правиленъ.

Отличительной марка должна быть настолько, чтобы наблюдатель съ среднимъ, обыкновеннымъ, вниманіемъ не могъ смѣшавать ее съ другими (см. Браунъ, указ. соч., стр. 108).

Такъ какъ марка должна быть отличительнымъ знакомъ, то ею не можетъ служить какой-либо общій признакъ самаго товара, такъ напримѣръ общеупотребительное названіе его, общеупотребительная форма и т. п. Наконецъ, существуютъ знаки, которыми издавна пользуются всѣ фабриканты того или другого рода промышленности (marques en domaine public); эти марки не могутъ быть апропрированы въ частную собственность; это — res publico usui destinatae. Что касается способа наложенія марки на товаръ, то онъ не имѣетъ никакого значенія; марка можетъ быть даже невидима до потребленія; напр., можно марку помѣстить на концѣ пробки, обращенномъ внутрь бутылки (см. Роулет, указ. соч., стр. 12).

Это — и всѣ объективныя легальныя условія права собственности на марку. Законъ не требуетъ, чтобы у промышленника была одна марка: для одного и того-же товара можетъ быть ихъ нѣсколько.

Б. Собственникомъ марки можетъ быть всякій правоспособ-

begünstigen, andererseits verbieten; der Staat kann keinem einen Vorsprung gewähren in einem verbotenen Verkehr, er kann keinem die Waffen des Rechts in die Hand geben, um unter diesem Schutze nur noch freier und zügelloser das Unrecht zu thun».

<sup>1)</sup> G. Mayer (указ. соч., стр. 54). «Relative, quant à l'industrie à laquelle on l'applique, la nouveauté de la marque doit être absolue quant à l'étendue du marché sur lequel on voudra invoquer les effets du dépôt. Entre concurrents éloignés, l'antériorité d'usage peut être incertaine, le préjudice peu probable; mais, désque le dépôt des marques est centralisé, le droit à la même marque ne saurait être partagé entre des régions arbitrairement circonscrites».



ный субъектъ, т. е. лица, какъ физическія, такъ и юридическія, а кромѣ того договорныя соединенія лицъ, имѣющія нѣкоторыя свойства юридическихъ лицъ (торговля товарищества); всѣ эти лица могутъ быть собственниками марки, если они занимаются промышленностью. Последняго условія въ законѣ нѣтъ, по оно все-таки необходимо вытекаетъ изъ легальнаго текста: законъ говоритъ о „*marque de fabrique et de commerce*“ и находитъ нужнымъ прибавить особый артикль, указывающій, что правила закона относятся и къ маркамъ добывающей промышленности; наконецъ, при регистраціи марки требуется указать родъ промышленности, для котораго марка апроприруется. Изъ этого видно, что законъ предполагаетъ какъ-бы само-собою понятнымъ, что собственникомъ марки можетъ быть только промышленникъ. Промышленникомъ слѣдуетъ назвать всякаго производителя экономическихъ цѣнностей, и Kohler (стр. 225) напрасно, по нашему мнѣнію, упрекаетъ французскихъ юристовъ за то, что они приравниваютъ марку скульптура къ маркѣ фабриканта: вѣдь экономическіе признаки римскаго различія *artes liberales* и *illiberales* теперь почти совершенно уничтожились. Вторымъ субъективнымъ условіемъ охраны марки является требованіе закона, чтобы промышленное заведеніе собственника марки находилось на французской территоріи (art. 5). Национальность промышленника сама по себѣ, не имѣетъ значенія; art. 6 говоритъ: „*Les étrangers et les Français dont les établissements sont situés hors de France jouissent également du bénéfice de la présente loi pour les produits de ces établissements, si dans les pays où ils sont situés, des conventions diplomatiques ont établi la réciprocité pour les marques françaises.*“

II. *Первоначальное приобритеніе права на марку. Dépôt.* 2-й art. закона 1857 г., измененный закономъ (декретомъ) 3 Мая 1890 г., говоритъ: „*Nul ne pourra révéndiquer la propriété exclusive d'une marque, s'il n'a déposé au greffe du tribunal de commerce de son domicile: 1) trois exemplaires du modèle de cette marque; 2) le cliché typographique de cette marque.*“ Никто не сдѣлавъ регистраціи марки, не можетъ охранять свое право на нее средствами защиты, установленными закономъ 1857 г. Не внесенная въ реестръ марка охраняется лишь *action en concurrence déloyale*.

Существуетъ нѣсколько системъ регистраціи: иногда регистрація устанавливаетъ право на марку (*dépôt attributif* или *constitutif de la propriété*); такое значеніе она имѣетъ въ германскомъ

правѣ; наоборотъ, *dépôt*, установленная закономъ 1857 г., служитъ только сигнализацией права собственности (*declaratif de la propriété*); наконецъ, есть и смѣшанныя системы: англійская, гдѣ регистрація, неоспоренная въ теченіе извѣстнаго времени, устанавливаетъ право на марку, и бельгійская, гдѣ регистрировать марку можетъ только уже имѣющій право на нее (3 art. Бельгійскаго закона 1 Апрѣля 1879 г. говоритъ: „*Celui qui le premier a fait usage d'une marque peut seul en opérer le dépôt.*“ Это различіе эффектовъ регистраціи, обуславливающее различіе въ ея организаціи, является слѣдствіемъ того или другаго пониманія государствомъ своихъ полицейскихъ обязанностей. Французская регистрація полицейскихъ цѣлей почти совершенно не преслѣдуетъ; объ охранѣ, наприм., потребителей законъ 1857 г. вовсе не заботится. Не было надобности также французскому правительству слишкомъ сильно заботиться о полицейской охранѣ интересовъ промышленниковъ, ибо интересы эти обладаютъ очень хорошими гражданскими средствами защиты. Такимъ образомъ, констатированіе факта, установленіе гласности, публичности, является единственной цѣлью французской регистраціи марокъ; этой цѣли соотвѣтствуетъ и организація *dépôt*, рѣшительно ничѣмъ не стѣсняющая промышленниковъ: можно регистрировать даже чужую марку. Однако, эффекты французской системы регистраціи совершенно не соотвѣтствуютъ цѣли ея: съ наличностью *dépôt* связывается возможность, какъ спеціальнаго гражданского, такъ и уголовного преслѣдованія за нарушеніе права на марку. Это—странно и не логично, ибо французская регистрація марки устанавливаетъ лишь презумпцію права собственности на марку, презумпцію крайне слабую, и на ней устанавливать ответственность, тѣмъ болѣе уголовную, конечно, нельзя. На этотъ недостатокъ французской регистраціи многіе указываютъ (Calmels, Braun и др.).

Порядокъ регистраціи опредѣляется указаннымъ выше 2-мъ art. закона 1857 г., измененнымъ сообразно декрету 3 Мая 1890 г., и декретомъ 27 Февраля 1891 года. Марка регистрируется въ коммерческомъ судѣ, расположенномъ въ мѣстѣ жительства депозанта. Депозировать марку можетъ, какъ лицо непосредственно заинтересованное въ этомъ, такъ и повѣренный. При регистраціи представляется три экземпляра модели марки и типографское клише ея; послѣднее отправляется въ министерство торговли, которое посредствомъ этого клише печатаетъ марку въ „*Bulletin officiel de la propriété industrielle et commerciale*“; что касается моделей марки, то одинъ экземпляръ возвращается де-



позавту съ помѣткой регистратора о днѣ и часѣ регистраціи, другой остается въ мѣстѣ регистраціи, а третій отсылается въ центральный музей министерства торговли. Регистраторъ записываетъ: день и часъ регистраціи; имя депозанта или его повѣреннаго; профессию депозанта, его мѣстожителство, родъ промышленности, для котораго назначается марка. Вмѣстѣ съ этимъ дѣлается опись марки (procès-verbal). Собственникъ марки, въ случаѣ отказа отъ нея, долженъ объ этомъ увѣдомить регистратора. Всѣ эти свѣдѣнія публикуются въ названномъ „Bulletin“, а кромѣ того „les registres, procès-verbaux et répertoires déposés dans les greffes sont communiqués sans frais“ (18 art. décret du 27 Février 1891). Регистрація сохраняетъ силу 15 лѣтъ, а по истеченіи ихъ должна быть повторена. За каждую регистрацію взимается 1 франкъ. Регистрація марки совершенно факультативна, и регистраторъ наблюдаетъ лишь за исполненіемъ правилъ регистраціи, не касаясь права депозанта на марку. Ничтожной регистрація можетъ быть объявлена только судомъ.

Итакъ, регистрація не устанавливаетъ права собственности на марку: послѣднее возникаетъ, какъ слѣдствіе болѣе или менѣе постоянного пользованія маркой; въ случаѣ спора рѣшаетъ не приоритетъ регистраціи, а приоритетъ пользованія маркой. Регистрація необходима лишь какъ условіе возможности примѣненія гражданскихъ и уголовныхъ исковъ, установленныхъ для охраны марки закономъ 1857 г.; но и не регистрированная марка имѣетъ гражданскую защиту—action en concurrence déloyale, искъ, эффекты котораго ничѣмъ не слабѣе эффектовъ гражданскихъ исковъ, установленныхъ закономъ 1857 года: нѣтъ только уголовной охраны ея (кромѣ именныхъ марокъ, охраняемыхъ закономъ 1824). Первоначальнымъ способомъ установленія права собственности на марку является пользованіе; въ чемъ это пользованіе выражается, безразлично,—такъ-что и dépôt можетъ считаться пользованіемъ,—но, конечно, оно должно быть общеизвѣстное, не тайное. Вообще говоря, желаніе анпроприировать марку должно быть выражено путемъ прямого волеизъявленія (dépôt) или путемъ какихъ либо *facta concludentia*.

III. *Опредѣленіе права на марку.* Законъ называетъ исключительное право на марку собственностью; поэтому, казалось-бы, вполне правильно будетъ, согласно съ 544 art. du Code Civil, опредѣлить право на марку, какъ исключительное право лица пользоваться и распоряжаться избраннымъ имъ для своихъ продуктовъ отличительнымъ знакомъ, безъ всякаго ограниченія, на-

сколько къ этому нѣтъ препятствій со стороны закона. Съ практической точки зрѣнія такое опредѣленіе не содержитъ въ себѣ ничего невѣрнаго, и для цѣлей практики достаточно удовлетворительно. Съ теоретической-же точки зрѣнія съ нимъ нельзя примириться, такъ какъ оно не содержитъ въ себѣ указаній на нѣкоторые весьма существенные элементы права на марку, элементы являющіеся специфическимъ признакомъ, отличающимъ промышленную собственность отъ другихъ видовъ собственности. Такимъ специфическимъ признакомъ является ограниченность права на марку: охраняется марка не безусловно, а лишь настолько, насколько это нужно для охраны промышленной клиентелы, съ маркой связанной или могущей быть связанной. Эта ограниченность видна въ томъ, что охраняются марки лишь промышленныя, т. е. тѣ только, съ которыми связана клиентела; далѣе, въ томъ, что право на марку промышленника не исключаетъ возможности и для другого промышленника приобрести такое же право, если онъ занимается инымъ родомъ промышленности, т. е., если онъ не можетъ присвоить себѣ клиентелу перваго. Поэтому легальную дефиницію права на марку необходимо исправить въ томъ смыслѣ, что право на марку есть право собственности промышленника на клиентелу, связанную съ маркой. Въ такомъ видѣ конструкція права собственности на марку не можетъ уже вызывать противъ себя весьма частаго возраженія, что право собственности на марку не можетъ существовать потому, что марка не есть вѣщный предметъ, не есть вещь (*res*), наличность которой необходима для возможности права собственности (*G. Mayer, Méneau, Braun, Kohler* и другіе). Марка дѣйствительно не есть вещь, а только признакъ вещи; но клиентела съ нею связанная, исключительное, благоприятное, положеніе промышленника, ею обезпечиваемое, есть вещь—экономическая цѣнность, могущая быть предметомъ оборота, а потому и объектомъ права собственности. Затѣмъ, требованіе осязаемости вещи для установленія собственности, врядъ-ли можно признать основательнымъ. По этому поводу прекрасно говорить *Иерингъ* (*Rechtsschutz gegen injur. Rechts-verletz*, стр. 311): „*Wer der Thatsache gerecht werden will, dass das Recht die exclusive Beziehung des Berechtigten zu jenen immateriellen Objecten ganz ebenso schützt wie die des Eigenthümers zu seinen Sachen, wird sich durch diese immaterielle Natur derselben in der Annahme eines Rechts an ihnen nicht beirren lassen. Es enthält doch wahrlich keine zu grosse Anforderung an das juristische Denken, den Begriff des Rechts von den körperlichen, auf Namen, Marken, Geistespro-*



dukte, Erfindungen und s. w. zu übertragen. Wessen Vorstellung das nicht fertig bringt, soll aufhören Jurist zu sein, das juristische Denken muss im Stande sein, sich von den Banden des Sinnlichen frei zumachen“. Во всякомъ случаѣ уже римское право признавало возможность вещнаго права на *res incorporalis*, чему доказательствомъ можетъ служить институтъ *quasi-possessio*; поэтому, всякій реально-существующій предметъ (нетрансцендентный, не существующій только въ мысли), будетъ-ли то *res corporalis* или *incorporalis*, необходимо признать способнымъ быть объектомъ права собственности. Очевидно, съ этой точки зрѣнія не можетъ быть препятствій къ признанію права на марку, реальнымъ субстратомъ которой является промышленная кліентела, за право собственности. Точно также неосновательно и другое возраженіе, дѣлаемое противъ этой конструкціи, а именно, что нарушение права на марку не лишаетъ обладателя ея возможности пользованія ею, между тѣмъ, какъ при нарушении собственности вообще предметъ совершенно выходитъ изъ власти собственника; что поэтому *rei vindicatio* — искъ, охраняющій собственность, возвращающій собственнику вещь, неправильно у него отнятую — не можетъ примѣняться къ нарушеніямъ права на марку, при которыхъ нѣтъ полного лишенія собственника принадлежащей ему вещи; что поэтому же присвоеніе чужой марки не есть кража<sup>1)</sup>. Эти возраженія, совершенно вѣрно указывающія особенности права собственности на марку, не могутъ быть однако признаны достаточно убѣдительными, чтобы исключить возможность конструкціи права на марку, какъ права собственности: ими указываются лишь такія особенности права на марку, которыя обусловлены свойствами объекта. Между тѣмъ свойство объекта не можетъ имѣть рѣшающаго значенія при опредѣленіи природы юридическаго института: различіе въ модусѣ отношенія лица къ вещи и въ модусѣ правовой охраны, вотъ два критерія (весьма тѣсно между собою связанные), положенные въ основу различія и классификаціи правовыхъ институтовъ, но отнюдь не природа объекта. Если мы посмотримъ съ этой точки зрѣнія на право на марку, то мы необходимо должны будемъ признать его за право собственности: непосредственность отношенія лица къ вещи, исключительность этого отношенія, подчиняющая вещь во всей ея полнотѣ лицу, безотносительность судебной охраны, — всѣ эти признаки, являющіеся

<sup>1)</sup> Изъ того, что присвоеніе марки не есть кража, никакъ нельзя вывести, что право на марку не есть собственность: вѣдь и захватъ недвижимости не есть кража; однако никто не отрицаетъ возможности права собственности на недвижимыя вещи.

необходимыми элементами собственности, всѣ они на лицо и въ правѣ на марку. Специфическія свойства объекта могутъ служить критеріемъ лишь для различенія въ правовомъ институтѣ видовъ его: такъ различаютъ, напримѣръ, движимую и недвижимую собственность; на этомъ-же признакѣ основаны многія дѣленія обязательственнаго права. Сообразно этому критерію право на марку дѣйствительно необходимо признать особымъ видомъ собственности, тѣмъ болѣе, что здѣсь особенности объекта вызываютъ нѣкоторыя уклоненія и въ способѣ правовой охраны<sup>1)</sup>, каковымъ является не *rei vindicatio*, а лишь *actio negatoria*.

Итакъ, возраженія противъ признанія права на марку правомъ собственности неосновательны. Свообразное опредѣленіе природы права на марку можно встрѣтить у бельгійскихъ юристовъ. Бельгійскій законъ („Loi du 1-er Avril 1879 concernant les marques de fabrique et de commerce“<sup>2)</sup>) не даетъ легальной дефиниціи права на марку, которое онъ лишь характеризуетъ названіемъ „usage exclusif“. Поэтому бельгійскимъ юристамъ предстояла задача самимъ опредѣлить юридическую природу этого права. Изъ различныхъ взглядовъ на этотъ вопросъ, интересенъ взглядъ Picard'a, раздѣляемый Braun (указ. соч., стр. 83 и слѣд.) и Darras (Darras. Des droits intellectuels. Paris. 1887 стр. 26). Picard не находятъ возможнымъ признать право на марку за собственность, ибо понятіе собственности приложимо лишь къ праву на тѣлесную вещь, а марка не есть тѣлесная вещь, она — „conception intellectuelle“ (см. цитату у Braun на стр. 84); поэтому право на марку есть право *sui generis*, ибо оно не подходитъ и подъ понятіе права личности или права обязательственнаго. Къ существующимъ тремъ общимъ типамъ права: права личности, вещнаго права и обязательственнаго, Picard находитъ нужнымъ прибавить четвертый, видомъ котораго и является право на марку, а именно типъ „Droits intellectuels“ или „Droits d'invention“. Характеристикой этого типа правъ (къ которому Picard относитъ:

<sup>1)</sup> Чтò не представляется исключительнымъ явленіемъ: въ римскомъ правѣ, напримѣръ, охрана владѣнія движимостью и владѣнія недвижимостью производилась весьма различными (по условіямъ ихъ примѣненія) интердиктами.

<sup>2)</sup> Особенности бельгійскаго закона, сравнительно съ французскимъ, выражаются главнымъ образомъ въ томъ, во-первыхъ, что порядокъ и значеніе *dépôt* нѣсколько иное: на основаніи art. 3: «Celui qui le premier a fait usage d'une marque peut seul en opérer le dépôt»; во вторыхъ, въ томъ, что передача марки безъ предпріятія воспрещена на основаніи 7-ой ст.: «Une marque ne peut être transmise qu'avec l'établissement dont elle sert à distinguer les objets de fabrication ou de commerce»; притомъ «la transmission n'a d'effet à l'égard des tiers, qu'après le dépôt d'un extrait de l'acte qui la constate dans les formes prescrites pour le dépôt de la marque».



литературную, художественную и музыкальную собственность, право изобретателей, а также право промышленной собственности), отличіемъ его отъ существующихъ уже трехъ типовъ, служить то, что объектомъ права здѣсь является не тѣлесная вещь, а мысль— „conception intellectuelle“. Braun въ восторгѣ отъ этой юридической новинки и, сравнивая ее съ открытіемъ физиками четвертаго состоянія матеріи (matière radiante), говоритъ (указ. соч. стр. 88): „La nouvelle théorie de l'auteur des „Pandectes belges“ n'aura pas moins de retentissement et n'exercera pas une moindre influence dans un autre ordre de connaissances, car elle aussi nous révèle l'existence d'un quatrième état de la matière—de la matière juridique,—et telle est l'évidence du fait, qu'une fois signalé, on se demande comment il a été possible de n'y pas songer plus tôt. Désormais, au lieu de trois provinces, voici que le droit en comptera quatre: assurément, la conquête n'est pas à dédaigner, et sa consolidation n'est plus qu'une question de temps“. Однако, несмотря на такой лестный отзывъ, теорію Пикара нужно признать совершенно неудовлетворительной. Прежде всего, не вѣрно мнѣніе, что три существующихъ общихъ типа права различаются по объекту, о чемъ мы уже говорили. Затѣмъ, какъ бы то ни было, право на марку съ правомъ собственности имѣетъ гораздо больше сходства, чѣмъ различія, такъ-что и противопоставлять ихъ другъ другу слишкомъ рѣзко нельзя. Затѣмъ, марка не есть мысль, она не можетъ быть поэтому объектомъ „droit intellectuel“. Наконецъ, и это—самое главное, вообще существованіе исключительнаго права на мысль невозможно, ибо право, какъ система внѣшнихъ нормъ, можетъ только косвеннымъ путемъ воздѣйствовать на внутреннія стороны человѣческой природы. Законъ рѣшительно не въ состояніи обезпечить человѣку исключительность его мышленія, заставить другихъ людей не мыслить такъ, какъ мыслить этотъ человѣкъ; даже въ суровыя времена гоненій за религіозныя и политическія убѣжденія запрещается не самый образъ мысли, а лишь проявленіе его, главнымъ-же образомъ пропаганда его. Равнымъ образомъ и современныя права музыкальной, художественной и литературной собственности даютъ исключительное право не на мысль, а на ея пропаганду; экономическая же цѣль этихъ правъ, какъ и права на марку, а также права изобретателей,—обезпеченіе производителю исключительнаго положенія въ отношеніи спроса на его продукты, охрана промышленной клиентелы; именно этотъ послѣдній признакъ обобщаетъ перечисленныя права въ одну цѣлостную группу.

Причину непризнанія права на марку за право собственности надо видѣть главнымъ образомъ въ недостаточно ясномъ сознаніи того положенія, что марка есть вещь, экономическая цѣнность. Между тѣмъ положеніе это ясно указывается самой экономической жизнью, и упускать его изъ виду непростительно: марка, особенно тамъ, гдѣ не развиты полицейскія нормы (какъ на примѣръ во Франціи), обращается на рынкѣ такъ же свободно, какъ и любая иная вещь гражданскаго оборота. Французскіе юристы говорятъ, что марка есть акцессуаръ „fonds de commerce“, подъ которымъ они понимаютъ клиентелу („Le fonds de commerce s'entend, avant tout, de la clientèle, de l'achalandage, c'est-à-dire de l'ensemble des acheteurs qui sont dans l'habitude de s'y approvisionner“; такъ опредѣляетъ это понятіе „Diction. de la propr. industr. t. II, стр. 55); этимъ они, какъ нельзя лучше, выясняютъ природу объекта права на марку: марка есть только формальное выраженіе клиентелы, только вслѣдствіе своей связи съ клиентелой получаетъ она значеніе вещи. Какъ и другія res in commercio, марка можетъ быть объектомъ весьма различныхъ юридическихъ отношеній, тѣмъ болѣе, что передача марки во Франціи никакими спеціальными законами не запрещена и никакими условіями не ограничена. Вполнѣ реальными и притомъ законными фактами являются: узупруктъ марки (наприм. ususfructus maritalis), сервитутное, обязательственное или залладное право на марку; право на марку можетъ составлять часть наслѣдства или быть выдѣлена въ легатъ; марка несостоятельнаго должника можетъ быть, для удовлетворенія кредиторовъ, продана конкурсомъ съ аукціона (также и названіе промышленнаго заведенія, хотя-бы названіе это было образовано изъ гражданскаго имени обанкротившагося промышленника: см. рѣшеніе Сенскаго коммерч. суда въ Annales de droit commerc., edit. Thaller. 1889, № 1, стр. 38).

IV. Средства гражданской охраны марки. Таковымъ прежде всего является гражданскій искъ, предъявляемый на основаніи 16 art. закона 1857 г., въ противоположность action en concurrence déloyale, въ судѣ общегражданскомъ. Для характеристики этого иска законъ употребляетъ выраженіе „révendiquer“, однако техническое понятіе виндикаціи къ нему неприменимо, ибо виндикація можетъ имѣть мѣсто лишь въ томъ случаѣ, когда произошло полное нарушеніе права собственности, когда вещь совершенно изъята изъ власти собственника; этого какъ разъ въ данномъ случаѣ и не имѣется, ибо нарушенія права на марку являются большей частью лишь частичными нарушеніями, не исключаящими



возможности и для собственника марки пользоваться ею. Какъ и искъ en concurrence déloyale, гражданскій искъ о маркѣ слѣдуетъ признать за actio negatoria въ современномъ ея видѣ.

Своеобразной особенностью иска о маркѣ является „saisie“ — предварительный арестъ или опись для обезпеченія доказательствъ: истецъ, предъявляя искъ о маркѣ, можетъ, съ разрѣшенія предсѣдателя суда, черезъ судебного пристава произвести арестъ или только опись товаровъ отвѣтчика, на которыхъ по мнѣнію истца находится его марка. Порядокъ „saisie“ опредѣляетъ art 17 и 18 закона 1857 г. <sup>1)</sup>.

Приговоръ суда состоитъ изъ тѣхъ-же элементовъ, что и приговоръ по иску en concurrence déloyale; дополненіемъ является лишь то, что судъ можетъ предписать конфискацію тѣхъ продуктовъ, на которыхъ находится чужая марка, или передачу ихъ въ пользу истца (art. 14 закона 1857 г.; см. G. Mayer, указан. сочин., стр. 90).

Искъ относится къ компетенціи обще-гражданскаго суда: составители закона исходили изъ того положенія, что право на марку есть собственность, а потому и въ дѣлахъ этого рода компетентнымъ долженъ быть судъ, рѣшающій вопросы о собственности, т. е. судъ общегражданскій. Однако необходимо имѣть въ виду, что право на марку есть своеобразный типъ собственности, свойственный только промышленникамъ; поэтому, если юридическія отношенія, свойственныя промышленной жизни, вообще составляютъ компетенцію особаго торговаго суда, то этому же суду должно быть передано и рѣшеніе дѣлъ о правѣ на марку, тѣмъ болѣе, что преслѣдующій тѣ-же цѣли и производящій почти

<sup>1)</sup> Art. 17: «Le propriétaire d'une marque peut faire procéder par tous huissiers à la description détaillée, avec ou sans saisie, des produits qu'il prétend marqués à son préjudice en contravention aux dispositions de la présente loi, en vertu d'une ordonnance du président du Tribunal civil de première instance, ou du juge de paix du canton, à défaut de Tribunal dans le lieu où se trouvent les produits à décrire ou saisir. L'ordonnance est rendue sur simple requête et sur la présentation du procès — verbal constatant le dépôt de la marque. Elle contient, s'il y a lieu, la nomination d'un expert, pour aider l'huissier dans sa description.

Lorsque la saisie est requise, le juge peut exiger du requérant un cautionnement, qu'il est tenu de consigner avant de faire procéder à la saisie.

Il est laissé copie, aux détenteurs des objets décrits ou saisis, de l'ordonnance et de l'act constatant le dépôt du cautionnement, le cas échéant; le tout à peine de nullité et des dommages — intérêts contre l'huissier»

Art. 18: «A défaut par le requérant de s'être pourvu, soit par la voie civile, soit par la voie correctionnelle, dans le délai de quinzaine, outre un jour par cinq myriamètres de distance, entre le lieu où se trouvent les objets décrits ou saisis et le domicile de la partie contre laquelle l'action doit être dirigée, la description ou saisie est nulle de plein droit, sans préjudice des dommages — intérêts qui peuvent être réclamés, s'il y a lieu».

тѣ-же эффекты искъ en concurrence déloyale входитъ въ компетенцію торговаго суда.

Кромѣ этого иска собственникъ марки, зарегистрированной по закону 1857 г., имѣетъ право искать убытки, вмѣстѣ съ возбужденіемъ уголовнаго преслѣдованія за „contrefaçon“ — поддѣлку или „imitation frauduleuse“ — преступное подражаніе марки (дѣлукты, установленныя закономъ 1857 г.) въ судѣ исправительной полиціи (Tribunal correctionnel). Наконецъ, овъ можетъ возбудить и искъ en concurrence déloyale. Такимъ образомъ собственникъ зарегистрированной марки можетъ выбирать любой изъ трехъ исковъ.

Для собственника именной марки — только два иска: искъ en concurrence déloyale и искъ объ убыткахъ, причиненныхъ преступными дѣйствіями, наказаніе за которыя устанавливаетъ законъ 1824 года. Наконецъ, для собственника марки именной и не-регистрационной, т. е. неподходящей ни подъ дѣйствіе закона 1824 года, ни подъ дѣйствіе закона 1857 г., существуетъ только право иска en concurrence déloyale.

### III. Уголовная и полицейская охрана промышленной клиентелы.

Эта сторона французскаго права не представляетъ примѣра, достойнаго подражанія: она мало разработана, и вмѣсто стройнаго комплекта уголовныхъ нормъ мы встрѣтимъ во французскомъ правѣ лишь рядъ случайныхъ, исходящихъ изъ различныхъ основаній, несогласованныхъ между собой, законовъ. Этой случайностью французскаго уголовнаго законодательства о промышленной клиентелѣ обусловлена масса его недостатковъ (см. статью Lyoncaen. „De la nécessité de l'uniformité des lois sur les marques de fabrique ou de commerce emblématiques et sur le nom commercial“, въ Revue critique de législation et de jurisprudence. 1878. t. VII стр. 693 — 700): при полной однородности поступковъ наказаніе то установлено, то нѣтъ; родъ наказанія то одинъ, то другой; за *corpus delicti* принимаются совершенно произвольно различныя признаки, и т. п.

Прежде чѣмъ заняться разсмотрѣніемъ уголовныхъ законовъ, охраняющихъ промышленную клиентелу, умѣстно будетъ задать вопросъ: зачѣмъ эти законы? почему для охраны собственности на промышленную клиентелу не могутъ быть примѣнены уголовные законы, охраняющіе право собственности вообще? почему къ нарушеніямъ права промышленной собственности неприложимо, на-



примѣръ, понятіе кражи? Отвѣтъ мы найдемъ въ томъ обстоятельстве, что современные уголовные законы не знаютъ нарушенія права собственности вообще, облагая наказаніемъ нарушеніе лишь того или другаго проявленія собственности. Въ римскомъ уголовномъ правѣ, какъ извѣстно, было несовсѣмъ такъ: „furtum“ было общее понятіе для уголовного нарушенія права собственности и раздѣлялось на три вида: *furtum ipsius rei, possessionis, usus*. Въ настоящее время понятіе кражи сдузилось, и современное право *furtum usus* не знаетъ; между тѣмъ, если бы современное понятіе кражи обнимало бы и *furtum usus*, не было бы совершенно надобности въ спеціальномъ уголовномъ законодательствѣ для охраны промышленной клиентелы; необходимость такой охраны вызывается, такимъ образомъ, чрезмѣрною узкостью современныхъ понятій объ уголовномъ нарушеніи права собственности.

*Concurrence déloyale*, т. е. поступки, содержащія въ себѣ нарушеніе 1382 или 1383 стр. гражданского кодекса, не влекутъ за собой уголовной отвѣтственности, если только не содержатъ въ себѣ состава предусмотрѣнныхъ общими или спеціальными законами уголовныхъ проступковъ. Последнее можетъ иногда случиться: такъ, напримѣръ „*denigrement*“ можетъ въ извѣстныхъ случаяхъ содержать въ себѣ клевету или диффамацию; однако подобныхъ случаевъ немного, и уголовная отвѣтственность за *concurrency déloyale* является только случайно. Конечно, нельзя признать такой порядокъ нормальнымъ: многіе факты *concurrency déloyale*, напримѣръ *vente au rabais*, являются иногда не только нарушеніемъ частныхъ интересовъ промышленниковъ, но и прямымъ нарушеніемъ общественныхъ интересовъ, а потому установленіе уголовной отвѣтственности за нихъ необходимо.

Спеціальные уголовные законы, охраняющіе промышленную клиентелу, суть: законъ 28 Іюля 1824 г., законъ 23 Іюня 1857 г., законъ 30 Апрѣля 1886 г. и законъ 26 Ноября 1873 г. I. О законѣ 1824 года мы имѣли уже случай говорить. На основаніи 1-й статьи<sup>1)</sup> его: всякій, отмѣтившій, какимъ бы то ни было способомъ, фабричные товары именовъ не того фабриканта, которымъ они произведены, или именовъ (*raison sociale*) не той фабрики, гдѣ они сфабрикованы, или названіемъ иной мѣстности, чѣмъ мѣсто фабрикаціи, подвергается, независимо

<sup>1)</sup> 2-ая статья (законъ состоитъ только изъ двухъ статей) отмѣняетъ 17 art. закона 22 Germinal an XI. (12 Апрѣля 1803 г.), назначавшій слишкомъ строгія наказанія, а потому на практикѣ ведшій къ безнаказанности, за поддѣлку именныхъ марокъ.

присужденія убытковъ, къ наказанію по 423 art. du Code pénal (тюрьма отъ 3 до 12 мѣсяцевъ и денежный штрафъ). Этому уголовному преслѣдованію подвергается и всякій купецъ или комиссіонеръ, сознательно выставившій на продажу или пустившій въ оборотъ товаръ съ подобными неправильными марками. Законъ редактированъ крайне узко: охраняется только фабричная марка, и притомъ только именная (имя, какъ гражданское, такъ и торговое, и даже названіе предпріятія — *désignation de l'établissement*, см. Poillet, стр. 382); законъ не относится къ маркамъ земледѣльческой промышленности. Судебная практика исправила нѣкоторые недостатки этого закона: распространила дѣйствіе его и на торговые марки, но и въ исправленномъ видѣ законъ далеко не могъ удовлетворять потребностямъ торговой жизни, что и обусловило изданіе закона 1857 года.

Право возбужденія уголовного преслѣдованія за нарушенія, предусматриваемыя закономъ 1824 г., принадлежитъ всякому потерпѣвшему лицу, а слѣдовательно и потребителю (см. Loison, указ. соч., стр. 146). За цѣль закона поэтому нельзя считать исключительно охрану промышленной клиентелы: имъ устанавливается общая полицейская норма, — требованіе истинности указаній, дѣлаемыхъ на маркахъ товаровъ, — и нарушеніе этой полицейской нормы и карается закономъ 1824 г.; поэтому и проступки, предусмотрѣнные этимъ закономъ, нельзя признать имущественными преступленіями.

Законъ различаетъ двѣ формы проступка, облагая ихъ одинаковымъ наказаніемъ: 1) наложеніе на товаръ марки съ неправильными именованными указаніями, съ намѣреніемъ пустить такой товаръ въ оборотъ, и 2) выставка на продажу и производство торговли подобными товарами. Приготовительныя дѣйствія не наказуемы, такъ какъ законъ вичего не говоритъ о нихъ (см. Loison, стр. 15).

II. Законъ 1857 г. послѣдствія уголовныхъ нарушеній права на регистрированную марку устанавливаетъ въ статьяхъ 7—15. На основаніи 7 art. наказывается штрафомъ отъ 50 до 3000 франковъ и заключеніемъ въ тюрьмѣ на срокъ отъ 3 мѣсяцевъ до 3 лѣтъ или однимъ изъ этихъ наказаній: 1) кто поддѣлываетъ чужую марку (т. е. сдѣлаетъ себѣ такую-же) или будетъ пользоваться поддѣланной маркой; 2) кто съ корыстной цѣлью (*frauduleusement*) наложитъ на свои товары чужую марку; и 3) кто будетъ сознательно продавать или выставлять на продажу товаръ съ поддѣланной маркой или, недобросовѣстно наложенной, чужой маркой. Затѣмъ, на основаніи 8 art., подвергается штрафу отъ



50 до 2000 франковъ и заключенію въ тюрьмѣ на срокъ отъ 1 мѣсяца до 1 года или одному изъ этихъ наказаній: 1) кто съ корыстной цѣлью сдѣласть имитацию чужой марки, могущую ввести въ обманъ покупателя, или кто воспользуется такой имитированной маркой; 2) кто воспользуется маркой, содержащей въ себѣ указанія, могущія ввести въ обманъ покупателя относительно природы товара; 3) кто сознательно будетъ продавать или выставить на продажу товары съ имитированной маркой или съ маркой, могущей ввести покупателя въ обманъ относительно природы товара. Соотвѣтственно этимъ статьямъ закона французскіе юристы различаютъ два вида уголовныхъ нарушеній права на марку: „contrefaçon“ т. е. приготовленіе и пользованіе маркой, вполне сходной съ маркой другого промышленника, и „imitation frauduleuse“, т. е. приготовленіе и пользованіе маркой, хотя отличной, но въ недостаточной степени, отъ марки другого промышленника. Однако практическое значеніе этихъ двухъ деликтовъ совершенно одинаково, и рѣшительно нѣтъ основанія облагать ихъ различными наказаніями. Независимо отъ опредѣляемыхъ 7 и 8 art. наказаній виновные въ указанныхъ выше проступкахъ могутъ быть лишены права участвовать въ выборахъ въ коммерческіе суды, въ „chambres consultatives des arts et manufactures“ (мануфактурные совѣты) и въ „conseils des prud'hommes“ (ремесленные управы) на срокъ до 10 лѣтъ. Судъ можетъ, за счетъ виновнаго, аффишировать приговоръ, цѣликомъ или въ извлеченіи, въ тѣхъ газетахъ и журналахъ, въ которыхъ найдетъ удобнымъ. Если судъ признаетъ марку за „contrefaite“ или „frauduleusement imitée“, то, хотя бы обвиняемый былъ признанъ невиновнымъ, подобныя марки истребляются, гдѣ бы ни находились; въ случаѣ, если марка трудно отдѣляется отъ товара, судъ можетъ предписать уничтоженіе или конфискацію и самого товара; равнымъ образомъ судъ можетъ предписать конфискацію или уничтоженіе инструментовъ, которыми производилась поддѣлка марки, т. е. печатей, литографскихъ камней, клише и т. п. Такимъ образомъ виновнаго въ присвоеніи чужой марки можетъ постигнуть очень жестокая кара. Законъ содержитъ еще нѣсколько правилъ о совокупности преступленій (art. 10), о рецидивѣ (art. 11), смягчающихъ или увеличивающихъ вину обстоятельствахъ (art. 12), правилъ, не измѣняющихъ общаго порядка уголовного судопроизводства.

Законъ 1857 года имѣетъ цѣлью главнымъ образомъ охрану промышленниковъ: „contrefaçon“ и „imitation frauduleuse“ марки

— имущественныя преступленія; поэтому и право возбужденія уголовного преслѣдованія за нихъ принадлежитъ только собственнику марки, потребители его не имѣютъ. Сообразно этому можно было-бы ожидать, что и за *corpus delicti* преступленій, предусматриваемыхъ закономъ 1857 года, будутъ приняты дѣйствія, причиняющія имущественный вредъ, лишаящія предпринимателя его кліенты, т. е. именно продажа товара съ неправильной маркой. На самомъ дѣлѣ мы видимъ совсѣмъ обратное: по закону 1857 г. даже изготовленіе неправильной марки есть уже преступленіе. Это совершенно не вяжется съ общимъ духомъ организации уголовной охраны зарегистрированныхъ марокъ, установленной закономъ 1857 г. Такимъ образомъ законъ 1857 г. идетъ дальше даже закона 1824 г., чего, конечно, не должно быть: весьма понятно, если законъ 1824 г., карающій за нарушеніе предупредительной полицейской нормы, требующей истинности именныхъ указаній марки, *corpus delicti* этого нарушенія видитъ уже въ самомъ фактѣ наложенія неправильной марки на товаръ, а не только въ фактѣ продажи товара съ такой маркой; но нельзя признать правильнымъ, если законъ 1857 г., устанавливающій кару за имущественное преступленіе, опредѣляетъ *corpus delicti* такимъ же способомъ и даже идетъ дальше, признавая уже изготовленіе марки за преступленіе. Затѣмъ законъ 1857 г. устанавливаетъ болѣе строгія наказанія, чѣмъ законъ 1824 г.; объясненіе этому различію найти довольно трудно.

Весьма интересное и своеобразное явленіе представляетъ изъ себя законъ 26 Ноября 1873 г. („Loi du 26 Novembre 1873, relative à l'établissement d'un timbre ou signe spécial destiné à être apposé sur les marques commerciales et de fabrique“; законъ состоитъ изъ 9 артиклей), дающій возможность особой квалифицированной уголовной охраны марки. На основаніи 1-го art. этого закона собственникъ марки, зарегистрированной по правиламъ закона 1857 года, можетъ просить о наложеніи на его товаръ, или на его упаковку или этикетку и т. п., особаго государственнаго штемпеля, имѣющаго цѣлью удостовѣрить подлинность марки, находящейся на товарѣ. Штемпель (le timbre ou poinçon de l'Etat) составляетъ интегральную часть той марки, которую онъ удостовѣряетъ (art. 7). За каждое наложеніе штемпеля взимается въ доходъ казны отъ 1 сантима до 1 франка, а если штемпель накладывается на самый товаръ, то отъ 5 сантимовъ до 5 франковъ (art. 2), причемъ величина пошлины опредѣляется, съ одной стороны, стоимостью товара, а съ другой, сообразно издержкамъ штемпелевки (art. 3). Поэтому, для наложенія штемпеля



необходимо объявить цѣну товара, и на основаніи 4 art. всякій случай продажи заштемпелеваннаго такимъ образомъ товара по цѣнѣ выше объявленной при штемпелевкѣ подвергается виновныхъ въ этомъ штрафу отъ 100 до 5000 франковъ, четвертую часть котораго получаютъ чиновники, открывшіе такое нарушение закона. За поддѣлку штемпеля или за пользование завѣдомо поддѣланнымъ штемпелемъ виновные подвергаются, по 140 art. du Code Pénal, срочнымъ каторжнымъ работамъ (до 20 лѣтъ); всякое другое недобросовѣстное употребленіе штемпеля наказывается по 142 art. du Code Pénal — тюремой отъ 2 до 5 лѣтъ (art. 6). Кроме того виновные подпадаютъ дѣйствию закона 23 Января 1874 г. „relative à la surveillance de la haute police“ (см. G. Mayer, стр. 81—82). Администрація сама обязана преслѣдовать виновныхъ, какъ внутри страны, такъ и за границей, но и собственнику марки предоставлено право возбуждать уголовное преслѣдованіе (art. 5 и 7).

Нельзя не признать полезности изложеннаго закона: наложеніе государственнаго штемпеля даетъ очень хорошую гарантію маркѣ, ибо труднѣе рѣшиться поддѣлать государственный штемпель, чѣмъ обыкновенную марку; кроме того этимъ закономъ дается возможность преслѣдовать и заграничныхъ контрафакторовъ, хотя бы и не было конвенцій, такъ какъ иностранецъ, поддѣлавшій французскій государственный штемпель, хотя бы и въ Франціи, долженъ быть судимъ французскимъ судомъ, какъ за поддѣлку государственной печати (на основаніи 7 art. Code de l'instruction crimin, см. Lyoncaen et Révauld, précis, t. 2, стр. 1036). Но, какъ вполнѣ справедливо указываетъ Kohler (стр. 481), требованіе оцѣнки товара при штемпелевкѣ и большой штрафъ за продажу товара дороже этой оцѣнки дѣлаютъ законъ стѣснительнымъ для промышленниковъ, а потому мало примѣнимымъ. Kohler указываетъ на аналогичный португальскій законъ 1883 г., который не преслѣдуя никакихъ фискальныхъ цѣлей, свободенъ отъ этихъ недостатковъ.

III. Закономъ 30 Апрѣля 1886 года установлены уголовныя наказанія за неправильное пользованіе медалями, почетными отзывами, похвальными листами (mentions) и другими промышленными наградами, раздаваемыми на выставкахъ или конкурсахъ. Только тотъ, кто дѣйствительно получилъ эти награды, можетъ обозначать ихъ на своихъ маркахъ, вывѣскахъ, преісъ-бурантахъ и т. п. (art. 1). За нарушеніе этого правила виновные наказываются штрафомъ отъ 50 до 6000 франковъ и тюремнымъ заключеніемъ отъ 3 мѣсяцевъ до двухъ лѣтъ (art. 2). Кроме того судъ можетъ предписать уничтоженіе или конфискацію въ пользу потерпѣвшаго (лицо,

дѣйствительно получившее награду) всѣхъ товаровъ, на которыхъ будутъ находиться ложныя указанія на полученіе медали или иной награды (art. 5). Получившій промышленную награду, при пользованіи ею (для рекламы), обязанъ, подъ угрозой штрафа отъ 25 до 3000 франковъ, указывать время ея полученія и выставку или конкурсъ, на которыхъ она получена, а также указать, за что, за фабрикацію какихъ продуктовъ получена награда (см. рѣш. Сенск. Tribunal correct. въ Annales de droit commerc. 1889 г. № 2, стр. 96).

Право на медаль несомнѣнно публичное, а потому передача его невозможна, но иногда промышленная награда дается не лично предпринимателю, а предпріятію, вмѣстѣ съ передачей котораго поэтому само собой подразумѣвается и передача права пользованія такой промышленной наградой (см. тѣ-же Annales за 1888 г. № 6 стр. 240 рѣшеніе Сенскаго Tribunal de commerce).

Вмѣстѣ съ возбужденіемъ уголовного преслѣдованія во всѣхъ перечисленныхъ случаяхъ можетъ быть возбужденъ и частный искъ объ убыткахъ, причиненныхъ этими деликтами. Компетентнымъ судомъ является tribunal correctionnel.

Что касается полицейскихъ мѣръ, охраняющихъ право промышленной кліентелы, т. е. именно интересы предпринимателей, то ихъ немного: такое значеніе прежде всего надо признать за регистраціей марокъ, установленной закономъ 1857 г., такъ какъ эта регистрація облегчаетъ собственнику марки доказательство нарушенія его права; тотъ же законъ 1857 г. (art. 19) устанавливаетъ нѣкоторыя мѣры для охраны отъ иностранныхъ контрафакторовъ: „Tous produits étrangers portant soit le marque, soit le nom d'un fabricant résidant en France, soit l'indication du nom ou du lieu d'une fabrique française, sont prohibés à l'entrée et exclus du transit et de l'entrepôt, et peuvent être saisis, en quelque lieu quecesoit, soit à la diligence des douanes, soit à la requête du ministère public ou de la partie lésée“.

IV. *Охрана интересовъ потребителя.* Въ первой главѣ мы имѣли случай говорить, что право должно защищать не только интересы предпринимателей — интересы собственниковъ марки, но и интересы потребителей, для которыхъ марка служитъ средствомъ индивидуализаціи вещей, показателемъ качества товара. Конструкція гражданской защиты потребительскихъ интересовъ не можетъ представлять затрудненій: если купецъ или фабрикантъ продаетъ товаръ съ ложной маркой, то покупатель или вообще потребитель получаетъ не то, что желаетъ, вещь не того рода, какого онъ желаетъ.



Очевидно, въ этомъ случаѣ договоръ (купли, продажи или найма) можетъ быть признанъ недействительнымъ, и такимъ образомъ можетъ быть установлена отвѣтственность продавца за убытки. Итакъ, для гражданской защиты потребительскихъ интересовъ нѣтъ надобности въ специальныхъ законахъ. Нѣтъ надобности въ этихъ законахъ и для уголовной охраны: обманъ въ маркѣ долженъ признаваться за обманъ въ качествѣ товара. Такъ смотрятъ на это и французскіе юристы, указывая, какъ на средство защиты потребительскихъ интересовъ, на искъ по 423 art. уголовного кодекса и по закону 27 Марта 1851 г., которыми опредѣляется наказаніе за обманъ въ качествѣ, количествѣ и мѣрѣ товара. Такой же точки зрѣнія держится и законъ 1824 г., объ именныхъ маркахъ, который даетъ потребителю право возбужденія уголовного преслѣдованія за ложныя именные указанія въ маркѣ, приравнивая это обвиненіе къ обвиненію на осн. 423 ст. Code pénal. Отсюда ясно должно быть видно, какъ несогласна съ закономъ точка зрѣнія французскаго кассационнаго суда, который иногда не рѣшается признать обманъ въ маркѣ за обманъ въ качествѣ товара (см. Méneau, указ. соч. стр. 66—67). Возбужденіе уголовного преслѣдованія за преступленія, предусмотрѣнныя закономъ 1857 года, потребителю не предоставлено, такъ что этотъ законъ лишь косвенно охраняетъ потребительскіе интересы.

Что касается полицейскихъ мѣръ, охраняющихъ потребителя, то французское право ихъ почти совершенно не знаетъ: передача марокъ и другихъ промышленныхъ знаковъ совершенно свободна, регистрація не обязательна, такъ что потребитель не всегда можетъ знать, кто собственникъ той или другой марки, чей трудъ и умѣнье стоитъ за этой маркой. Своеобразную полицейскую мѣру предлагали въ 40-хъ годахъ настоящаго столѣтія Talabot и Wolowsky (Wolowsky. Des marques de fabrique dans leurs rapports avec l'organisation industrielle, въ Revue de législation et de jurisprudence, 1842. t. XVI), а именно установленіе показательной марки (marque significative), долженствовавшей указывать потребителю свойства и составъ приобретаемыхъ имъ продуктовъ, какъ, на примѣръ, это дѣлаетъ аптекарская сигнатурка. Идея эта однако не привилась и причину этого указать не трудно: товаръ неидетъ прямо съ фабрики къ потребителямъ, онъ проходитъ сперва черезъ руки массы торговыхъ посредниковъ, и протекаетъ иногда нѣсколько лѣтъ съ момента фабрикаціи до момента потребленія товара; при такихъ условіяхъ фабриканту было бы очень рискованно налагать на свой товаръ *marque significative* (если съ этой маркой будутъ связываться

извѣстныя юридическія послѣдствія, безъ чего, конечно, эта марка не имѣетъ значенія); это значило бы принять на себя отвѣтственность не только за себя лично, но и за массу другихъ лицъ.

На основаніи 1 art. закона 1857 г. правительству предоставлено право устанавливать для нѣкоторыхъ предметовъ обязательныя марки. Администрація неособенно широко пользуется своимъ правомъ, и перечень предметовъ, для которыхъ введена обязательность марки, указываетъ довольно ясно, что цѣлью здѣсь является не защита потребителя, а главнымъ образомъ охрана фискальныхъ интересовъ и санитарно-полицейскихъ (см. G. Mayer, указ. соч., стр. 106). Обязательныя марки установлены: для типографскихъ произведеній, для аптекарскихъ продуктовъ, искусственныхъ минеральныхъ водъ, игральныхъ картъ, оружія, золотыхъ и серебряныхъ вещей и т. п.; иногда эти марки подходятъ подъ понятіе *marque significative*, именно, когда требуется указаніе пробы или химическаго состава предмета. За неналоженіе обязательной марки, на осн. 9 art. закона 1857 г., виновные наказываются штрафомъ отъ 50 до 1.000 франковъ и арестомъ отъ 15 дней до 6 мѣсяцевъ или однимъ изъ этихъ наказаній.

V. *Raison sociale. Торговое имя.* Французское право, равно какъ и стоящее на одной съ нимъ основѣ (Code de commerce) Бельгійское, не знаютъ института особаго торговаго имени. Всѣ лица, физическія, какъ и юридическія, надѣлены только однимъ именемъ, которымъ и пользуются во всѣхъ правовыхъ отношеніяхъ, какъ общегражданскихъ, такъ и специально-торговыхъ; французскіе законы не знаютъ даже самаго слова „фирма“. Поэтому, единственнымъ легальнымъ отличительнымъ средствомъ физическаго лица является гражданское имя, условія пріобрѣтенія котораго и порядокъ пользованія которымъ опредѣляются законами объ актахъ состоянія; для торговаго товарищества имѣетъ подобное же значеніе „*raison sociale*“, а для акціонерныхъ компаній „*la designation*“; Code de commerce и отдѣльные уставы опредѣляютъ порядокъ пріобрѣтенія, регистраціи, пользованія и утраты этихъ именъ. Часто говорятъ, что французское право знаетъ фирму, какъ особое торговое имя, но только для торговыхъ товариществъ; взглядъ совершенно не вѣрный, ибо „*raison sociale*“ не есть особое торговое имя товарищества, а единственное его имя, единственное легальное отличительное средство товарищества; *raison sociale* должна быть приравнена къ гражданскому имени. Мы имѣли уже случай говорить о происхожденіи расчетнаго имени—



raison sociale: съ возникновеніемъ въ средневѣковой Италіи особаго вида договорныхъ соединеній отдѣльныхъ лицъ съ постояннымъ предположеніемъ корреалитета, что дѣлало подобныя соединенія весьма тѣсными и приближало ихъ, по крайней мѣрѣ для третьихъ лицъ, къ понятію юридическаго лица, возникла крайняя необходимость, въ интересахъ устойчивости кредита и правильности торговаго оборота, создать для этихъ соединеній какой нибудь постоянный легальный отличительный признакъ, каковымъ и является *raison sociale*. Такимъ образомъ интересы, вызвавшіе установленіе „расчетнаго имени“, суть интересы публичные, вполне сходные съ тѣми, которыми вызывается и опредѣляется существованіе гражданскаго имени. Право товарищей на „*raison sociale*“ есть право публичное, какъ и право отдѣльнаго лица на гражданское имя; это ясно видно изъ того, что законъ принудительнымъ образомъ опредѣляетъ составные элементы *raison sociale*, предписываетъ обязательную регистрацію и запрещаетъ передачу „*raison sociale*“, устанавливая для всѣхъ этихъ правилъ уголовную санкцію. *Raison sociale* есть то имя, подъ которымъ заключаются сдѣлки товарищества. Для товарищества, единство котораго не выражается внѣшними признаками, имя еще болѣе необходимо, чѣмъ для отдѣльнаго лица. Поэтому *raison sociale*—необходимый элементъ торговаго товарищества: совершенно вѣрно высказываетъ Troplong, что „*sans la raison sociale la société cesserait d'être une société collective*“ (см. Alauzet. *Commentaire du code de commerce et de législation commerciale*. 1871, т. I, стр. 345 <sup>1)</sup>). Это видно уже изъ того, что въ легальной дефиниціи полнаго торговаго товарищества, въ числѣ признаковъ его указана и *raison sociale*: на основаніи 20 art. *code de commerce* „*la société en nom collectif est celle que contractent deux personnes ou un plus grand nombre et qui a pour objet de faire le commerce sous une raison sociale*“. Такимъ образомъ законъ опредѣляетъ имя полнаго товарищества, какъ „*nomen collectivum*“, общее имя товарищей, пользованіе которымъ устанавливаетъ презумцію корреалитета для товарищей <sup>2)</sup>).

*Raison sociale* полнаго или командитнаго товарищества можетъ на осн. 21 и 25 art. *Code de commerce* состоять только изъ двухъ элементовъ: именъ полныхъ товарищей и указанія на

<sup>1)</sup> Самъ Alauzet держится другого взгляда.

<sup>2)</sup> Римское слово «*nomen*» употреблялось иногда для выраженія понятія обязательства или счета, такъ что «*raison sociale*» — точный переводъ «*nomen collectivum*».

существованіе товарищества (слова „*et C<sup>ie</sup>*“). Если имя вкладчика является элементомъ „*raison sociale*“, то онъ для третьихъ лицъ превращается въ полнаго товарища. Если въ составъ *raison sociale* войдетъ имя посторонняго лица, не товарища, то въ этомъ случаѣ товарищей можно преслѣдовать, по 405 art. *du Code pénal*, за „*usage d'un faux nom ou emploi de manoeuvres frauduleuses pour persuader l'existence d'un crédit imaginaire*, а то лицо, чье имя помѣщено будетъ въ *raison sociale*, если это случилось съ его вѣдома—за участіе въ мошенничествѣ и по 1382 ст. *Code civil* заставить платить долги товарищества (см. Lyoncaen et Rénault. *Précis*). Наконецъ, въ *raison sociale* могутъ входить имена только наличныхъ товарищей: на осн. 1868 art. *de Code civil* нельзя воспользоваться даже именемъ умершаго товарища. Только указанные выше два элемента и составляютъ *raison sociale*, такъ что, напримѣръ, въ товариществѣ „*Paul et C<sup>ie</sup>, Banque d'escompte*“, *raison sociale* составляютъ только слова „*Paul et C<sup>ie</sup>*“; вторая же часть есть только названіе предпріятія (*dénomination d'établissement*, см. Namur. *Le code de commerce Belge révisé*. 1884, т. II стр. 61—62). Французская литература старается какъ можно точнѣе опредѣлить это различіе между *raison sociale*, съ одной стороны, и названіемъ предпріятія—*dénomination d'établissement*—или вывѣской (*enseigne*), съ другой. Дѣло въ томъ, что это различіе имѣетъ довольно важное практическое значеніе: *raison sociale* не можетъ быть передаваема; напротивъ, право пользоваться тѣмъ или другимъ названіемъ предпріятія совершенно свободно можетъ продаваться или вообще быть предметомъ частно-правныхъ сдѣлокъ (см. Pardessus. *Cours de droit commercial*. 1856, т. III стр. 21—22). Такимъ образомъ и у торговаго товарищества, какъ и у отдѣльнаго лица, можетъ быть два имени: легальное, соотвѣтствующее гражданскому имени—*raison sociale*, и произвольное, соотвѣтствующее торговому имени,—*dénomination d'établissement*; послѣднему законъ не придаетъ юридическаго значенія. Специальныхъ законныхъ предписаній о томъ, чтобы имена различныхъ товариществъ не слишкомъ были сходны, французское право не знаетъ, но, конечно, въ случаѣ недобросовѣстнаго смѣшенія можетъ быть предъявленъ искъ *en concurrence déloyale*.

Нѣсколько инымъ понятіемъ, чѣмъ *raison sociale*, но занимающимъ, впрочемъ тоже положеніе, является имя акціонерной компаніи—*le nom de la société anonyme*; оно есть имя не товарищей, а товарищества, какъ юридическаго лица. Поэтому законъ (29—30 art



Code de commerce) говорятъ: „la société anonyme n'existe point sous un nom social; elle n'est désignée par le nom d'aucun des associés — elle est qualifiée par la designation de l'objet de son entreprise“ Подобныя постановленія можно найти въ торговомъ кодексѣ почти любой страны. Французскіе юристы не совсѣмъ отчетливо выясняютъ различіе *raison sociale* и имени акціонерной компаніи: часто они полное торговое товарищество, какъ и акціонерную компанію, считаютъ за юридическое лицо („être moral“), а влѣдствіе этого не обращаютъ вниманія на разницу въ значеніи именъ полного и акціонернаго товариществъ, но практическаго значенія, впрочемъ, это смѣшеніе не имѣетъ.

*Raison sociale* и названіе акціонерной компаніи обязательно должны быть зарегистрированы, подъ опасеніемъ денежнаго штрафа отъ 50 до 100 франковъ и признанія товарищества недѣйствительнымъ (но не противъ третьихъ лицъ, см. Voistel. Cours de droit commercial. 1890. стр. 251). Порядокъ регистраціи опредѣляется общимъ для всѣхъ товариществъ закономъ 24 Іюля 1867 г., согласно которому въ теченіе мѣсяца со дня образованія товарищества къ мировому судѣ или къ регистратору (*greffier*) коммерческаго суда должна быть представлена выписка изъ договора или устава товарищества содержащая слѣдующія свѣдѣнія, публикуемая затѣмъ въ газетахъ: имена полныхъ товарищей, имя и родъ товарищества, имена уполномоченныхъ на веденіе дѣлъ, мѣстопробываніе предпріятія или его отдѣленій, время образованія товарищества, количество капитала (при акціонерныхъ компаніяхъ) и т. п.

Таково положеніе во французскомъ правѣ *raison social* и названія акціонерной компаніи. Говорить о какомъ либо частномъ правѣ на нихъ нельзя: какъ и гражданское имя, это — институты публичнаго права, и въ частномъ процессѣ нарушеніе правилъ этихъ институтовъ можетъ служить основаніемъ лишь для иска объ убыткахъ.

Въ заключеніе этой главы необходимо сказать нѣсколько словъ о положеніи торговаго имени единоличныхъ купцовъ во французскомъ правѣ. Законъ ничего не говоритъ про него, и оно должно быть приравнено къ произвольнымъ прозвищамъ (*sobriquets*), съ употребленіемъ которыхъ не связываются юридическія послѣдствія, связываемыя съ употребленіемъ гражданскаго имени; въ виду 259 art de Code Pen.<sup>1)</sup> можно, пожалуй, даже усумниться въ закон-

<sup>1)</sup> Art. 259 de Code Pen.: «Sera puni d'une amende de 5,000 fr. à 10,000 fr. quiconque, sans droit et en vue de s'attribuer une distinction honorifique, aura publiquement pris un titre, changé, altéré ou modifié le nom que lui assignent

ности употребленія подобныхъ *sobriquets*. Таковъ долженъ быть взглядъ на фирму, если пожелаютъ этотъ взглядъ вывести изъ легальныхъ текстовъ, но требованія промышленной жизни создаютъ мало-по-малу совсѣмъ иное положеніе для фирмы. Промышленнику для отличія отъ другихъ, въ виду особаго общественнаго значенія промышленной дѣятельности и вызываемаго ею широкаго развитія кредита, часто бываетъ недостаточно одного, гражданскаго, имени: за неимѣніемъ помощи со стороны закона, промышленнику самому приходится искать и принимать мѣры для избѣжанія смѣшенія съ другими, измѣнять свое имя, а иногда прибѣгать и къ пользованію вымышленнымъ именемъ. Постепенно, съ развитіемъ такихъ пріемовъ, и закону приходится принимать въ расчетъ эти произвольныя, часто вымышленныя, имена, и французская судебная практика уже допускаетъ искать и отвѣчать на судѣ подъ торговымъ именемъ. Salveton (указ. соч., стр. 383) говоритъ: „Un négociant donne à son nom le caractère de nom commercial lorsqu'il en fait la désignation de sa personnalité commerçante, de son établissement ou de ses produits. Il écrira ce nom sur son enseigne, sur ses factures, sur les enveloppes des objets qu'il expédie. Il en signera ses traites et ses quittances. Ce nom ne sera pas forcément identique à son véritable nom ou nom civil. Prenons un exemple de pure fantaisie. Jean-François-Auguste Dubois veut monter un commerce et comme il est le plus âgé, il prend pour se distinguer de ses homonymes le nom commercial de Dubois-ainé. Le premier sera son nom civil, le seul qu'il pourra porter en dehors des actes de son commerce; le second sera son nom commercial, sous lequel seul peut-être il pourra être connu dans le commerce et recevoir à ce titre des assignations. Le nom commercial peut même être absolument différent du nom civil“. Такъ мало-помалу торговое имя пріобрѣтаетъ всѣ свойства гражданскаго, съ той лишь разницей, что привудительныя нормы, регламентирующія пользованіе послѣднимъ, къ торговому имени не прилагаются, а потому и распоряженіе имъ совершенно свободно. Изъ послѣдняго обстоятельства французскіе юристы часто заключаютъ о существованіи права собственности на фирму. Согласиться съ ними въ этомъ однако нельзя: прежде всего нельзя строить правовой институтъ на молчаніи закона, а кромѣ того торговое имя, пріобрѣтая постепенно всѣ свой-

les actes de l'état civil. Le tribunal ordonnera là mention du jugement en marge des actes authentiques ou des actes de l'état civil dans lesquels le titre aura été pris indûment ou le nom altéré. Dans tous les cas prévus par le présent article, le tribunal pourra ordonner l'insertion intégrale ou par extrait du jugement dans les journaux qu'il désignera. Le tout aux frais du condamné».



ства гражданского имени и преслѣдуя тождественныя цѣли, должно занимать и тоже положеніе, т. е. право на фирму должно быть конструировано, какъ право публичное: Конечно, при нарушеніи права на фирму могутъ быть затронуты имущественные интересы, можетъ быть посягательство на чужую клиентелу, и такимъ образомъ можетъ возникнуть частный искъ по поводу фирмы, но изъ этого можно выводить заключеніе о существованіи права собственности только на промышленную клиентелу, связанную съ фирмой, а не на самую фирму, которая, какъ и гражданское имя, есть элементъ личности, и не можетъ поэтому быть объектомъ частнаго права.

#### ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

##### Охрана промышленной клиентелы въ германскомъ правѣ.

Гражданская защита промышленной клиентелы въ Германіи существуетъ лишь настолько, насколько она предусмотрена специальными законами: такого общаго и животворящаго правовыя нормы средства охраны, какъ *action en concurrence déloyale*, въ германскомъ правѣ нѣтъ, хотя, какъ мы уже упоминали, въ германскомъ законодательствѣ (партикулярномъ) можно найти статьи съ содержаніемъ, аналогичнымъ статьѣ 1382 и 1383 du Code Civil. Поэтому громадная масса случаевъ недобросовѣтнаго посягательства на чужую клиентелу остается въ Германіи безъ юридической реакціи, что не можетъ не отражаться очень пагубно на промышленной жизни. Нельзя однако причину этого недостатка германскаго права видѣть въ личныхъ качествахъ германскихъ юристовъ, въ ихъ неумѣлости создать что-либо подобное судебной практикѣ *concurrance déloyale*: дѣйствительная причина лежитъ гораздо глубже. Свобода, съ такой помпой провозглашенная французской революціей, возведенная въ принципъ положительнаго права и являющаяся такимъ образомъ для французскаго юриста правовымъ институтомъ, свобода въ Германіи есть лишь фактъ, являющийся результатомъ отсутствія принудительныхъ законовъ. Свобода конкуренціи въ Германіи — понятіе равнозначущее съ произволомъ конкуренціи, сдерживаемой лишь специальными полицейскими нормами.

Нарушеніе такой, фактической, свободы само по себѣ не составляетъ правонарушенія, если при этомъ нѣтъ нарушенія какихъ-либо специальныхъ легальныхъ предписаній. Именно изъ такого пониманія принципа свободной конкуренціи вытекаетъ недостатокъ въ германскомъ правѣ общаго средства для гражданской защиты промышленной клиентелы. Надѣются, что этотъ недостатокъ исчезнетъ при вступленіи въ дѣйствіе новаго гражданского уложенія, § 704—1 котораго говоритъ: „*Nat jemand durch eine aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit begangene widerrechtliche Handlung—Thun oder Unterlassen—einem andern Schaden zugefügt, dessen Entstehen er vorausgesehen hat oder voraussehen musste, so ist er dem Andern zum Ersatze des durch die Handlung verursachten Schadens verpflichtet ohne Unterschied, ob der Umfang des Schadens vorauszusehen war oder nicht*“, т. е.: „кто своимъ поступкомъ, намеренно или по небрежности совершеннымъ, — дѣйствіемъ или упущеніемъ, — причинить другому убытокъ, возможность котораго онъ предвидѣлъ или долженъ былъ предвидѣть, тотъ обязанъ вознаградить другаго за убытокъ, причиненный такимъ поступкомъ, причемъ не имѣетъ значенія, былъ-ли предусмотрѣнъ объемъ убытковъ, или нѣтъ“. Затѣмъ § 705 говоритъ: „*Als widerrechtlich gilt auch die kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte Handlung, wenn sie einem Andern zum Schaden gereicht und ihre Vornahme gegen die guten Sitten verstösst*“, т. е. „правонарушительнымъ считается и дѣйствіе, само-по себѣ, въ силу общей свободы, дозволенное, если только оно обогащаетъ одного во вредъ другому и совершеніе его противорѣчить добрымъ правамъ“. Съ введеніемъ этихъ нормъ дѣйствительно многія злоупотребленія, специально не запрещенныя легальными текстами, будутъ влечь за собой отвѣтственность, но, какъ совершенно справедливо указываетъ Katz (назв. соч. стр. 50), существенную пользу для охраны промышленной клиентелы эти нормы принесутъ только въ томъ случаѣ, если общественное мнѣніе безусловно будетъ признавать всякій фактъ *concurrance déloyale* за безнравственный, не справляясь, запрещенъ ли онъ точнымъ образомъ закономъ, или нѣтъ; между тѣмъ сказать, что будетъ именно такъ, нельзя: современный порядокъ, по которому факты *concurrance déloyale* влекутъ отвѣтственность лишь въ случаѣ нарушенія *Figmenschutz* и *Markenschutz*, можетъ укорениться и всосаться, такъ сказать, въ общественное мнѣніе, что не можетъ не повліять ослабляющимъ образомъ на строгость нравственной оцѣнки фактовъ *concurrance déloyale*.

Итакъ, общей охраны промышленной клиентелы въ Германскомъ



правъ нѣтъ; факты *concurrance déloyale* влекутъ за собой отвѣтственность въ томъ лишь случаѣ, если содержатъ въ себѣ составъ какого либо иного правонарушенія, предусмотрѣннаго закономъ; въ этомъ отношеніи наибольшее значеніе имѣетъ *actio doli*. Что касается спеціальной, или формальной, охраны, то таковая установлена двумя институтами: *Firmenschutz* и *Marcenschutz*, къ разсмотрѣнію которыхъ мы теперь и обратимся.

### I. Право на фирму.

Въ противоположность французскому законодательству, не признающему, вообще говоря, для лица иного имени, чѣмъ то, которое записано въ *actes de l'état civil*, обще-германское торговое уложеніе (*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*) посвящаетъ особому, торговому, имени купца цѣлую главу (3-ю) „*von Handelsfirma*“, послужившую образцомъ для подобныхъ-же законоположеній весьма многимъ государствамъ. Однако было-бы весьма ошибочно заключить изъ этого, что интересы, требующіе установленія особаго торговаго имени, въ Германіи болѣе интензивны, чѣмъ во Франціи: напротивъ, несомнѣнно, что промышленная жизнь вообще и пользованіе торговымъ кредитомъ въ частности, — чѣмъ именно и вызывается необходимость установленія для промышленниковъ втораго имени, — гораздо болѣе развиты во Франціи, чѣмъ въ Германіи. Поэтому, врядъ-ли мы ошибемся, если скажемъ, что развитіе института фирмы въ германскомъ правѣ, помимо реальныхъ интересовъ промышленности, вызвано отчасти и склонностью этого права къ полицейскимъ нормамъ, къ изданію которыхъ прежде всего именно и обратились обще-имперскіе законодательные органы.

До изданія торговаго уложенія къ фирмѣ въ Германіи примѣнялись рецепированныя положенія римскаго права объ имени, о которыхъ мы говорили, а отчасти и партикулярные законы (сначала *Stadtrechte*, а потомъ и *Landrechte*; изъ нихъ раньше другихъ прусское *Landrecht*, см. Нааб указ. соч., стр. 21); съ изданіемъ общаго торговаго уложенія эти партикулярные законы слѣдуетъ считать отмѣненными.

*А. Понятіе и элементы фирмы.* I. 15-ая статья торговаго уложенія такъ опредѣляетъ фирму: „фирма купца есть имя, подъ которымъ онъ производитъ торговлю и которымъ онъ подписывается“. По красивому выраженію Кунце (*Kuntze. Princip und System der Handelsgesellschaften. Goldschmidt's Zeitschr. Bd. VI стр. 198*) у купца двѣ личности: гражданская и торговая; граж-

данское имя обозначаетъ первую, фирма вторую; въ обще-цивильныхъ отношеніяхъ купецъ пользуется своимъ гражданскимъ именемъ, въ торговыхъ — фирмой. Однако этому выраженію Кунце не слѣдуетъ придавать слишкомъ сильнаго значенія: личность, подъ какимъ бы именемъ ни выступала, гражданскимъ или торговымъ, всегда остается тождественною, всегда отвѣчаетъ за свои дѣйствія, подъ какимъ-бы именемъ онѣ ни совершались. Такимъ образомъ только съ нѣкоторой, а не абсолютной, вѣроятностью можно изъ наличности фирменной подписи заключать, что та или другая сдѣлка есть сдѣлка торговая: вполне можетъ случиться, что купецъ подпишетъ свою брачную запись торговымъ именемъ, а договоръ о поставкѣ гражданскимъ, и обстоятельство это на юридическую природу этихъ дѣйствій никакого вліянія оказать не можетъ (Ср. *Nahn. Commentar zum Allgem. Deutsch. Handelsgesetzbuch. II стр. 58*). Что касается торговыхъ товариществъ, то, такъ какъ юридическое существованіе ихъ проявляется исключительно лишь въ торгово-правовыхъ отношеніяхъ, для обозначенія ихъ нужно только одно торговое имя. Сравнительно съ фирмой единоличнаго купца фирма торговаго товарищества имѣетъ особо важное значеніе, такъ какъ она служитъ весьма твердымъ доказательствомъ того, что данная сдѣлка заключена за счетъ товарищества, т. е. фирменная подпись является признакомъ корреальности сдѣлки; это особенно важно, такъ какъ по общему правилу корреальность не предполагается<sup>1)</sup>.

Итакъ, фирма есть особое, выступающее рядомъ съ гражданскимъ, торговое имя купца, необходимость котораго вызывается, вообще говоря, сложностью и живостью торговаго оборота, требующаго особенно точнаго признака распознаванія отдѣльныхъ личностей, а въ частности для торговыхъ товариществъ — потребностью имѣть болѣе или менѣе постоянный признакъ корреальности сдѣлокъ, заключаемыхъ товариществомъ. Эти положенія необходимо вытекаютъ изъ легальнаго опредѣленія фирмы и сущности торговыхъ товариществъ; однако въ германской литературѣ зачастую можно встрѣтить совершенно иное опредѣленіе понятія фирмы.

Весьма распространенъ взглядъ на фирму, какъ на имя промышленнаго предпріятія; такъ *Mommsen (Die Haftung des Firmenübernehmers für die Firmenschulden, в Busch's Arch. für Th. и*

<sup>1)</sup> То, что мы говоримъ про фирму товарищества, не относится къ фирмѣ акціонернаго товарищества, которая есть имя юридическаго лица, имя вѣстѣ и гражданское, и торговое.



Pr. d. allg. H. и W. Rechts. 1877 В. 35 стр. 209) говорить: „die Firma ist das äussere Zeichen der Identität des Geschäfts“; такого-же мнѣнія и Endemann. Основаніемъ такого взгляда выставляется во первыхъ то, что у купца можетъ быть нѣсколько фирмъ, а во вторыхъ, что фирма передается только съ предпріятіемъ, изъ чего иногда заключаютъ, что фирма—res accessoria предпріятія. Однако, если вѣрно, что для каждаго предпріятія у купца можетъ быть отдѣльная фирма (существованіе нѣсколькихъ фирмъ для одного предпріятія судебная практика не допускаетъ, см. рѣшеніе франкфуртскаго суда въ Goldschmidt's Zeitschr. 1890 г. стр. 527: „ein und dasselbe Geschäft kann von derselben Person nur unter einer Firma betrieben werden“; и тамъ же: Rechtssubject der Firma ist der Geschäftsinhaber), то вѣрно также и то, что для нѣсколькихъ предпріятій купецъ можетъ вести одну фирму, что должно бы было быть невозможнымъ, еслибы фирма была именемъ предпріятія. Равнымъ образомъ и изъ того обстоятельства, что фирма передается только съ предпріятіемъ, нельзя заключать, что она—имя предпріятія: законъ не запрещаетъ передавая предпріятіе оставить фирму за собой<sup>1)</sup>. Наконецъ,—и это самое главное,—по обязательствамъ, подписаннымъ фирмой, купецъ отвѣчаетъ не только тѣмъ своимъ имуществомъ, которое содержится въ предпріятіи (что необходимо должно бы быть, если фирма—имя предпріятія), но всѣмъ своимъ достояніемъ. Взглядъ Mommsen'a и Эндемана ведетъ къ признанію торговаго предпріятія юридическимъ лицомъ, чему очень мало оснований<sup>2)</sup> можно найти въ положительномъ правѣ (см. статью Regelsberger'a: „Ueber die Haftung des Firmaerwerbers für die unter der Firma von einem früheren Inhaber eingegangenen Verbindlichkeiten, въ Goldschmidt's Zeitschr. 1870. стр. 1—32).

Вполнѣ совпадаетъ съ разобраннмъ взглядомъ и вызываетъ тѣ-же возраженія воззрѣніе, признающее фирму за самостоятельное юридическое лицо. Этотъ взглядъ, опровергаемый и судебной практикой (см. рѣш. Гамбургскаго суда въ Goldschmidt's Zeitschr. 1892 стр. 445), приводитъ къ совершенно невозможнымъ по-

<sup>1)</sup> Между прочимъ, Венгерское торговое уложеніе не запрещаетъ передавать и одну фирму безъ предпріятія.

<sup>2)</sup> Наибольше значительное изъ нихъ—113 статья торговаго уложенія: «Wer in eine bestehende Handelsgesellschaft eintritt, haftet gleich den andern Gesellschaftern für alle von der Gesellschaft vor seinem Eintritt eingegangenen Verbindlichkeiten, es mag die Firma eine Aenderung erleiden oder nicht. Ein entgegengesetzter Vertrag ist gegen Dritte ohne rechtliche Wirkung». Однако эта статья объясняется особенностями полнаго торговаго товарищества и не подлежитъ interpretatio extensiva, см. статью Регельсбергера стр. 23 и сл.

слѣдствіямъ. По этому поводу Нааб (указ. соч., стр. 32) говорить: „если предположить, что весь активъ и пассивъ принадлежитъ фирмѣ, какъ юридическому лицу, то, напримѣръ, передача на какое нибудь, ничего не имѣющее, подставное лицо („insolventen Strohmann“) была бы удобнымъ средствомъ отдѣлаться отъ своихъ обязательствъ. Тогда за долги отвѣчалъ бы — по Табог (защитникъ этого взгляда)—принадлежащій фирмѣ активъ (обязательства, товаръ, инвентарь), и нельзя было-бы привлечь носителей торговаго имени къ личной отвѣтственности“.

Итакъ, фирма есть имя предпринимателя, т. е. такой же показатель личности, какъ и гражданское имя: фирмой подписываются обязательства, подъ фирмой можно искать и отвѣчать на судъ (см. наприм. рѣш. Берлинскаго суда въ Goldschmidt's Zeitschr. 1870, стр. 486). Это положеніе не можетъ быть подорвано часто дѣлаемымъ возраженіемъ<sup>1)</sup>, что, такъ какъ у купца можетъ быть нѣсколько фирмъ, то, слѣдовательно, у него нѣсколько именъ. Это дѣйствительно такъ: подобно тому, какъ у феодальныхъ дворянъ могло быть нѣсколько именъ сообразно количеству подвластныхъ земель (каждое помѣстье давало новое имя), такъ у современнаго промышленника можетъ быть нѣсколько фирмъ сообразно количеству предпріятій, но промышленникъ, у котораго нѣсколько фирмъ, есть все-таки единая личность и все его имущество—одна масса (см. рѣш. Гамбургскаго суда въ Goldschmidt's Zeitschr. 1892, стр. 442), такъ что множественность фирмъ не ведетъ ни къ какимъ неправильнымъ послѣдствіямъ, а потому и не запрещается закономъ, какъ и множественность гражданскихъ именъ.

Можно было бы ожидать, что Германское законодательство, смотря на фирму, какъ на имя купца, дастъ ей тоже правовое положеніе, что и гражданскому имени; однако на самомъ дѣлѣ этого нѣтъ: право на торговое имя регламентируется нѣсколько иначе, чѣмъ право на гражданское имя, что, по нашему мнѣнію, вызывается тѣмъ, что съ охраной фирмы связана въ извѣстной степени охрана промышленной кліентелы.

II. Германское законодательство не предоставляетъ купцу права вполнѣ свободнаго выбора фирмы: желая, чтобы изъ фирмы было видно, кто стоитъ во главѣ предпріятія, оно стремится къ проведенію принципа истинности фирмы (Wahrheits-princip), однако далеко не во всей его полнотѣ и послѣдовательности. Въ этомъ отношеніи надо различать первоначальную фирму и переходную („ur-

<sup>1)</sup> Какъ напр. у насъ Шершеневичъ въ своемъ курсѣ торговаго права.



sprungliche“ и „fortgeführte Firma“—термины торговаго уложенія; у Thöl <sup>1)</sup>—„neue Firma neuer Personen“ и „alte Firma neuer Personen“; у Behrend <sup>2)</sup>—„natürlichen“ и „künstlichen Firmen“): только въ моментъ первоначальнаго возникновенія предпріятія фирма должна быть истинна, т. е. указывать дѣйствительнаго (юридически) главу предпріятія; съ переходомъ предпріятія въ другія руки, фирма можетъ остаться та-же. Поэтому, видя чье либо имя въ фирмѣ, можно быть увѣреннымъ только, что данное лицо было когда то главой предпріятія, но относительно этого вопроса въ данный моментъ времени изъ фирмы заключить нельзя.

Общее правило для состава фирмы, какъ единоличнаго купца, такъ и товариществъ, устанавливается 20-й статьею торговаго уложенія, по которой <sup>3)</sup>: „каждая новая фирма должна ясно отличаться отъ всѣхъ, уже существующихъ въ томъ мѣстѣ или въ той общинѣ фирмъ, внесенныхъ въ торговый реестръ.

Если купецъ, имѣющій съ другимъ купцомъ, внесеннымъ уже въ торговый реестръ, одинаковыя имя и фамилію, пожелаетъ воспользоваться ими для своей фирмы, то онъ долженъ присовокупить къ своей фирмѣ прибавку, ясно отличающую ее отъ существующей уже фирмы“. Въ частности для единолично-торгующихъ купцовъ ст. 16 постановляетъ: „Купецъ, торгующій безъ товарища или лишь съ негласнымъ товарищемъ <sup>4)</sup>, вправѣ употреблять въ видѣ фирмы одну свою фамилію (гражданское прозвище), съ присовокупленіемъ къ ней по желанію своего имени. Онъ не имѣетъ право присовокупить къ фирмѣ прибавку, изъ которой можно было бы вывести заключеніе о существованіи товарищества. Дозволяются однако другія прибавки, служащія къ ближайшему опредѣленію лица или предпріятія“. Служить ли прибавка дѣйствительно къ ближайшему обозначенію личности или предпріятія, рѣшаетъ регистрирующій судья, какъ и всѣ вообще вопросы о соотвѣтствіи данной фирмы съ законными требованіями.

Что касается товариществъ, то фирма полнаго торговаго товарищества (17-я ст. торговаго уложенія), буде въ ней не поименованы фамиліи всѣхъ товарищей, должна содержать въ себѣ фамилію, по

<sup>1)</sup> Thöl. Das Handelsrecht. 1879. стр. 173.

<sup>2)</sup> Behrend. Lehrbuch des Handelsrechts. B. I, 1886, стр. 253.

<sup>3)</sup> Германское торговое уложеніе. перев. Брейтфусъ. 1889.

<sup>4)</sup> «Stille Gesellschafter»—На осн. 257 ст. Т. У.: «фамилія негласнаго товарища не должна быть указана въ фирмѣ хозяина торговаго предпріятія; въ противномъ случаѣ негласный товарищъ отвѣтствуетъ предъ кредиторами товарищества лично и безраздѣльно» («persönlich und solidarisch»). Въ такомъ случаѣ негласное товарищество (stille Gesellschaft) превращается въ полное (offene).

крайней мѣрѣ, одного изъ нихъ, съ прибавкою, указывающею на существованіе товарищества. Фирма товарищества на вѣрѣ (Kommandit-gesellschaft) должна содержать въ себѣ фамилію, по крайней мѣрѣ, одного изъ лично отвѣтственныхъ товарищей, съ прибавкою, указывающею на существованіе товарищества. Въ фирмѣ торговаго товарищества не должны быть поименованы фамиліи тѣхъ лицъ <sup>1)</sup>, которыя не состоятъ лично отвѣтственными товарищами; равнымъ образомъ полное торговое товарищество или товарищество на вѣрѣ не вправѣ именовать себя акціонернымъ товариществомъ, хотя бы капиталъ вкладчиковъ былъ раздѣленъ на акціи. На основаніи 18-й ст. фирма акціонернаго товарищества заимствуется по общему правилу отъ предмета предпріятія, фамиліи товарищей или другихъ лицъ не должны быть включаемы въ фирму. Что касается фирмы товариществъ не торговыхъ (напр. обществъ взаимнаго кредита, взаимнаго страхованія и т. п.), то она, на основаніи закона 4 Іюля 1868 года (Genossenschaft-gesetz) и, замѣнившаго его, закона 1 Мая 1889 г., обязательно должна быть заимствована отъ предмета предпріятія съ обязательной прибавкой словъ „eingetragene Genossenschaft“—регистрированное общество. Фирма товарищества съ ограниченной отвѣтственностью (mit beschränkter Haftung), на основаніи закона 20 Апрѣля 1892 года, можетъ содержать въ себѣ имена товарищей (но никого другого, см. § 4 этого закона) или быть заимствованной отъ предмета предпріятія; обязательнымъ элементомъ такой фирмы являются слова „mit beschränkter Haftung“.

Это—и всѣ легальныя условія состава первоначальной фирмы: допускается одному предпринимателю имѣть нѣсколько фирмъ; фирма можетъ быть и не на нѣмецкомъ языкѣ (см. рѣш. Берлинскаго суда въ Goldschmidt's Zeitschr. 1892 г., стр. 441). Thöl (Н. К. стр. 173) высказываетъ желаніе, чтобы законодательство, рядомъ съ принципомъ истинности, проводило бы принципъ полноты фирмы; это, конечно, могло бы имѣть нѣкоторое значеніе для фирмы полнаго или коммандитнаго товарищества, но въ общемъ такое требованіе является излишнимъ, такъ какъ, при гласности торговой записи, очень легко узнать имена всѣхъ отвѣтственныхъ товарищей.

Фирма, составъ которой не удовлетворяетъ требованіямъ закона, тѣмъ не менѣе не перестаетъ быть фирмой, т. е. именованъ, подпись котораго обязываетъ лицо подписывающее, но она не допускается къ регистраціи, и право на подобную фирму не охраняется. Легальныя

<sup>1)</sup> Противъ такихъ лицъ можетъ быть возбуждено actio doli, см. Behrend. Lehrb., стр. 255—256.



условія состава фирмы имѣютъ значеніе такимъ образомъ, какъ необходимыя предположенія права на фирму.

*Б. Возникновеніе, передача и прекращеніе права на фирму. Судебная охрана и природа фирменнаго права.* I. Согласно съ перечисленными выше требованіями закона фирма можетъ и должна быть внесена въ торговый реестръ; эту обязанность устанавливаетъ торговое уложеніе: для единоличнаго купца въ ст. 19, для прокуриса (управляющаго) ст. 45, для товарищества ст. 88, 153 и 179, для ликвидатора ст. 135, для правленія акціонерной компаніи ст. 228; ту же обязанность для промышленныхъ не торговыхъ обществъ устанавливаетъ законъ 1 Мая 1889 г., а для товариществъ съ ограниченной отвѣтственностью законъ 20 Апрѣля 1892 года (§ 7 и слѣд.). Отъ обязанности регистрировать фирму освобождены только мелочные торговцы<sup>1)</sup>, промышленныя операціи которыхъ законъ не причисляетъ къ торгово-правовымъ отношеніямъ. Къ выполненію регистраціи побуждаетъ купца, во первыхъ, уже личный его интересъ, такъ какъ только зарегистрированныя фирмы пользуются правовой охраной, а во вторыхъ, дисциплинарная власть суда, который является органомъ регистраціи, органомъ далеко не пассивнымъ. На основаніи 26 ст. торговаго уложенія судъ, по собственному своему почину (von Amtswegen), обязанъ посредствомъ наложенія дисциплинарныхъ взысканій (Ordnungsstrafen), понуждать купцовъ къ регистраціи фирмъ и къ исполненію вообще всѣхъ постановленій закона о фирмахъ; при этомъ само-собой уже понятно, что судья-регистраторъ (Registerrichter) долженъ отказать въ регистраціи, если фирма несогласна съ требованіями закона. Ближайшее опредѣленіе порядка дисциплинарнаго судопроизводства представлено партикулярному законодательству (см. наприм. Delius. Das Ordnungs-strafverfahren des Registerrichters in Preussen въ Goldschmidts Zeitschr. 1891 г., стр. 426 и сл.).

Фирменный реестръ образуетъ часть общаго торговаго реестра<sup>2)</sup>, который ведется при каждомъ торговомъ судѣ. Вносимыя въ реестръ свѣдѣнія доступны каждому желающему (по просьбѣ выдаются засвидѣтельствованныя копіи) и, кромѣ того, публикуются

<sup>1)</sup> Врядъ-ли мы ошибемся, если признаемъ это правило за недостатокъ германскаго законодательства. Съ фирмой по германскому праву тѣсно связана и марка: только тотъ, чья фирма внесена въ торговый реестръ, можетъ получить исключительное право на марку. Такимъ образомъ германское право совершенно не охраняетъ промышленныхъ знаковъ мелочныхъ торговцевъ.

<sup>2)</sup> Для регистраціи промышленныхъ не торговыхъ товариществъ и обществъ ведется самостоятельный реестръ (Genossenschaft register), см. Goldschmidt. Die Erwerbs-und Wirthschafts-genossenschaften nach dem Reichsgesetz vom 1 Mai 1889; въ Zeitschr. f. H. R. 1890, стр. 35.

въ газетахъ, выборъ которыхъ предоставленъ суду (См. торговое уложеніе ст.: 12, 13 и 14). Дѣйствія регистрирующаго судьи могутъ быть обжалованы.

Въ реестръ заносится не только фирма въ первоначальномъ своемъ видѣ, но и всѣ измѣненія въ ней, а также исчезновеніе ея, прекращеніе права на фирму; равнымъ образомъ записываются имена всѣхъ обладателей фирмы, какъ первоначальныхъ, такъ и всѣхъ послѣдующихъ. При открытіи отдѣленій предпріятія въ округѣ другого суда требуется новая регистрація. Если фирма главнаго предпріятія (Hauptniederlassung) не внесена въ реестръ, то она не можетъ быть зарегистрирована и для отдѣленія предпріятія (Zweigniederlassung). При открытіи отдѣленія предпріятія въ другомъ судебномъ округѣ снова наблюдается, чтобы фирма была отлична отъ всѣхъ уже внесенныхъ въ реестръ этого округа фирмъ; такимъ образомъ главное предпріятіе и отдѣленія его могутъ имѣть несопадающія фирмы, такъ-что законъ допускаетъ, какъ воплѣ нормальное явленіе, существованіе нѣсколькихъ фирмъ для одного купца.

Регистрируя фирму, купецъ долженъ подписаться ею въ присутствіи суда или представить эту подпись, надлежаще засвидѣтельствованной (въ случаѣ неграмотности или иныхъ причинъ представляется подпись прокуриса). Цѣль представленія фирменной подписи—желаніе имѣть критерій при изслѣдованіи подлинности фирмы на всякаго рода документахъ; однако никакого практическаго значенія это имѣть не можетъ, такъ какъ почеркъ не всегда бываетъ постоянный, и вопросъ о подлинности фирмы есть *quaestio facti* (см. Keyszner. Firmenzeichnung, въ Holzendorffs Rechts-Lexicon.).

Свѣдѣніямъ, внесеннымъ въ торговый реестръ и опубликованнымъ въ газетахъ, присваивается *publica fides*: за ними стоитъ презумпція истины, доколѣ противное не будетъ доказано. Кромѣ того зарегистрированныя и опубликованныя факты получаютъ характеръ *facta notoria*<sup>1)</sup>: незнаніе ихъ со стороны заинтересованныхъ въ томъ лицъ является *summa negligentia* (см. Hahn, указ. соч., т. I, стр. 40—47). Только съ момента регистраціи возникаетъ право на фирму, такъ что регистрація имѣетъ

<sup>1)</sup> 25 ст. торг. улож.; напротивъ, «если объ измѣненіи или прекращеніи фирмы не внесено въ торговый реестръ и не опубликовано, то лицо, фирма котораго измѣнилась или прекратилась, можетъ сослаться на эти обстоятельства лишь въ томъ случаѣ, если докажетъ, что третьему лицу было извѣстно объ измѣненіи или прекращеніи фирмы».



конститутивное значеніе для этого права, что и является главнымъ различіемъ германской регистраціи отъ французской.

II. Фактическое содержаніе исключительнаго права на фирму заключается въ томъ, что обладатель фирмы, согласной съ требованіями закона и правильно внесенной въ реестръ, можетъ пользоваться ею, вмѣсто своего гражданскаго имени, во всѣхъ торговыхъ отношеніяхъ (подписываться ею, искать и отвѣчать подъ нею на судѣ, выставлать ее на вывѣскѣ, бланкахъ, рекламахъ и т. п. своего предпріятія)<sup>1)</sup>, не допуская къ пользованію такой же фирмой никого въ предѣлахъ округа того суда, въ реестръ котораго она имъ внесена.

На основаніи 22-ой статьи торговаго уложенія: „тотъ, кто пріобрѣтаетъ по договору или наслѣдству существующее уже торговое предпріятіе, можетъ продолжать таковое подъ прежнею фирмою, съ прибавкою или безъ прибавки, указывающей на преемство, если только на то изъявятъ свое положительное согласіе прежній хозяинъ или наслѣдники сего послѣдняго или, наконецъ, могущіе оказаться у новаго пріобрѣтателя сонаслѣдники“. Такимъ образомъ фирма можетъ быть объектомъ разнообразныхъ частноправныхъ сдѣлокъ, является *res in commercio*, съ тѣмъ только ограниченіемъ, что на основаніи 23 ст.: „отчужденіе фирмы, подъ которой велось торговое предпріятіе, отдѣльно отъ самаго предпріятія недопускается“. Кромѣ того, на основаніи 24 статьи: „если кто-либо вступить въ существующее уже торговое предпріятіе въ качествѣ товарища, или если въ торговое товарищество вступить новый товарищъ, или кто-либо изъ товарищей изъ онаго выйдетъ, то, несмотря на такую перемѣну, фирма можетъ быть сохранена; при выходѣ товарища, необходимо однако его положительное согласіе на дальнѣйшее сохраненіе фирмы, если его фамилія поименована въ фирмѣ“. Законъ ничего не говоритъ о передачѣ фирмы товарищества единоличному купцу, но, за отсутствіемъ прямаго и яснаго запрещенія, слѣдуетъ полагать, что это возможно и не нарушаетъ правилъ *Firmenordnung*.

Допуская передачу фирмы, германское право отступаетъ отъ принятаго имъ *Wahrheits-princip* и тѣмъ нѣсколько нарушаетъ строгую послѣдовательность своихъ нормъ, смотрящихъ, вообще говоря, на фирму, какъ на особый видъ отличительнаго средства

<sup>1)</sup> Но исключительное право пользоваться фирмой въ маркѣ не дается *implicite* фирменнымъ правомъ: пользованіе чужой фирмой, какъ элементомъ марки, не составляетъ, поэтому, нарушенія фирменнаго права; см. статью Behrend'a «Firma» въ *Holzendorff's Rechts-Lexikon*.

личности, и регламентирующихъ ее положеніе аналогично положенію гражданскаго имени. Однако эта непослѣдовательность вызывается самой жизнью, экономической и юридической сущностью фирмы, которая не есть, подобно гражданскому имени, только показатель личности (элементъ личности), но вмѣстѣ съ тѣмъ экономическая цѣнность — *res*; поэтому полное запрещеніе всякаго частноправнаго оборота съ фирмой, какъ мы уже говорили, противорѣчило-бы общественнымъ интересамъ и потребностямъ. Замѣтимъ притомъ, что, допуская передачу фирмы и тѣмъ нѣсколько отступая отъ своего полицейскаго взгляда на фирму, германское право не нарушаетъ правила „*salus publica-suprema lex*“, не отступаетъ чисто публичными интересами (потребность въ особенно ясномъ средствѣ различенія купцовъ) въ пользу интересовъ частноправныхъ: всякая сдѣлка о передачѣ фирмы на основаніи закона должна получить самую широкую гласность, должна быть внесена въ открытый каждому торговый реестръ и опубликована въ газетахъ, такъ что только при крайнемъ невниманіи заинтересованныхъ лицъ фактъ передачи фирмы можетъ остаться для нихъ неизвѣстнымъ и произвести невыгодныя для нихъ послѣдствія.

Весьма существеннымъ ограниченіемъ передачи фирмы является то, что право на фирму не можетъ быть передано сразу нѣсколькимъ лицамъ, независимо другъ отъ друга производящимъ торговлю въ одномъ и томъ-же судебномъ округѣ: подобная передача была бы нарушеніемъ безусловно-обязательной 20 ст. торговаго уложенія<sup>1)</sup> (судъ *ex officio*, независимо отъ желанія заинтересованныхъ лицъ, долженъ наблюдать за точнымъ ея исполненіемъ), которая требуетъ, чтобы фирмы, внесенныя въ одинъ реестръ, были между собой различны; по этой же причинѣ невозможно дѣленіе права на фирму. Другое существенное ограниченіе передачи фирмы устанавливаетъ ст. 23-я, которая запрещаетъ передачу фирмы безъ предпріятія; эта, весьма разумная, полицейская мѣра вызывается отчасти стремленіемъ къ охранѣ интересовъ потребителей, для которыхъ фирма можетъ иногда служить отличительнымъ показателемъ качества товара (фирма выставлается на вывѣскахъ, объявленіяхъ, проспектахъ, рекламахъ и т. п.), а отчасти и потреб-

<sup>1)</sup> Законъ собственно говоритъ о «новой» фирмѣ («*Jede neue Firma*» и т. д.), но по общему смыслу статей *Firmenordnung* новой должна считаться фирма новаго предпріятія, а потому статья эта должна примѣняться и къ данному случаю: фирма не можетъ быть передана безъ предпріятія, такъ что передача фирмы одновременно нѣсколькимъ предпринимателямъ возможна только при дробленіи (реальномъ, а не юридическомъ только) самаго предпріятія, что равносильно образованію новаго предпріятія.



ностью въ созданіи наиболѣе благопріятныхъ условій для развитія торговаго кредита, часто открываемаго по довѣрью не къ личности предпринимателя, а къ его предпріятію, отличительнымъ знакомъ котораго является въ настоящее время фирма: возможность передачи фирмы безъ предпріятія поэтому заставила бы принимать при открытіи кредита слишкомъ большія предосторожности, и тѣмъ стѣснила бы кредитныя сдѣлки.

Изъ правила 23 статьи иногда дѣлаютъ то заключеніе, что фирма есть *res accessoria* предпріятія, что съ переходомъ предпріятія само собой должна переходить и фирма; однако самъ законъ указываетъ на невѣрность этого взгляда: 22 статья требуетъ для перехода фирмы положительное („*ausdrücklich*“) на то согласіе прежняго хозяина фирмы.

III. Прекращеніе права на фирму происходитъ путемъ передачи фирмы другому лицу или же одностороннимъ отказомъ отъ этого права. Что касается послѣдняго способа, то до 1888 г. отказъ обязательно долженъ былъ быть выраженъ въ нарочномъ волеизъявленіи, именно о прекращеніи права на фирму необходимо было, подъ угрозой дисциплинарныхъ взысканій, заявить въ торговый реестръ, но судья не могъ самъ вычеркнуть прекратившіяся фирмы. Этотъ недостатокъ германскаго фирменнаго права<sup>1)</sup>, выразившійся въ томъ, что въ реестрѣ зачастую значились давнымъ-давно исчезнувшія изъ промышленной жизни фирмы, исправленъ закономъ 30 Марта 1888 г. („*Reichsgesetz betreffend die Löschung nicht mehr bestehender Firmen und Prokuren im Handelsregister*“), первая статья котораго говоритъ: „если въ случаѣ прекращенія (законъ собственно выражается „*im Falle des Erlöschens*“) внесеной въ торговый реестръ фирмы не будетъ сдѣлано извѣщенія объ этомъ фактѣ обязанными къ тому лицами, согласно 26 статьи торговаго уложенія, то суду *ex officio* надлежитъ внести въ торговый реестръ помѣтку о прекращеніи фирмы“; предварительно, впрочемъ, о намѣреніи суда вычеркнуть фирму изъ реестра должны быть извѣщены заинтересованныя лица, которыя могутъ представить свои возраженія и, въ случаѣ несогла-

<sup>1)</sup> См. Riesser. Zur Revision des Handelsgesetzbuchs. Stuttgart. 1887 стр. 25 и слѣд. Другіе недостатки, указываемые имъ, остаются еще неисправленными такъ: неясность 23 ст., запрещающей передачу фирмы безъ предпріятія, но не опредѣляющей понятія предпріятія; затѣмъ, отсутствіе опредѣленія понятія *Haupt* и *Zweig-Niederlassung*. Послѣднее важно при примѣненіи 21 ст., которая говоритъ: «заявленіе объ учрежденіи отдѣленія не вносится въ реестръ мѣстнаго торговаго суда, пока не будетъ доказано, что фирма уже внесена въ реестръ торговаго суда, въ округѣ котораго находится главное предпріятіе (г. Брейтфусъ переводитъ «главная контора») фирмы». Намъ думается, что это ограниченіе можно было бы совсѣмъ отмѣнить безъ всякаго ущерба для промышленной жизни.

сія суда, обжаловать въ двухнедѣльный срокъ рѣшеніе суда (ст. 2 этого-же закона). Что считать прекращеніемъ фирмы, законъ не опредѣляетъ, предоставляя опредѣленіе этого дискреціонной власти суда. Во всякомъ случаѣ, въ виду той тѣсной связи фирмы съ предпріятіемъ, которую стремится установить *Firmenordnung*, можно думать, что съ прекращеніемъ предпріятія должно прекратиться и право на фирму, записанную за этимъ предпріятіемъ.

IV. На основаніи 27 ст. торговаго уложенія: „тотъ, чьи права нарушены вслѣдствіе неправильнаго пользованія кѣмъ либо (его) фирмой, можетъ предъявить къ сему послѣднему требованіе о прекращеніи дальнѣйшаго пользованія фирмой и о вознагражденіи за убытки. Вопросъ о наличности убытковъ и о размѣрѣ ихъ разрѣшается судомъ по свободному его усмотрѣнію. Торговый судъ можетъ постановить объ опубликованіи его рѣшенія на счетъ виновной стороны“.

Право иска принадлежитъ только обладателю фирмы (см. *Behrend, Lehrb.* стр. 263 и слѣд.). Изъ этого условія, а также изъ того, что для признанія наличности нарушенія фирменнаго права не требуется, чтобы у отвѣтчика было признаніе противоправности его дѣйствій, надо заключить, что искъ на основаніи 27 статьи не есть искъ объ убыткахъ, причиненныхъ нарушеніемъ полицейской нормы, а искъ, имѣющій цѣлью охрану частнаго вещнаго права, именно *actio negatoria*.

Независимо отъ частноправнаго преслѣдованія, нарушеніе фирменнаго права, какъ и всѣхъ вообще правилъ *Firmenordnung*, можетъ влечь за собой дисциплинарныя взысканія со стороны суда. Само собой понятно, что иногда нарушенія фирменнаго права могутъ содержать въ себѣ составъ различныхъ преступленій, напр. мошенничества, обмана, подлога и т. п., и слѣдовательно, влечь за собой болѣе строгую, уголовную отвѣтственность.

V. При опредѣленіи юридической природы фирменнаго права, какъ оно выразилось въ германскомъ торговомъ уложеніи, возникаютъ тѣже контроверзы, которыя мы рассматривали уже по поводу гражданскаго имени: одни видятъ въ фирменномъ правѣ исключительно публичное право, другіе считаютъ его за особый видъ вещнаго права, третьи—за право личности, или право индивидуальности. Во всякомъ случаѣ фирменное право, какъ оно выразилось въ германскомъ торговомъ уложеніи, есть право частное, сильно ограниченное полицейскими нормами: въ этомъ убѣждаетъ насъ возможность частноправнаго оборота съ фирмой и существованіе гражданской охраны ея. Фирменное право нельзя считать правомъ личности,



въ виду, во-первыхъ, возможности передачи фирмы, а во вторыхъ, въ виду той тѣсной связи, какую устанавливаетъ законъ между фирмой и предпріятіемъ<sup>1)</sup>. По нашему мнѣнію, фирменное право, какъ формальное выраженіе права на промышленную клиентелу, есть вещное право съ небольшими уклоненіями (отсутствіе виндикаціи) отъ общаго типа его, вызываемыми тѣмъ, что объектомъ является *res incorporalis*,—и съ весьма значительными полицейскими ограниченіями, вызываемыми тѣмъ, что фирма служитъ не только показателемъ свойствъ товара или предпріятія (цивильный элементъ фирменнаго права), но и показателемъ личности предпринимателя (полицейскій, публичный, элементъ фирменнаго права).

Таково германское фирменное право. Крупнымъ его достоинствомъ (вѣроятно, это и было причиной того, что германское законодательство послужило образцомъ для другихъ государствъ) является замѣчательно ловко и удачно выполненное совмѣщеніе охраны полицейскихъ интересовъ съ охраной интересовъ гражданскихъ: ни тѣ, ни другіе не являются подавленными, обѣ стороны фирменнаго права, гражданская и полицейская, представляютъ одно цѣлое. Что касается недостатковъ, то, кромѣ уже упомянутыхъ, слѣдуетъ замѣтить нѣсколько грубый способъ опредѣленія территориальнаго пространства дѣйствія фирменнаго права: оно ограничено тѣмъ судебнымъ округомъ, въ реестръ котораго внесена фирма и въ предѣлахъ котораго находится предпріятіе, за которымъ записана эта фирма; очевидно, при такомъ порядкѣ зачастую многія злоупотребленія чужой фирмой могутъ оставаться безнаказанными. До нѣкоторой степени исправить этотъ недостатокъ могло бы разрѣшеніе купцу (по удостовѣреніи купеческой управы или мѣстныхъ административныхъ учрежденій того, что дѣйствительно его промышленныя операціи простираются на такія-то и такія-то мѣстности) вносить фирму сразу въ реестры нѣсколькихъ судебныхъ округовъ, хотя бы предпріятіе находилось только въ одномъ изъ нихъ. Тотъ приемъ, который примѣняетъ законодательство къ праву на марку,—распространеніе дѣйствія этого права на всю территорію государства,—представляетъ, наоборотъ, то неудобство, что судебный искъ можетъ служить средствомъ защиты несуществующихъ въ дѣйствительности интересовъ.

<sup>1)</sup> Кромѣ того, по нашему мнѣнію, права личности суть права публичныя, а потому понятіе ихъ неприменимо къ фирменному праву—праву частному.

## II. Право на марку.

Регламентация юридическихъ отношеній, связанныхъ съ маркою, основана въ Германіи исключительно на законѣ 30 Ноября 1874 года (*Reichsgesetz über Markenschutz*); устройство реестра марокъ опредѣляется распоряженіемъ (*Bekanntmachung*) 8 Февраля 1875 г. и нѣкоторыми другими.

Что касается охраны права на марку до изданія закона 1874 г., то, отмѣненный имъ, § 287 уголовного уложенія (*Reichsstrafgesetzbuch*) постановлялъ: „кто ложно помѣтитъ товаръ или упаковку именемъ или фирмой туземнаго (*inländischer*) фабриканта, производителя или купца, или кто пуститъ въ оборотъ (*in Verkehr bringt*) завѣдомо ложно помѣченные товары, наказывается денежнымъ штрафомъ отъ 50 до 1000 талеровъ или заключеніемъ, срокомъ до 6 мѣсяцевъ“. Цивильной охраны права на марку, кромѣ иска о вознагражденіи за вредъ и убытки, причиненные нарушеніемъ вышеизложеннаго параграфа уголовного уложенія, до закона 1874 г. не было, за исключеніемъ нѣкоторыхъ партикулярныхъ законовъ (см. *Kohler*, указ. соч., стр. 53 и слѣд.).

*А. Субъективныя и объективныя предположенія права на марку.* I. Законъ 1874 г. устанавливаетъ тѣсную связь марки съ фирмой: только тотъ, кто имѣетъ право на фирму, можетъ имѣть право на марку. Это—очень важное условіе права на марку: не даромъ оно стоитъ во главѣ закона (въ 1 ст.). Большинство нѣмецкихъ изслѣдователей относятъ это правило лишь къ фигурнымъ маркамъ, допуская, что право на марку, конститутивнымъ элементомъ которой служитъ гражданское имя или фирма, можетъ получить и тотъ, чья фирма не внесена въ торговый реестръ, у кого, слѣдовательно, и нѣтъ фирменнаго права; такого мнѣнія держатся *Endemann* (*Der Markenschutz nach dem Reichsgesetz vom 30 November 1874*, въ *Busch's Archiv für Theorie und Praxis des allgem. deutsch. Hand. und Wechselrechts*, 1875 Bd. 32; стр. 1—98), *Merkel* (см. его статью „*Fabrik- und Waarenzeichen*“ въ *Holzen-dorff's Rechtslexicon*), *Kohler* (*Recht des Markenschutzes*, стр. 223), *Katz* (указ. соч., стр. 42) и другіе. Однако въ законѣ нѣтъ ясныхъ и точныхъ указаній для такого исключенія именныхъ и фирменныхъ марокъ изъ общаго порядка (ср. *Thöl*, указ. соч., стр. 618 прим. 5), да и вообще, независимо содержанія закона, едва ли можетъ быть какое нибудь разумное основаніе для различенія, относительно условій правовой защиты, марокъ именныхъ отъ фигурныхъ: ихъ жизненное значеніе совершенно одинаково. Итакъ,



исключительное право на марку может получить только тот, чья фирма внесена въ торговый реестръ<sup>1)</sup>. Рѣшительно всѣ изслѣдователи указываютъ, что это правило является громаднымъ недостаткомъ закона 1874 года, лишаящимъ правовой охраны марки цѣлой массы экономическихъ предпринимателей, фирмы которыхъ не вносятся въ реестръ, и намъ думается, что именно желаніемъ хотя бы нѣсколько исправить этотъ недостатокъ и вызывается, дѣлаемое вышепозванными изслѣдователями, ограниченіе этого правила лишь фигурными марками.

Вторымъ, само-собой вытекающимъ изъ перваго, субъективнымъ ограниченіемъ права на марку является то, что обладать имъ можетъ только промышленный дѣятель, фабрикантъ или купецъ: на основаніи распоряженія 8 Февраля 1875 года отъ лица, регистрирующаго марку, требуется удостовѣреніе въ его качествѣ промышленника. Это правило можетъ, между прочимъ, служить весьма убѣдительнымъ опроверженіемъ доктринъ, видящихъ въ правѣ на марку право личности (Klostermann, Kohler, Gareis и др.): именно тѣ марки, все значеніе которыхъ заключается въ томъ, что онѣ служатъ показателями личности (марки лицъ не-промышленныхъ), и не охраняются закономъ, очевидно, какъ вещи, неимѣющія никакой цѣнности („*minima non curat praetor*“); только въ виду своей тѣсной связи съ клиентелой, только съ присоединеніемъ вещнаго элемента, получаетъ марка правовую охрану.

Третье, и послѣднее, субъективное ограниченіе устанавливаетъ 20 ст. закона 1874 года, согласно смыслу которой право на марку на общемъ основаніи можетъ получить только тотъ промышленникъ, предпріятіе (или отдѣленіе) котораго находится въ Германіи. Лица, неудовлетворяющія этому условію, какъ германскіе подданные, такъ и иностранцы, могутъ получить право на марку въ томъ лишь случаѣ, если въ томъ государствѣ, гдѣ находятся ихъ предпріятія, германскія марки пользуются правовой защитой. Независимо сего, относительно права подобныхъ лицъ на марку соблюдаются еще слѣдующія правила: 1) марки ихъ должны вноситься въ реестръ Лейпцигскаго торговаго суда, причемъ съ нихъ должна быть взята подписка въ томъ, что въ случаѣ спора они подчиняются юрисдикціи этого суда; 2) при регистраціи эти лица должны представить доказательства, что они выполнили условія, требуемыя для охраны марокъ законами той страны,

<sup>1)</sup> И у кого, слѣдовательно, имѣется право на фирму: неправильная регистрація фирмы не можетъ считаться выполненіемъ правила, установленнаго 1-ю статьею закона 1874 г.; см. Kohler, указ. соч., стр. 225.

гдѣ находится ихъ предпріятіе; и 3) право на марку эти лица получаютъ въ томъ лишь объемѣ, въ какомъ оно обезпечено за ними законами той страны, гдѣ находится ихъ предпріятіе. Всѣ перечисленныя выше условія права на марку выстъ съ тѣмъ являются и необходимыми условіями для возможности регистраціи, съ тѣмъ лишь измѣненіемъ, касающимся перваго условія, что для регистраціи марки уже достаточно, если данное лицо внесло свою фирму въ реестръ, тогда какъ для возможности права на марку необходимо, чтобы регистрація фирмы была совершена правильно, т. е., чтобы у даннаго лица дѣйствительно было право на фирму.

II. Первая статья закона 1874 года опредѣляетъ марку, какъ знакъ, налагаемый на товаръ или его упаковку и служащій отличіемъ товаровъ одного промышленника отъ товаровъ другого. Согласно этому, во-первыхъ, только товарные знаки подлежатъ охранѣ: законъ не относится къ вывѣскамъ, какъ знакамъ предпріятія или промышленнаго заведенія; во вторыхъ, охраняются только знаки, наложенные на товаръ или его упаковку: отличительные знаки, заключающіеся въ формѣ, цвѣтѣ и т. п. самаго товара или упаковки, не подходятъ подъ понятіе марки въ смыслѣ закона 1874 года; на тѣхъ-же основаніяхъ законъ не охраняетъ пользованіе маркой, выражающееся въ воспроизведеніи ея въ рекламахъ, объявленіяхъ, проспектахъ, вывѣскахъ и т. п. Эти требованія крайне стѣсняють матеріальный объемъ права на марку, и совершенно справедливо германскіе юристы считают ихъ подлежащими отнѣнѣ (см. Katz, указ. соч., стр. 40 и слѣд.): какъ мы уже упоминали, не слѣдуетъ упускать изъ виду, что употребленіе вывѣсокъ, рекламъ, объявленій, проспектовъ и т. п., какъ и употребленіе марокъ, основано на общемъ желаніи промышленниковъ отличить свой товаръ (а также свою личность и предпріятіе, такъ какъ и личность предпринимателя, и организація предпріятія, интересуютъ потребителя только потому, что ими обусловливаются качества предлагаемыхъ товаровъ или услугъ) въ глазахъ потребителя отъ товаровъ конкурентовъ. Поэтому, указанія ограниченія права на марку крайне непослѣдовательны и совершенно не отвѣтствуютъ дѣйствительнымъ потребностямъ промышленной жизни.

Дальнѣйшія ограниченія установлены закономъ въ 3-ей статьѣ. Согласно ей, правовая охрана простирается лишь на фигурныя марки: знаки, состоящіе исключительно<sup>1)</sup> изъ буквъ, цифръ или

<sup>1)</sup> Если марка смѣшанная, т. е. состоитъ изъ какого нибудь изображенія съ буквами или цифрами, то она можетъ быть зарегистрирована, но нарушеніемъ права на нее является лишь воспроизведеніе фигурной ея части.



словъ, не допускаются къ регистраціи, а, слѣдовательно, и не пользуются защитой; исключеніемъ являются лишь литеральныя марки, воспроизводящія гражданское или торговое имя промышленника<sup>1)</sup>. Нѣтъ надобности пояснять, что эти правила опять таки безъ какого либо серьезнаго основанія уменьшаютъ число отличительныхъ показателей товара, общеупотребительныхъ въ промышленной жизни, исключительное право на которые законъ обязательно долженъ защищать въ виду общественныхъ интересовъ, съ ними связанныхъ.

Другія ограниченія названной статьи, напротивъ, являются весьма полезными и желательными, а именно: регистраціи не подлежатъ марки, содержащія въ себѣ государственный гербъ, и марки съ соблазнительными изображеніями („Aergerniss erregende Darstellungen“). Что касается перваго правила, уголовную санкцію которому даетъ § 360 Reichsstrafgesetzbuchs, то надо замѣтить, что указомъ 16 Марта 1872 года разрѣшено всѣмъ германскимъ предпринимателямъ пользоваться изображеніемъ имперскаго орла (Kaiserlichen Adlers) на маркахъ, этикеткахъ и т. п., но только не видѣ герба, т. е. не должно быть щита, на которомъ обыкновенно изображается государственный орелъ (см. Thöl, стр. 618 прим. 8); Kohler, вопреки судебной практикѣ, полагаетъ, что запрещеніе регистраціи марокъ съ государственнымъ гербомъ относится и къ маркамъ съ гербами иностранныхъ государствъ. Что касается втораго правила, то примѣненіе его можетъ быть очень широко, такъ какъ соблазнительнымъ извѣстное изображеніе можетъ считаться вслѣдствіе нарушенія имъ общепринятыхъ правилъ, какъ половой нравственности, такъ и нравственности социальна-политической или религіозной (см. Behrend, Lehrb. стр. 277, примѣч. 29), но совершенно неправильно Kohler распространяетъ это правило на дециптивныя марки, т. е. марки, содержащія въ себѣ ложныя указанія, особенно марки съ невѣрнымъ указаніемъ мѣста фабрикаціи товара (см. Kohler указ. соч., стр. 170 и слѣд.): такое толкованіе 3 статьи закона превращаетъ внѣшнюю полицейскую мѣру-запрещеніе регистраціи неприличныхъ марокъ, — установленную ради поддержанія благопристойности, въ мѣру полицейски-экономическую, въ мѣру экономической политики; впрочемъ, самъ Kohler говоритъ, что только въ нѣкоторыхъ, такъ сказать, случайныхъ рѣшеніяхъ взглядъ его поддерживается судебною практикою.

10 статья закона устанавливаетъ еще одно ограниченіе, а

<sup>1)</sup> Относительно подобныхъ знаковъ нѣкоторые (напр. Endemann) думаютъ, что они подлежатъ правовой охранѣ и безъ выполненія регистраціи; однако въ законѣ нѣтъ ничего, что бы оправдывало такое предположеніе.

именно: нельзя получить исключительнаго права на такія марки, которыми до изданія закона 1874 года свободно пользовались всѣ промышленники или какая либо группа ихъ; это — такъ называемые Freizeichen — свободныя марки: всѣ промышленники или извѣстная группа ихъ пользуются ими на равныхъ правахъ, но противъ лица, не принадлежащаго къ такой группѣ, можетъ быть предъявленъ искъ лицомъ, внесшимъ такой Freizeichen въ реестръ (что допускается).

Послѣднимъ, наконецъ, объективнымъ условіемъ права на марку, не выраженнымъ прямо въ законѣ, но само-собой понятнымъ, является то, что право на марку не должно нарушать ни чьихъ правъ, или, какъ говорятъ нѣмцы, не должно быть „rechtswidrig“. Въ противоположность перечисленнымъ выше (кромѣ послѣдняго) абсолютнымъ условіямъ, соблюденіе настоящаго правила необходимо только относительно: право на марку, нарушающее право какого нибудь лица, все-таки можетъ существовать и охраняться отъ посягательства на него, если только это лицо не споритъ и не протестуетъ<sup>1)</sup>. Нарушаться правомъ на марку могутъ весьма разнообразныя права: чужая художественная собственность, чужое право на фабричный рисунокъ (право на фирму однако не можетъ быть нарушено правомъ на марку, о чемъ мы уже говорили) и т. п.; марка можетъ содержать въ себѣ иногда нарушеніе чести и т. п.; главнымъ же образомъ можетъ быть нарушено право на марку же.

Таковы условія абстрактнаго права на марку; для пріобрѣтенія же конкретнаго права необходимо еще выполненіе нѣкоторыхъ формальностей (заявленіе и регистрація).

Что касается объема права на марку, то, въ противоположность фирменному, оно не стѣснено опредѣленной мѣстностью, а простирается на территорію всего государства; но за то оно ограничено предметно: право на марку ограничивается однимъ какимъ нибудь родомъ товаромъ, на другой товаръ другое лицо вполне

<sup>1)</sup> Kohler (стр. 161 и слѣд.) проводитъ другой взглядъ: по его мнѣнію, право на марку, нарушающее какое либо право другого лица, абсолютно ничтожно съ самаго начала; слѣдующій примѣръ, взятый изъ области наследственнаго права, ясно можетъ показать всю неправильность такой точки зрѣнія: наследникъ, неправильно утвержденный въ правахъ наследства, тѣмъ не менѣе можетъ защищать свое право и становится дѣйствительнымъ наследникомъ, если то лицо, чье право на наследство имъ нарушено, не оспариваетъ у него наследства. Вообще, можно замѣтить, что едва ли найдется въ Германіи судъ, который рѣшился-бы примѣнить на практикѣ то широкое распространительное толкованіе закона 1874 года, которое дѣлаетъ Kohler.



свободно может налагать ту же марку. Въ противоположность фирмѣ, законъ разрѣшаетъ одному лицу для одного и того же товара пользоваться неограниченнымъ количествомъ марокъ.

*Б. Возникновеніе, передача и прекращеніе права на марку.*

I. Исключительное право пользованія маркой, избранной съ соблюденіемъ вышеизложенныхъ законныхъ условій, возникаетъ только по заявленіи суду объ анпроприаціи марки и, слѣдующей за такимъ объявленіемъ, регистраціи марки: только заявленная и зарегистрированная марка („angemeldete und registrierte Marke“) подлежитъ судебной защитѣ, хотя право на марку считается возникшимъ уже съ момента объявленія, но до воспослѣдованія регистраціи оно находится, такъ сказать, въ скрытомъ состояніи (*jus pendens* — условное право).

Объявленіе (*Anmeldung*) есть прошеніе промышленника, избравшаго себѣ марку, обращенное къ суду, о внесеніи этой марки въ торговый реестръ: оно должно быть подано промышленникомъ или его повѣреннымъ тому суду, въ округѣ котораго находится главное предпріятіе просителя (ст. 1). Къ этому прошенію, на основаніи 2 статьи закона 1874 года, должны быть приложены: четыре (на основаніи распоряженія 1875 г.)<sup>1)</sup> экземпляра изображенія марки, перечень тѣхъ родовъ товара, для которыхъ регистрируется марка, подписанный фирмою лица желающаго зарегистрировать марку, и удостовѣреніе, что проситель — лицо промышленное. Иностранные промышленники должны представить еще нѣсколько удостовѣреній, о которыхъ мы уже упоминали.

Получивши такое заявленіе, регистрирующій судья (реестръ марокъ есть интегральная часть общаго торговаго реестра: центрального реестра марокъ нѣтъ), удостовѣрившись предварительно, что при прошеніи имѣются необходимыя приложения и что представляемые четыре экземпляра марки ничѣмъ не отличаются другъ отъ друга, долженъ по собственному усмотрѣнію разрѣшить при этомъ слѣдующіе вопросы: 1) внесена ли фирма промышленника, для котораго регистрируется марка, въ торговой реестръ? 2) не состоитъ ли марка, если она не именная и не фирменная, исключительно изъ однихъ словъ, буквъ или цифръ? 3) не содержитъ

<sup>1)</sup> Одинъ остается въ реестрѣ, другой возвращается просителю, а еще два экземпляра отсылаются въ редакцію „Reichsanzeiger“ для публикаціи; ради послѣдней цѣли нужно представить типографское клише марки, или же внести деньги на изготовленіе этого клише (см. расн. 1875 г.).

ли марка изображенія государственнаго герба? и 4) не заключается ли въ маркѣ какихъ либо соблазнительныхъ изображеній? Если хотя-бы одинъ изъ трехъ послѣднихъ вопросовъ будетъ рѣшенъ судьей въ утвердительномъ смыслѣ или первый — въ отрицательномъ, въ регистраціи марки должно быть отказано.

Дѣятельность регистрирующаго судьи, какъ это можно видѣть изъ изложеннаго, не совсѣмъ пассивна, но она исключительно ограничена наблюденіемъ за точнымъ исполненіемъ лишь чисто-полицейскихъ нормъ закона 1874 года; регистраторъ-судья административный чиновникъ, и вопроса о томъ, не нарушаетъ ли данная марка чьи либо частныя права, онъ рѣшить не можетъ: это можетъ быть выяснено лишь судебнымъ рѣшеніемъ.

Если первый изъ указанныхъ выше вопросовъ будетъ разрѣшенъ судьей утвердительно, а послѣдніе три отрицательно, то онъ, взявша въ просителя 50 марокъ за первую регистрацію (на осн. 5 ст. закона 1874 г. регистраціи марки должна быть повторяема по истеченіи 10 лѣтъ со дня первой регистраціи марки), какъ этого требуетъ 7 статья закона, долженъ внести марку въ реестръ; причемъ долженъ быть записанъ день и часъ заявленія объ анпроприаціи марки. Послѣдняя запись имѣетъ важное значеніе, такъ какъ законъ допускаетъ внесеніе одной и той же марки въ реестръ для разныхъ лицъ и могущій возникнуть изъ этого споръ разрѣшается тѣмъ, что право на марку получаетъ то лицо, которое первое заявило о своемъ желаніи анпроприировать марку (8 ст. закона 1874 г.). Регистрируемыя марки публикуются затѣмъ въ правительственномъ журналѣ „Reichsanzeiger“, но несоблюденіе этого правила не исключаетъ возможности права на марку.

Правила о порядкѣ пріобрѣтенія исключительнаго права на марку, какъ онѣ установлены закономъ 1874 года, далеко нельзя назвать удачными: ставить пріобрѣтеніе права на марку въ зависимость отъ выполненія регистраціи и вмѣстѣ съ тѣмъ самой регистраціи давать такое положеніе, что она обезпечиваетъ публику лишь отъ неблагопристойныхъ и неприличныхъ изображеній на товарахъ, нисколько не способствуя охранѣ экономическихъ общественныхъ интересовъ, связанныхъ съ маркой, — поступать такъ крайне нецѣлесообразно и непослѣдовательно. Содержащіяся въ законѣ 1874 года правила объ условіяхъ регистраціи, устанавливая лишь полицейскія мѣры внѣшней благопристойности, имѣютъ въ виду совершенно не тѣ интересы, которыми вызванъ самый законъ о маркахъ; основными цѣлями послѣдняго должны быть: съ одной стороны,



охрана промышленной клиентелы промышленника от недобросовѣстныхъ на нее посягательствъ со стороны конкурентовъ, а съ другой, обезпеченіе для потребителя вѣрности показателей качества товаровъ, т. е. марокъ; ни той, ни другой цѣли регистрація марокъ, установленная закономъ 1874 года, не преслѣдуетъ, а потому позволительно усумниться въ томъ, что этотъ институтъ приносить существенную пользу германской промышленности.

Что касается технической стороны, то крупнымъ недостаткомъ германской регистраціи марокъ является децентрализація ея: центральный реестръ необходимъ, разъ законъ распространяетъ дѣйствіе права на марку, въ противоположность фирмѣ, на всю имперскую территорию.

II. Хотя возможность передачи права на марку и не выражена буквально въ законѣ 1874 года, но, по общему его смыслу необходимо заключить, что передача марки возможна, однако съ однимъ, весьма важнымъ, ограниченіемъ, а именно она можетъ имѣть мѣсто лишь при передачѣ фирмы, а слѣдовательно и предпріятія, такъ какъ фирма, въ свою очередь, не можетъ быть передана безъ предпріятія; въ виду той тѣсной связи, которую устанавливаетъ законъ 1874 года между фирмой и маркой, необходимо заключить, что марка — *res accessoria* фирмы (см. Kohler, указ. соч., стр. 230). Что касается основаній установленнаго закономъ ограниченія передачи марки лишь случаемъ перехода фирмы, за которой она первоначально была зарегистрирована, то ихъ, очевидно, надо видѣть въ стремленіи оградить потребителей, смотрящихъ на марку, какъ на показатель качества товара, отъ неприятныхъ разочарованій, почти неизбежныхъ для нихъ, если допустить переходъ марки безъ предпріятія, организаціей и личнымъ составомъ котораго и обусловлены, главнымъ образомъ, тѣ или другія свойства товара. Однако указанной полицейской мѣрѣ не слѣдуетъ придавать слишкомъ большое значеніе въ дѣлѣ охраны потребительскихъ интересовъ, такъ какъ законъ, запрещая промышленнику передавать безъ предпріятія право на марку, ничѣмъ однако не ограничиваетъ передачу фактическаго пользованія маркой; въ концѣ концовъ законъ 1874 года придаетъ доминирующее значеніе интересамъ предпринимателей, а не потребителей: такъ о передачѣ марки не дѣлается даже публикаціи.

III. Прекращеніе права на марку (законъ 1874 г. ст. 5) происходитъ во первыхъ, вслѣдствіе формальнаго отказа (необходимо заявленіе въ реестръ) отъ него лица управомоченнаго, а во вторыхъ, независимо желанія этого лица, судья обязанъ вычеркнуть марку изъ реестра: 1) когда изъ реестра вычеркнута та фирма, за

которой записана марка; 2) когда при переимѣнѣ фирмы, за которой записана марка, не будетъ сдѣлано заявленія объ удержаніи марки и для новой фирмы; 3) если со дня заявленія объ апроприаціи марки пройдетъ 10 лѣтъ и не будетъ сдѣлано заявленіе объ удержаніи марки, и 4) если судья замѣтитъ, что регистрація марки произведена съ нарушеніемъ 3 статьи закона 1874 года, т. е., если марка содержитъ въ себѣ государственный гербъ, соблазнительное изображеніе, или если марка состоитъ исключительно изъ буквъ или цифръ; въ послѣднемъ (4) случаѣ право на марку, какъ мы уже говорили, слѣдуетъ признавать никогда и не существовавшимъ. О прекращеніи права на марку дѣлается публикація въ „Reichsanzeiger“. Съ прекращеніемъ права на марку она дѣлается *res nullius*, такъ что всякій желающій можетъ апроприировать ее: германскій законъ не устанавливаетъ въ этомъ отношеніи ограниченій, дѣлаемыхъ ради охраны потребителей нѣкоторыми законодательствами, не требуетъ, чтобы извѣстное время послѣ прекращенія права на марку никто не могъ пользоваться ею.

B. Цивильная и уголовная защита права на марку. I. Законъ 1874 года даетъ обладателю права на марку для защиты его два цивильныхъ иска: однимъ изъ нихъ право на марку охраняется, какъ отъ намѣренныхъ (*dolus*), такъ и ненамѣренныхъ (*culpa, casus*) нарушеній, другимъ — лишь отъ первыхъ. Первый искъ устанавливаетъ 13-я статья закона, согласно которой всякій промышленникъ, обладающій правомъ на марку, можетъ предъявить къ нарушителю этого права искъ о томъ, чтобы послѣдній былъ объявленъ неимѣющимъ права пользоваться маркой истца или держать для продажи и пускать въ оборотъ товаръ подъ такой маркой („.... für nicht berechtigt erklärt werde, diese Bezeichnung zu gebrauchen . . . . . so bezeichnete Waaren in Verkehr zu bringen oder feilzuhalten“). Весьма многіе смотрятъ на этотъ искъ, какъ на преюдиціальнѣй, но совершенно ошибочно (см. Thöl, стр. 622—623; также Kohler стр. 329 и сл.), такъ какъ при преюдиціальнѣйшихъ искахъ требуется отъ истца доказательство наличности у него интереса въ искѣ, чего совершенно не нужно для возможности предъявленія иска по 13 ст. закона 1874 года; правильнѣе потому смотрѣть на этотъ искъ какъ на вещный, а именно, какъ на *actio negatoria in rem*, въ первоначальномъ ея видѣ (т. е. безъ требованія убытковъ).

Поводомъ къ иску, т. е. нарушеніемъ права на марку, какъ мы уже упоминали, должно считаться пользованіе маркой лишь для обозначенія товара: всякое иное пользованіе чужой маркой не составляетъ само по себѣ правонарушенія; но за то, съ другой стороны,



пользованіе чужой маркой съ нѣкоторыми измѣненіями, замѣтными лишь при внимательномъ изслѣдованіи, на основаніи 18 ст. закона 1874 г. должно считаться нарушеніемъ права на марку<sup>1)</sup>. Право на искъ, установленный 13-ю статьей, имѣетъ исключительно лишь обладатель права на марку и лишь въ то время, въ теченіе котораго онъ имъ обладаетъ.

Сознательное нарушеніе права на марку, кромѣ уголовной отвѣтственности, устанавливаетъ для виновнаго обязательство (*obligatio ex delicto*) вознаградить за вредъ и убытки, причиненные его дѣйствіями (законъ 1874 г., ст. 14); этотъ искъ можетъ быть предъявленъ какъ въ уголовномъ судѣ вмѣстѣ съ возбужденіемъ уголовного преслѣдованія, такъ и отдѣльно отъ послѣдняго, въ судѣ гражданскомъ (торговомъ). Право иска обладатель марки имѣетъ и тогда, когда самаго права на марку у него уже нѣтъ, если только у него было это право въ моментъ нарушенія. Только сознательное, т. е. намѣренное (*dolus*, а не *culpa*) нарушеніе влечетъ отвѣтственность за убытки; это, конечно, составляетъ важный недостатокъ закона, который Kohler старается устранить путемъ нѣсколько своеобразной конструкціи понятія умышеннаго правонарушенія: по его мнѣнію, повидимому раздѣляемому и судебной практикой, для признанія наличности умышеннаго правонарушенія достаточно, если виновный зналъ, что онъ присваиваетъ марку, которою пользуется другой: не требуется такимъ образомъ наличности признанія правонарушительности (см. Kohler указ. соч., стр. 355 и сл.); однако такой взглядъ не совсѣмъ согласенъ съ смысломъ закона и, кромѣ того, противорѣчитъ твердо уже установившимся понятіямъ о *dolus* и *culpa*, согласно съ каковыми понятіями тѣ дѣйствія, о которыхъ говоритъ Kohler, могутъ быть подведены подъ понятіе *culpa lata*, но никакъ не *dolus*.

16 статья закона, какъ бы умышенно, съ цѣлью придаванія большей важности, повторяетъ содержащееся уже въ общемъ уставѣ гражданского судопроизводства правило, что суду предоставляется право совершенно свободно, сообразуясь со всѣми обстоятельствами дѣла, разрѣшить вопросъ, какъ о наличности убытковъ, такъ и о размѣрѣ ихъ.

Вмѣстѣ съ присужденіемъ къ уплатѣ убытковъ судъ по просьбѣ истца предписываетъ уничтоженіе неправильной марки, а въ случаѣ надобности и самыхъ товаровъ, помѣченныхъ неправильной маркой (ст. 17).

Вмѣсто убытковъ истецъ можетъ просить о присужденіи пени, (*Busse*), размѣръ которой, опредѣляемый судомъ, не долженъ быть выше 5000 марокъ (ст. 15); нельзя не замѣтить, что максимум пени опредѣленъ слишкомъ низко: въ дѣйствительности присвоеніе чужой марки можетъ причинять громадныя, иногда даже почти неисчислимыя, убытки (см. Kohler, стр. 363). Присужденіе пени исключаетъ возможность иска объ убыткахъ.

II. Что касается уголовной охраны, то ее устанавливаетъ 14 статья, на основаніи которой: кто сознательно снабдитъ свой товаръ или его упаковку маркой, право на которую принадлежит, согласно закону 1874 г., другому лицу, или кто станетъ подъ такой маркой пускать товаръ въ оборотъ или держать его для продажи, — тотъ подвергается штрафу отъ 150 до 3000 марокъ или тюремѣ до 6 мѣсяцевъ. *Cognus delicti* — снабженіе товара неправильной маркой съ цѣлью продажи такого товара; наличность имущественнаго вреда не требуется. По просьбѣ потерпевшаго судъ можетъ разрѣшить ему напечатать обвинительный приговоръ, на счетъ виновнаго въ газетахъ (ст. 17).

Право возбужденія уголовного преслѣдованія принадлежитъ исключительно обладателю нарушеннаго права на марку: не говоря уже о потребителѣ, уголовное преслѣдованіе, въ противоположность французскому праву, не можетъ возбудить и прокуратура.

Таковы судебныя средства защиты права на марку; охранительныхъ полицейскихъ мѣръ нѣмецкій законъ совершенно не знаетъ.

Г. *Охрана интересовъ потребителей.* И въ этомъ отношеніи, какъ и во многихъ другихъ, германское законодательство неудовлетворительно. Хотя нѣмецкіе юристы и замѣчаютъ иногда (см. Endemann, „*der Markenschutz*“, стр. 2), что, охраняя предпринимателей законъ 1874 г. тѣмъ самымъ охраняетъ и потребителей, но этимъ замѣчаніямъ не слѣдуетъ придавать большаго значенія, такъ какъ забота о потребительскихъ интересахъ не отражается ни въ одной статьѣ этого закона: права возбужденія уголовного преслѣдованія потребитель не имѣетъ; право его на цивильный искъ закономъ 1874 года не укрѣпляется; полицейскихъ мѣръ также нѣтъ, и даже запрещеніе передавать право на марку безъ предпріятія не можетъ имѣть существеннаго значенія для потребителя, такъ какъ законъ не запрещаетъ передачу фактическаго пользованія маркой.

Двумя изложенными институтами, правомъ на фирму и правомъ на марку, и исчерпывается<sup>1)</sup> охрана промышленной клиентелы въ Гер-

<sup>1)</sup> Кромѣ тѣхъ, немногихъ случаевъ, когда посягательство на промышленную клиентелу содержитъ въ себѣ нарушеніе другихъ правовыхъ институтовъ.

<sup>1)</sup> См. также рѣшеніе въ Goldschmidt's Zeitschrift. 1893, стр. 216.



маніи; нечего и говорить, что подобной охраны недостаточно, особенно еще въ виду того, что догма названныхъ институтовъ сильно проiakнута излишнимъ формализмомъ, крайне умалющимъ ихъ практическое значеніе. Между прочимъ, что касается марки, то судебная практика признала, что единственнымъ и исключительнымъ источникомъ правилъ для разрѣшенія юридическихъ отношеній, возникающихъ по поводу марокъ, является законъ 1874 года: такъ что для тѣхъ мѣстностей, гдѣ существовала болѣе удачная нормировка этихъ отношеній, напримѣръ, въ Эльзасѣ-Лотарингіи, этотъ законъ явился значительнымъ шагомъ назадъ (см. интересный случай въ названной уже нами статьѣ Otto Mayer'a, *Du conflit des lois etc.*); *action en concurrence déloyale* признана возможной лишь при наличности условій *actio doli* (см. рѣш. Брауншвейгскаго суда въ *Goldschmidt's Zeitschr.* 1890, стр. 160). Въ виду такого положенія, — можно сказать, весьма печальнаго, такъ какъ число случаевъ посягательства на клиентелу, влекущихъ отвѣтственность, несравненно меньше числа остающихся безнаказанными, — нѣтъ ничего удивительнаго, если германскіе юристы всѣми правдами и неправдами стараются добыть изъ своей законодательной системы какое-нибудь общее средство для охраны промышленной системы. Такое именно значеніе имѣетъ конструкція „индивидуальнаго“ права Kohler'a: о недостаткахъ теоретическихъ основаній и нѣкоторыхъ противорѣчій этой конструкціи мы имѣли уже случай говорить, что же касается положительныхъ ея основаній, то мы, оставляя этотъ вопросъ, укажемъ на цитированное нами сочиненіе Katz'a, гдѣ имѣется подробное изслѣдованіе значенія этихъ основаній, въ особенности же силы и значенія тѣхъ судебныхъ рѣшеній, на которыхъ Kohler строитъ свою теорію права на индивидуальность<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Изъ разбора Katz'a невольно приходишь къ заключенію, что Kohler сторонникъ принципа «цѣль оправдываетъ средства», до того произвольно толкуются имъ судебныя рѣшенія.

## ГЛАВА ПЯТАЯ.

### Охрана промышленной клиентелы въ русскомъ правѣ.

Современное русское законодательство по частному торговому праву, основанное въ большинствѣ случаевъ на законодательныхъ актахъ начала этого столѣтія, мало соотвѣтствуетъ настоящему положенію русской промышленности, общественное значеніе которой весьма велико, чему доказательствомъ и подтвержденіемъ можетъ служить цѣлый рядъ законодательныхъ мѣръ, предпринятыхъ въ послѣднее время ради охраны русской промышленности отъ иностранной конкуренціи, а также обширное тарифное и желѣзнодорожное законодательство, стремящееся къ созданію возможно болѣе благопріятнаго положенія для развитія русской торговли. Поэтому, пересмотръ старыхъ и изданіе новыхъ законовъ по вопросамъ частнаго торговаго права является, такъ сказать, очередною задачею правительства, ясно это сознающаго и приготавлиющаго или уже приготовившаго мною законодательныхъ проектовъ по этимъ вопросамъ: составленъ проектъ торговой регистраціи, проектъ закона о торговой несостоятельности, о фабричныхъ и торговыхъ маркахъ и т. п.; предполагается въ ближайшемъ будущемъ пересмотръ вексельнаго устава, законовъ о привилегіяхъ на изобрѣтенія и т. п. Такимъ образомъ, съ полнымъ правомъ можно утверждать, что русское законодательство по вопросамъ частнаго торговаго права стоитъ на порогѣ къ дѣлу. Въстѣ съ тѣмъ однако надо сознаться, что оно слишкомъ ужъ долго не переступаетъ этого порога; между тѣмъ быстрота необходима, такъ какъ само собой понятно, что вслѣдъ за изданіемъ отдѣльныхъ законодательныхъ актовъ, предстоитъ еще обширная работа объединенія ихъ въ стройное и органическое цѣлое, предстоитъ еще кодификація торговаго законодательства.

Съ дѣятельностью правительства конкурируетъ дѣятельность общества: по частному торговому праву у насъ имѣются уже болѣе или менѣе полные учебники и монографіи, журнальныя статьи и замѣтки, а также сборники судебныхъ рѣшеній<sup>1)</sup> и коммен-

<sup>1)</sup> Туръ, Вильсонъ, Мартенсъ. Практика С. П. Б. Коммерч. Суда. 1872 — 81 г.г. Носенко. Сборникъ рѣшеній 4-го Д-та и Общ.хъ Собраній Правит. Сената по дѣламъ Коммерческихъ Судовъ Имперіи. *Пущинъ*. Практика Одесскаго Коммерч. Суда за 1877 г.



таріи дѣйствующаго права<sup>1)</sup>; въ ученыхъ обществахъ нерѣдко читаются доклады и рефераты и т. п. Однако и здѣсь приходится отмѣтить одинъ весьма крупный недостатокъ: у насъ нѣтъ ни одного сборника обычнаго торговаго права<sup>2)</sup>, безъ чего почти невозможно, при неполнотѣ законодательства, созданіе самостоятельной науки русскаго торговаго права<sup>3)</sup> (см. *Гольмстенъ. Настоящее и будущее науки русскаго торговаго права. Юридич. лѣтопись 1891 г. № 12*).

Таковы въ настоящее время общія условія частнопредназначеннаго торговаго законодательства: въ общемъ онѣ далеко не такъ благоприятны, чтобы можно было въ ближайшемъ будущемъ ожидать безупречныхъ торговыхъ законовъ.

Въ частности-же, по поводу изслѣдуемаго нами института: приходится указать еще на нѣкоторыя неблагоприятныя обстоятельства. Что охрана промышленной клиентелы въ дѣйствующемъ русскомъ законодательствѣ поставлена крайне неудовлетворительно, въ этомъ согласны всѣ, и, какъ мы говорили, уже составлены проекты новыхъ законовъ о фирмахъ и маркахъ, т. е. о двухъ главныхъ видахъ средствъ промышленной извѣстности; затѣмъ, вѣроятно, послѣдуютъ законы и о другихъ средствахъ промышленной извѣстности. вмѣстѣ съ тѣмъ однако приходится отмѣтить почти полное отсутствіе литературы по этому вопросу, которая могла бы способствовать болѣе удачному составленію законодательныхъ проектовъ, въ особенности же, литературы, которая могла бы дать законодателю матеріалъ для критической оцѣнки иностраннаго законодательства, которое, вѣроятно, — при отсутствіи обычнаго права и въ виду малаго значенія нашей торго-

<sup>1)</sup> Изданіе Торговаго Устава г. Носенко, а также *Мартенсъ*, Опытъ комментарія русскаго торговаго права на основаніи рѣшеній судебныхъ мѣстъ Россійской Имперіи С. П. Б. 1880.

<sup>2)</sup> Несмотря на то, что имѣется статья закона, возлагающая составленіе этого сборника на Биржевые Комитеты.

<sup>3)</sup> Цитовичъ (*Учебникъ торговаго права*, вып. I-й 1891 г. стр. 31, примѣч. 2) говоритъ: «При такомъ состояніи нашего торговаго законодательства, довольно трудная задача составить курсъ *русскаго* торговаго права, хотя бы и практической, тѣмъ болѣе, что и русскіе торговые обычаи — тоже больше предметъ пожеланій и нареканій. Нѣсколько своеобразенъ одинъ способъ — имѣть «русское» торговое право и вмѣстѣ обиліе русскіхъ торговыхъ обычаевъ. Способъ повидимому слѣдующій: считать русскими нѣмецкіе обычаи и постановленія германскаго торговаго кодекса, «по близости Германіи къ Россіи»; Башиловъ, *Русское торговое право, Практическій курсъ*. Выпускъ I-й стр. 22 т. 23. Пользоваться иностраннымъ правомъ, конечно, неизбежно; иначе — пришлось бы излагать не столько торговое право, а скорѣе торговое безправіе, въ его «правоотношеніяхъ», предусмотрѣнныхъ въ улож. о наказ.; но пользоваться открыто, не выдавая иноземнаго за свое».....

вой судебной практики<sup>1)</sup>, — послужить главнымъ источникомъ проектируемыхъ законодательныхъ нормъ. Русская литература по данному вопросу крайне бѣдна, такъ что, пропуская мелкія газетныя замѣтки, мы можемъ указать только двѣ статьи (очень небольшія): 1) Колумбусъ. Фирмы по нашимъ торговымъ законамъ (*Журн. гражд. и уголовн. права*, 1882 г. № 1), и 2) статью неизвѣстнаго автора въ *Юрид. Лѣтоп.* 1892 г. № 1: «Охраняется ли право на фирму нашимъ закономъ?» Къ этому, пожалуй, еще можно прибавить статью Ржондковскаго (имѣющую, собственно, своимъ предметомъ вообще торговую регистрацію) въ *Юридич. Вѣстн.* за 1883 г. №№ 10 и 11-й: «Замѣчанія на предварительный проектъ положенія о торговой записи». Это и все. Конечно, всякій согласится, что такая литература не можетъ дать точку опоры для законодателя, что онъ предоставляется своимъ силамъ. Мы не знаемъ содержанія проекта закона о маркахъ, но что касается проекта регистраціи, то онъ составленъ (г. Туромъ) уже очень давно, былъ на заключеніи какъ судебного персонала, такъ и разныхъ юридическихъ обществъ, и въ общемъ представляетъ копію съ правилъ о регистраціи, изложенныхъ въ Германскомъ торговомъ уложеніи, со всѣми ихъ недостатками и достоинствами; но, повидимому, проекту Тура не суждено осуществиться: новый проектъ<sup>2)</sup> торговой регистраціи осно-

<sup>1)</sup> Цитовичъ (*locus citato*) продолжаетъ: «Что касается судебной практики, здѣсь любопытно одно: при всей ихъ внимательности, нашимъ комментаторамъ (Носенко и Мартенсъ) удалось объяснить рѣшеніями Сената сравнительно незначительное количество статей; повидимому судятся главнымъ образомъ приказчики съ хозяевами, да разныя личности въ видѣ повѣренныхъ и комиссіонеровъ; затѣмъ довольно обиліная практика по пререканіямъ о подсудности, чѣмъ объясняется значительное количество объясненій къ ст. 42—46 Уст. Судовр. Торг. (у Носенко)».

<sup>2)</sup> См. статью въ «Новомъ Времени» № 6461 (1894 г.). «Проектъ торговой регистраціи». Регистрація поступаетъ въ вѣдѣніе Министерства Финансовъ и будетъ введена его органами (отдѣленіями Государственнаго Банка). Умѣстно поэтому пожелать, чтобы юридическая сторона дѣла была хорошо выяснена. Между прочимъ, интересенъ тонъ этой статьи; въ окончаніи говорится: «Въ своихъ предположеніяхъ комиссія не имѣла намѣренія заутратить русскую торговлю и промышленность въ узловатыхъ петляхъ фальшивыхъ фирмъ, сроковъ простыхъ и поверстныхъ, публикацій, увѣдомленій, донесеній, указаній, вызововъ, повѣстокъ, «сопротивленій», постановленій, обжалованій, протоколовъ, штрафовъ и всякихъ иныхъ, столь же пестрыхъ, какъ и тщетныхъ учиненій». Это была бы не торговая регистрація, а бѣшенная рубашка; ни удобіе, ни полезіе рубашка не станетъ оттого, что ее сшили по готовой, но до уродства испорченной модели, вывезенной прямо съ набережной Шпрее; нѣсколько выше говорится: «...въ предположеніяхъ комиссія, руководящей нитью, проходитъ мысль: охранить русскую торговлю и промышленность отъ празднаго хожденія и безцѣльнаго производства въ судебныхъ или въ иныхъ присутственныхъ мѣстахъ: для записи не нужны услуги ходатай всѣхъ мастей и наименованій».



ванъ на совершенно иныхъ началахъ. Въ виду подобнаго примѣра замѣны одного, совершенно готоваго, проекта другимъ, трудно, конечно, сказать, какого содержанія законы будутъ изданы въ концѣ концовъ для охраны промышленной клиентелы. Въ интересахъ русской промышленности, мы, съ своей стороны, должны высказать пожеланіе, чтобы институтъ права промышленной клиентелы былъ регламентированъ, во всей его полнотѣ и во всемъ его многообразіи, сразу однимъ законодательнымъ актомъ (подобно тому, какъ это сдѣлано съ институтомъ литературной собственности), а не изданіемъ отдѣльныхъ законовъ по поводу того или другаго средства промышленной извѣстности; только такимъ способомъ возможно созданіе стройнаго и могущаго дѣйствительно принести промышленности громадную пользу института права промышленной клиентелы. Вмѣстѣ съ тѣмъ умѣстно пожелать, чтобы законодатель обратилъ свое вниманіе на тотъ богатый, полный жизни, матеріаль, который содержитъ въ себѣ по этому вопросу французское право, главнымъ образомъ, конечно, въ положеніяхъ судебной практики по поводу *concurrence déloyale*<sup>1)</sup>.

### I. Общее положеніе гражданской охраны промышленной клиентелы въ русскомъ правѣ.

Положительное русское право, подобно германскому, совершенно не знаетъ института права промышленной клиентелы, или — какъ онъ выразился во Франціи — института свободной конкуренціи. Для этого у насъ не было и нѣтъ необходимыхъ политико-экономическихъ условій: въ историческомъ ходѣ русской промышленности не было той рѣзкой смѣны принудительнаго режима свободнымъ, которая имѣла мѣсто во Франціи и которая, именно, и обусловила тамъ возможность развитія судебной практики *concurrence déloyale*; русская экономическая политика никогда не мѣняла рѣзко общаго своего направленія, именно, направленія нѣсколько покровительственнаго, начало которому положено еще политикой Петра Великаго. Раздѣляя въ этомъ не-

<sup>1)</sup> Что касается германскаго права, то оно, какъ всякій это могъ видѣть изъ предшествующихъ главъ, въ этомъ вопросѣ гораздо слабѣе французскаго, а потому и заимствованія изъ него (за исключеніемъ правилъ о фирмахъ) представляются нежелательными. Несмотря на это, у насъ все-таки есть сторонники германскаго права: Цитовичъ (указ. соч. стр. 63, примѣч. 1) и Шершеневичъ (Курсъ торговаго права т. I, вып. 3-й 1888 г. стр. 338) называютъ весьма неудовлетворительный германскій законъ 1874 г. о маркахъ «образцовымъ».

достаткѣ института права промышленной клиентелы судьбу нѣкоторыхъ европейскихъ законодательныхъ системъ, русское законодательство отличается однако отъ нихъ въ томъ невыгодномъ отношеніи, что оно не обладаетъ такимъ правовымъ средствомъ, наличность котораго позволяла бы, хотя въ будущемъ, надѣяться на развитіе этого института. Дѣло въ томъ, что 684 статья десятаго тома, вполне соответствующая 1382 art. du Code Civ., далеко не имѣетъ надлежащаго значенія, въ силу нѣкоторыхъ процессуальныхъ особенностей: <sup>1)</sup> для возможности примѣненія этой статьи необходимо доказать, какъ наличность, такъ и цифру убытковъ, и притомъ, хотя оцѣнка доказательствъ принадлежитъ вообще свободному усмотрѣнію суда, гражданскій кассационный департаментъ Правительствующаго Сената неоднократно разъяснялъ, что наличность и цифра убытковъ должны быть доказаны *точно* (см. Боровиковскій. Законы гражданскіе. Объясненія къ 684 ст. § 6: „голословно опредѣляемая цифра убытковъ не можетъ быть присуждена, хотя-бы судъ „по внутреннему убѣжденію“ находилъ требованіе истца „умѣреннымъ“ <sup>2)</sup>). Это требованіе точности создаетъ для истца крайне тяжелое положеніе, ибо въ громадной массѣ случаевъ убытковъ точнаго доказательства цифры ихъ и быть не можетъ. На этотъ недостатокъ нашего права, особенно осязаемый при производствѣ въ коммерческихъ судахъ, гдѣ отказъ въ искѣ влечетъ за собой 5-процентную пеню, уже давно указывали (см. *Мальшевъ* Курсъ гражданскаго судопроизводства 1874 г. т. I стр. 271) Къ нашей юриспруденціи поэтому вполне примѣнимо то, что Герингъ (Борьба за право, стр. 68. Пер. Волкова) говоритъ, про германскую: „Второе изъ... заблужденій новой юриспруденціи состоитъ въ

<sup>1)</sup> 684 ст. т. X ч. I: «Всякій обязанъ вознаградить за вредъ и убытки, причиненные кому либо его дѣяніемъ или упущеніемъ, хотя-бы сіе дѣяніе или упущеніе и не составляли ни преступленія, ни проступка, если только будетъ доказано, что онъ не былъ принужденъ къ тому требованіями закона, или правительства, или необходимою личною обороною, или же стеченіемъ такихъ обстоятельствъ, которыхъ онъ не могъ предотвратить». По толкованію этой статьи составила уже дѣлая литература. Мы, съ своей стороны, присоединяемся къ тому мнѣнію, которое для примѣненія этой статьи требуетъ наличности правонарушенія. См. *Горенбергъ*. «Принципъ гражданской отвѣтственности за вредъ и убытки, причиненные недозволенными дѣйствіями». Юрид. Лѣтопись. 1892 г. № 8—9, стр. 97—116.

<sup>2)</sup> Рѣшеніе № 370-й 1876 г.; въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ Сенатъ высказываетъ болѣе благопріятствующія положенія: «если возраженій нѣтъ, то заявляемая истцомъ цифра можетъ быть присуждена какъ «неоспоренная отвѣтчикомъ»: въ подобныхъ случаяхъ «молчаніе» отвѣтчика равносильно «признанію» (тамъ-же, рѣш.: 1878 г. № 136 и 1872 г. № 637); въ Коммерческихъ Судахъ возможно доказательство цифры присягой (306 ст. Уст. Судопр. Торг. изд. 1893 г.).



принятой ею теоріи доказательствъ. Можно подумать, что она изобрѣтена именно съ той цѣлью, чтобы исказить право. Если бы всѣ должники всего свѣта поклялись уничтожить право своихъ вѣрителей, то они для этой цѣли не нашли бы болѣе дѣйствительнаго средства, какъ то, которое открыла наша юриспруденція своей теоріей доказательствъ. Никакой математикъ не можетъ придумать болѣе точнаго метода доказательствъ, чѣмъ тотъ, который примѣняетъ наша юриспруденція. Высшей степени непониманія она достигаетъ въ процессахъ за вредъ и убытки. Ужасающій беспорядокъ, который здѣсь, употребляя выраженіе римскаго юриста, „производится самимъ правомъ“, и благодѣтельный контрастъ, представляемый французскими судами, такъ ярко выставленъ во многихъ новыхъ сочиненіяхъ, что я могу воздержаться отъ дальнѣйшихъ словъ, только одного я не могу не сказать: горе при этомъ истцу и благо отвѣтчику“. Пока будетъ существовать такое положеніе, конечно, нечего и думать о правильной охранѣ промышленной кліентелы, гдѣ убытки почти никогда невозможно доказать въ точной цифрѣ. Между прочимъ, отсутствіе охраны промышленной кліентелы и въ современномъ русскомъ правѣ надо приписать именно этому судейскому отношенію къ доказательствамъ цифры убытковъ: при всей неполнотѣ нашего законодательства изъ него все-таки могутъ быть добыты положенія, указывающія, что тотъ или другой способъ присвоенія чужой кліентелы (присвоеніе, на примѣръ, чужаго гражданскаго имени или фирмы, присвоеніе марки) составляетъ правонарушеніе, но борьба съ подобнымъ правонарушеніемъ невозможна, такъ какъ точно установить цифру причиняемыхъ имъ убытковъ невозможно; именно, послѣднимъ обстоятельствомъ приходится объяснять тотъ фактъ, что наша судебная практика совсѣмъ почти не даетъ матеріала по вопросамъ права промышленной кліентелы: всѣ извѣстныя судебныя рѣшенія по этимъ вопросамъ можно пересчитать по пальцамъ.

## II. Спеціальные случаи охраны промышленной кліентелы въ дѣйствующемъ русскомъ правѣ.

### А. Право на фирму.

Наше законодательство, незнающее<sup>1)</sup>, собственно говоря, института фирмы, какъ особаго, отличнаго отъ гражданскаго, торго-

<sup>1)</sup> Подобно французскому законодательству въ XI т. Св. Зак. можно найти лишь нѣсколько правилъ по поводу названій торговыхъ товариществъ.

ваго имени, самое слово „фирма“ употребляетъ съ весьма разнообразнымъ значеніемъ: 1) такъ изъ 164 ст.<sup>1)</sup> Устава Судопр. Торг. (изд. 1893 г.) и соответствующихъ ей въ Уст. Гражд. Судопр. статей 220 и 221, а также изъ 620 ст. Уст. Торг. и изъ нѣкоторыхъ статей Уст. о пошл. за право торг., надо заключить, что фирма есть синонимъ торговаго предпріятія или его главнаго отдѣленія. Такое пониманіе слова „фирма“, между прочимъ, очень распространено среди купцовъ, которые для понятія торговаго предпріятія безразлично употребляютъ слова: „торговля“, „дѣло“, „фирма“ и т. п.; постепенно это метафорическое (pars pro toto) употребленіе слова фирмы вошло и въ офиціальныи языкъ; поэтому, на примѣръ, договоръ товарищества иногда называется „фирменнымъ договоромъ“ (см. напр. рѣшеніе Кассац. Гр. Д-та 1882 г. № 100); наконецъ, въ одномъ рѣшеніи 4 Д-та Сената (1873 г. № 985, см. Сборникъ Носенко т. II. по дѣлу кн. Долгоруковой съ торг. домомъ „Скарамангъ и К<sup>о</sup>“) положительно разъясняется, что, „подъ фирмой . . . слѣдуетъ разумѣть тотъ органъ, представитель торговаго дома, посредствомъ котораго товарищество производитъ свои торговныя операціи и отправляетъ свою юридическую дѣятельность“<sup>2)</sup>. Что такое словоупотребленіе неправильно, ясно, конечно, само собой, равно какъ и то, что оно вноситъ путаницу въ пользованіе техническими юридическими терминами (см. Шершеневичъ. Курсъ торговаго права, вып. 1, стр. 122; Цитовичъ, указ. соч. стр. 61—62, примѣч. 4). 2) Довольно часто въ законѣ употребляется слово „фирма“ въ смыслѣ названія торговаго дома, т. е. полнаго или командитнаго торговаго товарищества; на примѣръ: въ примѣчаніи къ 69 ст. Торг. Устава, въ 46 ст. Устава Спб. биржи, 1200 и 1201 ст. Улож. о нак. и др. 3) Наконецъ, слово „фирма“ употребляется иногда и въ настоящемъ его значеніи, т. е. въ смыслѣ особаго отъ гражданскаго, торговаго, имени; напр.: въ Вексельн. Уст. ст. 2 п. 5, ст. 3 п. 1, въ Уст. Торг. ст. 143 и др.

<sup>1)</sup> 164 ст. Уст. Торг. Судопр.: «Мѣстомъ жительства и пребыванія торговаго товарищества по дѣламъ, до цѣлаго товарищества касающимся, считается то мѣсто, въ которомъ находится его фирма».

<sup>2)</sup> Нѣсколько иначе понимаетъ фирму 2-ое Общее Собраніе Сената (по д. Чепелевецкаго съ Лебедевымъ см. замѣтку Ржондковскаго: «Два случая изъ торгово-судебной практики». Юрид. Вѣсти. 1891 г. Сентябрь, стр. 133 и слѣд.): «фирма должна быть разсматриваема, какъ коммерческое учрежденіе, успѣвшее заслужить извѣстную репутацію среди покупателей, имѣющее извѣстный, большаго или меньшаго объема, кругъ покупателей, а потому и имѣющее ту или другую денежную стоимость». Здѣсь вполнѣ правильно указывается на вещный характеръ фирменнаго права.



Однако гораздо большее значение имѣютъ тѣ статьи, въ которыхъ не упоминается самое слово „фирма“, но изъ которыхъ тѣмъ не менѣе можно почерпнуть нѣкоторыя правила относительно ея юридическаго положенія; такое значение имѣютъ нѣкоторыя статьи Торговаго Устава относительно фирмы торговыхъ домовъ, т. е. полного или коммандитнаго торговыхъ товариществъ, и первой части десятаго тома Свода Законовъ относительно фирмы акціонерной компаніи.

71 статья Торговаго Устава (изд. 1893 г.) говоритъ: „Товарищество полное составляется изъ двухъ или многихъ товарищей, положившихъ за-едино торговать *подъ общимъ названіемъ всѣхъ*. Оно называется торговымъ домомъ, *подъ ихъ именемъ*“. Это „общее названіе всѣхъ“ (товарищей) вполнѣ соотвѣтствуетъ термину французскаго законодательства „*raison sociale*“, которую законъ опредѣляетъ какъ „*nom collectif des associés*“, и можетъ служить, такимъ образомъ, легальнымъ опредѣленіемъ фирмы полного торговаго товарищества. То же значеніе для коммандитнаго товарищества имѣетъ 81 статья Торговаго Устава: „Товарищество на вѣрѣ составляется изъ одного или многихъ товарищей, приобщеніемъ одного или многихъ вкладчиковъ, которые ввѣряютъ первымъ для торга извѣстныя суммы своихъ капиталовъ въ большемъ или меньшемъ количествѣ. Оно называется торговымъ домомъ, *подъ именемъ товарищей и компаніи*“ (т. е. компаніи вкладчиковъ). Здѣсь очень хорошо выражено понятіе фирмы коммандитнаго товарищества, какъ такого имени, которое одновременно обозначаетъ и совокупность полныхъ товарищей и совокупность вкладчиковъ<sup>1)</sup>. Что касается опредѣленія фирмы акціонерныхъ товариществъ и обществъ (какъ торговыхъ, такъ и не торговыхъ: см. 87 ст. Уст. Торг.), то его мы находимъ въ 2148 ст. I ч. X т. „каждая компанія должна быть учреждаема *подъ опредѣлительнымъ именованіемъ, отъ предметовъ или свойствъ ея предпріятія заимствованнымъ*“ (см. также 2191 ст.).

Вышеприведенныя статьи не только опредѣляютъ понятіе фирмы полного, и коммандитнаго товарищества, но имѣютъ съ тѣмъ намѣчаютъ и составные ея элементы: такъ изъ 71 ст. Торг. Уст. надо заключить, что фирма полного товарищества долж-

<sup>1)</sup> Мы уже имѣли случай говорить, что фирма коммандитнаго товарищества есть имя полного товарища и какъ такового, и какъ представителя юридическаго лица (совокупности вкладчиковъ).

на<sup>1)</sup> состоять изъ именъ полныхъ товарищей и словъ „торговый домъ“; фирму коммандитнаго товарищества составляютъ, на основаніи 81 ст. Торг. Уст.: 1) слова „торговый домъ“; 2) имена полныхъ товарищей, и 3) слова „и компанія“; наконецъ, на основаніи 2148 ст., I ч., X т., фирма акціонерной компаніи должна быть заимствована отъ предметовъ или свойствъ предпріятія, она должна быть „опредѣлительнымъ именованіемъ“. Эти требованія закона санкціонируются 1197 статьей<sup>2)</sup> Уложенія о наказаніяхъ, которая говоритъ: „за открытіе какого-либо торговаго общества, товарищества или компаніи безъ разрѣшенія правительства или безъ соблюденія предписанныхъ закономъ для сего правилъ, виновный, сверхъ закрытія того учрежденія, подвергается денежному взысканію не свыше пяти-сотъ рублей“. Согласно этой статьѣ должно быть наказуемо: 1) открытіе товарищества безъ разрѣшенія правительства и 2) несоблюденіе при открытіи товарищества „предписанныхъ закономъ для сего правилъ“, и намъ думается, что къ числу ихъ надо отнести и правила о составѣ фирмы. Что же касается собственно акціонерныхъ компаній, то, въ виду того, что уставы ихъ утверждаются Высочайшей властью, можно быть увѣреннымъ въ соблюденіи 2148 ст., I ч., X т.

Образованіе торговыхъ товариществъ подлежитъ обязательной регистраціи, причемъ, конечно, регистрируется и фирма. Порядокъ этой регистраціи опредѣляется въ 67, 68, 69, 70, 80 и 86 статьяхъ Устава Торговаго, нарушеніе которыхъ влечетъ за собой послѣдствія, опредѣляемыя той же 1197 статьей Уложенія. На основаніи 67 статьи лица, открывающія торговый домъ на правилахъ товарищества полного или на вѣрѣ, обязаны внести въ Городскую Управу (или соотвѣтствующее оной городское управленіе, а въ городахъ С.-Петербургѣ, Москвѣ и Одессѣ въ Купеческую Управу, выписку изъ своихъ взаимныхъ постановленій о товариществѣ и оповѣстить о томъ купечество не-

<sup>1)</sup> Обѣ статьи (71 и 81) Торговаго Устава вмѣсто словъ „должно называться“ говорятъ „называется“ (Ст. 71-я: „оно *называется* торговымъ домомъ *подъ ихъ именемъ*“; ст. 81-я: „оно *называется* торговымъ домомъ, *подъ именемъ товарищей и компаніи*“, но относительно подлиннаго смысла не можетъ быть сомнѣній: всякій согласится, что легальный текстъ, хотя бы онъ былъ выраженъ и въ изъявительномъ наклоненіи, всегда имѣетъ императивное значеніе; кромѣ того, нашъ взглядъ подтверждается еще и аналогіей съ 2148 ст., I ч., X т.

<sup>2)</sup> Изъ 69-й статьи Уст. Торговаго можно съ перваго взгляда думать, что *подъ* 1197 статью Уложенія можетъ быть подведено только нарушеніе 67 и 68 статей Торговаго Устава; но статья Уложенія не подтверждаетъ этого ограниченія.



чатными листами. На осн. 68 статьи въ этой выпискѣ должны быть означены: 1) родъ товарищества, полного или на вѣрѣ; 2) имя, отчество, прозваніе, жительство и званіе всѣхъ товарищей (т. е. полныхъ) и тѣхъ вкладчиковъ, которые сами того пожелаютъ; 3) подпись и печать тѣхъ товарищей, которые уполномочены непосредственно править и распоряжаться дѣлами; 4) количество капитала составленнаго товарищами, а также капитала, вносимымъ каждымъ вкладчикомъ. Эти два условія являются существенными частями регистраціи и имѣютъ конститутивное значеніе. Затѣмъ, на основаніи 70 ст. указаннаго регистраціоннаго учрежденія, по окончаніи каждаго года, представляютъ въ Департаментъ Торговли и Мануфактуръ вѣдомости о торговыхъ домахъ „въ той подробности, съ какою сами извѣщены“. Нѣкоторыя Купеческія Управы иногда сами издають справочныя книги: такъ ежегодно издается „справочная книга о купцахъ города С.-Петербурга“.

Таковъ внѣшній порядокъ регистраціи. Существенными ея элементами является: 1) представленіе выписки изъ договора, и 2) оповѣщеніе купечества печатными листами, являющееся своеобразнымъ видомъ публикаціи<sup>1)</sup>. Какъ въ выпискѣ, такъ и въ повторяющемъ тѣ же свѣдѣнія оповѣщеніи должна содержаться та подпись, которой будутъ подписываться обязательства товарищества, т. е. фирменная; притомъ эта подпись должна быть собственноручно сдѣлана тѣми товарищами, которые будутъ непосредственно править и распоряжаться дѣлами товарищества, т. е. полными товарищами. Наличностью собственноручной подписи устанавливаемая закономъ оповѣщенія отличаются отъ разнаго рода проспектовъ, рекламъ и всякихъ другихъ объявленій, употребленіе которыхъ широко развито въ промышленной жизни.

Что касается обязанностей регистрирующихъ органовъ, городскихъ и купеческихъ Управъ, то онѣ опредѣляются инструкціями и распоряженіями Министерства Финансовъ, подчиненными органами котораго названнаго учрежденія состоятъ въ данномъ случаѣ. Мы не знаемъ распоряженій по этому предмету Министерства Финансовъ, но просматривая справочныя книги, издаваемыя С. П. Б. Купеческой Управой, можно видѣть, что требованія закона относительно состава фирмъ далеко не всегда исполняются: такъ далеко не всѣ товарищества содержатъ въ фирмѣ слова „торговый домъ“, что, по нашему мнѣнію, обязательно требуется

<sup>1)</sup> Что касается уставовъ акціонерныхъ товариществъ, то они цѣликомъ печатаются въ собраніи узаконеній и распоряженій правительства.

закономъ; затѣмъ, часто въ фирмѣ содержатся имена не полныхъ товарищей, а какихъ то другихъ лицъ, бывшихъ, вѣроятно, раньше во главѣ предпріятія; этого не должно быть, такъ какъ въ фирму могутъ входить только гражданскія имена дѣйствительныхъ полныхъ товарищей, а не бывшихъ, и переходъ фирмы одного товарищества на другое, какъ мы увидимъ ниже, недопускается; наконецъ, можно встрѣтить и исключительно предметныя фирмы, безъ-именныя фирмы, чего не должно быть, такъ какъ законъ положительно требуетъ, чтобы фирма была именной<sup>1)</sup>. Въ виду этого врядъ-ли мы ошибемся, если скажемъ, что дѣятельность нашихъ регистрирующихъ учреждений совершенно пассивна; между тѣмъ въ ихъ распоряженіи находится одно, весьма дѣйствительное, средство, пользуясь которымъ весьма не трудно заставить купцовъ соблюдать во всей полнотѣ правила регистраціи, установленныя закономъ. Купеческія Управы и имъ подобныя учрежденія, въ случаѣ образованія товарищества, выдавая торговья свидѣтельства, помѣчаютъ на нихъ, что такой то купецъ торгуетъ подъ фирмою „торговый домъ М.М.“; несомнѣнно, что за этими учрежденіями необходимо признать право (и даже обязанность) отказать какъ въ выдачѣ свидѣтельства, такъ и въ учиненіи на немъ означенной надписи въ томъ случаѣ, если несоблюдены всѣ законныя требованія (жалобы на это подаются въ Д-тъ Торговли и Мануфактуръ). Башиловъ указываетъ<sup>2)</sup>, что такъ именно и поступаютъ Купеческія управы въ тѣхъ случаяхъ, когда вносится фирма, однозвучная съ существующими уже фирмами; но подобный пріемъ въ послѣднемъ случаѣ какъ разъ и нельзя признать согласнымъ съ закономъ, который нигдѣ не высказываетъ требованія, чтобы фирмы были различны, ограничиваясь лишь требованіемъ, чтобы фирма состояла исключительно изъ словъ „торговый домъ“ и гражданскихъ именъ полныхъ товарищей<sup>3)</sup>, исполненія чего собственно только и могутъ требовать Купеческія Управы и другія регистрирующія учрежденія.

Пассивное отношеніе регистраціонныхъ учреждений не производитъ особенно вредныхъ послѣдствій, такъ какъ законъ обладаетъ еще другими средствами, обеспечивающими, въ случаѣ надобности, соблюденіе правилъ регистраціи: регистрація является

<sup>1)</sup> Мы не приводимъ примѣровъ, такъ какъ желающій найдетъ ихъ въ достаточномъ количествѣ въ «справочной книгѣ» за любой годъ.

<sup>2)</sup> Башиловъ. Русское торговое право. Стр. 133.

<sup>3)</sup> Такимъ образомъ сходство фирмъ не только возможно, но даже обязательно въ тѣхъ, конечно, рѣдкихъ случаяхъ, когда гражданскія имена полныхъ товарищей одного товарищества совпадаютъ съ таковыми же другого.



конститутивнымъ элементомъ полного товарищества, и (Уст. Торг. ст. 80), въ случаѣ невыполненія ея, товарищество можетъ быть признано несуществующимъ (или гражданскимъ искомъ на основаніи 80 ст. Уст. Торг., или уголовнымъ на основаніи 1197 ст. Улож. о нак.).

Съ выполнениемъ регистраціи для товарищей возникаетъ право (и обязанность) пользоваться фирмой; только обязательства, подписанныя фирмой<sup>1)</sup>, обязательны<sup>2)</sup> для товарищества; вмѣстѣ съ тѣмъ товарищи получаютъ исключительное (въ отношеніи лицъ, не имѣющихъ подобныхъ же законныхъ основаній) право называть свое предпріятіе, въ какихъ бы то случаяхъ ни было, такъ, какъ оно названо въ фирмѣ. Никакихъ ограниченій этого права (кромя, конечно, ограниченія временемъ существованія товарищества) ни территориальныхъ (право простирается на всю территорію государства), ни предметныхъ (исключительность не ограничена однимъ какимъ либо родомъ торговли или промысла), ни временныхъ (не требуется повторенія регистраціи по истеченіи извѣстнаго періода) — законъ не устанавливаетъ. Хотя въ законѣ и нѣтъ прямого запрещенія передачи фирмы товарищества, но всетаки изъ изложенныхъ уже выше правилъ о составѣ фирмы товарищества (которыя, какъ увидимъ ниже, необходимо признать обязательными и для единоличныхъ купцовъ) необходимо заключить, что такая передача не должна бы имѣть мѣсто и во всякомъ случаѣ можетъ быть оспорена заинтересованнымъ лицомъ въ судебномъ порядкѣ; впрочемъ, передача фирмъ такое распространенное явленіе въ нашей торговой жизни, что, пожалуй, ему можно придать значеніе и силу юридическаго обычая.

Изложенныя правила, собственно говоря, касаются лишь фирмъ торговыхъ домовъ, подъ которыми законъ понимаетъ полное и командитное товарищество, но уже давно развился обычай (осно-

<sup>1)</sup> Если содержаніе выписки не совпадаетъ съ оповѣщеніемъ, то надо замѣтить: 1) что все содержаніе оповѣщенія безусловно обязательно для товарищества въ его отношеніяхъ къ третьимъ лицамъ (см. Мартенсъ. Комментар. стр. 178, см. также Практика С. П. Б. Коммерч. Суда 1881 г. по д. Герца и Перетца), но, конечно, третьи лица могутъ доказывать невѣрность свѣдѣній, указываемыхъ въ оповѣщеніи; 2) отношенія товарищей между собой определяются не выпиской, а подлиннымъ договоромъ. Такимъ образомъ, изъ трехъ документовъ, свидѣтельствующихъ о существованіи и условіяхъ товарищества, наименьшее значеніе имѣетъ выписка, сообщаемая въ Купеческую Управу.

<sup>2)</sup> Всякая иная подпись, хотя бы и съ незначительнымъ измѣненіемъ, не обязательна для товарищества. См. Практик. С. П. Б. Ком. Суда 1878—79 г.: Судъ призналъ для товарищества подъ фирмой «В. Е. Петрова-Токарева въ Вильнѣ» необязательнымъ вексель, подписанный фирмой «В. и Е. Петрова-Токарева».

ванный на несоблюденіи требованій закона регистраціонными учрежденіями) называть торговымъ домомъ всякое предпріятіе, при возникновеніи котораго выполнены требованія 67 статьи Устава Торговаго, т. е. сообщено въ Купеческую Управу и оповѣщено купечество. Изложенныя правила относятся поэтому и къ такимъ, единоличнымъ, фирмамъ.

Уголовной охраны права на фирму торговыхъ домовъ нѣтъ<sup>1)</sup>, а гражданская можетъ опираться лишь на 684 и 685 ст. I ч. X т. О первой статьѣ мы уже говорили; большее значеніе имѣетъ вторая<sup>2)</sup>. Какъ на основаніи 684, такъ и на основаніи 685 ст. можно требовать не признанія или отрицанія за даннымъ лицомъ права на ту или другую фирму, а лишь вознагражденія и прекращенія убытковъ, причиненныхъ правонарушеніемъ, заключающемся въ неправильномъ присвоеніи торговому дому опредѣленнаго названія. Какъ первой, такъ и второй статьѣй устанавливается *obligatio ex delicto*, и деликтомъ надо признать не присвоеніе чужой фирмы само по себѣ, а нарушеніе правилъ Торг. Устава касательно состава фирмы: „торговой домъ Ивановъ и Петровъ“ не можетъ преслѣдовать другое товарищество съ такой же фирмой, если полные товарищи послѣдняго носятъ тѣ же гражданскія имена и выполнили требованія 67 ст. Торговаго Устава. Затѣмъ, право на искъ по 684 и 685 ст. должно быть признано за всякимъ потерпѣвшимъ вредъ и убытки, слѣдовательно и за потребителемъ.

Законъ совершенно игнорируетъ фирмы тѣхъ купцовъ, предпріятіе которыхъ не называется торговымъ домомъ; если подобныя фирмы — именные, то, конечно, къ нимъ должны примѣняться правила о гражданскомъ имени, если же предметныя — то при-

<sup>1)</sup> Употребленіе фирмы чужаго торговаго дома въ маркѣ составляетъ во всякомъ случаѣ нарушеніе фирменнаго права, но для примѣненія 1354 ст. Улож. о Нак. необходима наличность предположенія права на марку.

<sup>2)</sup> 685-я ст. говоритъ: «когда-же сіи (т. е. указанные въ предшествующей статьѣ) вредъ и убытки суть необходимое послѣдствіе какого-либо устройства отвѣтчикомъ заведенія, мельницы, шлюза, плотины, заставы и т. п., и оно продолжаетъ причинять кому-либо вредъ и убытокъ, или же угрожаетъ новымъ убытками или вредомъ: то отвѣтчикъ обязанъ уничтожить устройство имъ, и буде не исполнитъ сего въ назначенный срокъ, то сіе исполняется полиціей на его счетъ». На основаніи этой статьи можно требовать уничтоженія тѣхъ вещей, на которыхъ воспроизведена фирма, т. е. вывѣсокъ, бланковъ, этикетокъ, упаковокъ, бандеролей и т. п. (см. указанную выше статью «охраняется ли право на фирму нашимъ закономъ?» стр. 63).



своею ихъ не составляетъ вовсе правонарушенія <sup>1)</sup>. Переходъ единоличныхъ фирмъ отъ одного купца къ другому, не запрещаемый закономъ, часто имѣетъ мѣсто среди промышленниковъ и судебная практика причисляетъ фирму къ вещамъ движимымъ (см. цитированное выше рѣшеніе Сената по дѣлу Чепелевецкаго, а также рѣшеніе Московскаго Коммерч. Суда по дѣлу Бавастро въ Юрид. Вѣстн. 1891 г. № 1, стр. 186, гдѣ право на фирму опредѣляется, какъ право собственности, а фирма, какъ акцессуаръ предпріятія, на основаніи обычнаго права).

### В. Право на марку.

Необходимо различать марки нерегистрированныя и регистрированныя. Изъ первыхъ охраняются только именныя и фирменныя марки и притомъ лишь тѣми средствами, которыми охраняется вообще право на гражданское имя или право на фирму, проявленіемъ которыхъ и является право на марку. Напротивъ, регистрированныя марки пользуются самостоятельной охраной: (дальше будетъ говорить только о нихъ). Законъ устанавливаетъ правила о маркахъ въ пятой главѣ втораго раздѣла I кн. Уст. о промышл. (изд. 1893 г.) въ пяти статьяхъ: 157 по 161.

По 157 ст. Уст. о Промышл. клейменіе или неклеяменіе фабричныхъ и мануфактурныхъ издѣлій представляется на волю каждаго производителя <sup>2)</sup> и никакихъ розысковъ, клеймятся ли

<sup>1)</sup> Одинъ циркуляръ Министерства Финансовъ говоритъ: «По закону фирмы присваиваются не отдѣльнымъ торговцамъ, а лишь торговымъ домамъ, открываемымъ въ образѣ товариществъ полныхъ или на вѣрѣ. Присвоеніе наименованія торговому или промышленному заведенію, какъ неоднократно уже было разъяснено въ отдѣльныхъ случаяхъ, вовсе не противорѣчитъ дѣйствующимъ законамъ, но такое наименованіе не можетъ быть приравняемо къ понятію о фирмѣ и не можетъ обезпечиваться за предпринимателемъ порядкомъ, установленнымъ въ законѣ для фирмъ торговыхъ домовъ, а потому не требуетъ заявленія Купеческой Управѣ, подлежа лишь надзору въ полицейскомъ отношеніи. Засимъ всѣ ходатайства единоличныхъ предпринимателей о приданіи ихъ заведеніямъ какихъ-либо наименованій слѣдуетъ направлять, по принадлежности, къ тѣмъ полицейскимъ властямъ, отъ которыхъ зависитъ выдача разрѣшеній на выставленіе выѣсокъ вообще» (Циркул. 5 Декабря 1887 г.).

<sup>2)</sup> Исключенія изъ этого правила, т. е. обязательныя марки установлены закономъ въ довольно значительномъ количествѣ и съ весьма разнообразными функциями: 1) марки правительственные, удостоверяющія наличность требуемаго закономъ качества товара; таковы, напримѣръ, правительственныя пробыриныя клейма (Уст. Пробыри. ст. 503 и слѣд.) на золотыхъ и серебряныхъ издѣліяхъ, а также клейма на мѣрахъ и вѣсахъ (Уст. Торг. ст. 668 и слѣд.) и т. п.; 2) частныя обязательныя марки, удостоверяющія наличность извѣстныхъ свойствъ товара, (marques significatives); таковы аптекарскія сигнатурки (см. Уст. Врач. Изд. 1892 г. ст. 538), надписи на продуктахъ, изготовленныхъ изъ искусственнаго масла (маргаринъ, см. Уст. Врач. ст. 646 и

фабричныя издѣлія, не допускается. Установивъ такимъ образомъ принципъ факультативности клейменія, законъ даетъ нѣсколько правилъ, указывающихъ на преимущества клейменныхъ товаровъ сравнительно съ неклеяменными: клейменные товары, вывезенные за границу, при возвращеніи почему-либо въ предѣлы Имперіи, не облагаются пошлинами (ст. 1159, 1160 Уст. Тамож.), между тѣмъ какъ неклеяменные пользуются этимъ преимуществомъ „только въ случаѣ предьявленія товаровладѣльцемъ подлиннаго таможеннаго свидѣтельства о дѣйствительномъ вывозѣ ихъ изъ Россіи„ (Уст. о Промышл. ст. 159, Уст. Тамож. ст. 863; см. также 757 и 758 ст. Улож. о Наказ.); затѣмъ, только клейменные товары допускаются на мануфактурныя выставки (Уст. о Промышл. ст. 217). Эти преимущества настолько важны, что всякое предпріятіе съ болѣе или менѣе значительнымъ производствомъ не можетъ обойтись безъ клейменія своихъ издѣлій.

Для желающихъ клеймить свои издѣлія обязательна на осн. 2 п. 160 ст. Уст. о Промышл. регистрація клейма, но законъ не даетъ прямой санкціи этому правилу, не устанавливаетъ никакихъ взысканій за невыполненіе регистраціи, ограничиваясь тѣмъ, что лишаетъ нерегистрированныя марки юридической охраны; поэтому надо признать, что регистрація есть необходимое условіе не клейменія, а приданія этому клейменію юридическаго значенія, т. е., другими словами, необходимое условіе права на марку. Регистрація подлежитъ не только приобрѣтенію права на марку, но также, на основаніи 3 п. 160 ст. Уст. о промышл., передача и прекращеніе этого права, которыя, согласно смыслу этой статьи, имѣютъ мѣсто при продажѣ или уничтоженіи фабрики, т. е. право на марку является связаннымъ съ правомъ на предпріятіе.

Условія регистраціи, являющіяся вмѣстѣ съ тѣмъ и необходимыми условіями возможности права на марку, очерчены только въ общихъ чертахъ; Департаменту Торговли и Мануфактуръ, единственному органу регистраціи марокъ, предоставлена въ этомъ

слѣд.); 3) обязательныя частныя именныя марки, облегчающія возможность найти виновныхъ въ случаяхъ нѣкоторыхъ полицейскихъ нарушеній; такъ, на осн. 675 Уст. Торг., на мѣрной посудѣ для питей, обложенныхъ акцизомъ, должно быть клеймо съ обозначеніемъ имени фабриканта, года и мѣста выдѣлки; точно также именная фабричная марка должна быть на золотыхъ и серебряныхъ вещахъ (Уст. Пробыри. ст. 511), на мѣрахъ и вѣсахъ (668 ст. Уст. Торг.) и т. п., и за нарушеніе обязанности клейменія Улож. о Нак. устанавливаетъ наказанія (статьи: 1386, 1395, 1175, 1178 и др.), большей частью денежные.



отношении очень широкая дискреционная власть: если онъ найдеть, что „предполагаемое клеймо неудобно, несогласно съ изданными о семъ предметѣ правилами, или уже есть подобное, отъ коего не довольно различено, то требуетъ перемѣны такого клейма“ (5 п. 160 ст. Уст. о Промышл.). Законъ не ограничиваетъ свое требованіе оригинальности марки однимъ какимъ-либо видомъ промышленности: по точному смыслу его марка должна быть отличной отъ всѣхъ безусловно клеймъ, утвержденныхъ Департаментомъ Торговли и Мануфактуръ. Въ 1 п. 160 ст. указаны и нѣкоторыя положительныя условія, которымъ должно удовлетворять утверждаемое клеймо: оно „должно содержать въ себѣ означеніе имени и фамиліи фабриканта, хотя начальными буквами, и мѣста, гдѣ фабрика находится; клеймо должно быть означено прочно и явственно, буквы на ономъ должны быть непременно русскія, но невозбраняется клеймить и другими буквами, съ тѣмъ, однако, чтобы, сверхъ того, было клеймо русское“. Къ 160 ст. приложено „росписаніе издѣлій и наставленіе о порядкѣ ихъ клейменія и присылкѣ образцовъ клеймъ“; по этому „росписанію“ и „наставленію“, въ виду отсутствія въ законѣ общаго опредѣленія понятія клейма, и необходимо разрѣшать вопросъ, составляетъ ли данный знакъ клеймо, или нѣтъ, т. е. подлежитъ ли онъ охранѣ, обезпечиваемой закономъ для клеймъ, утверждаемыхъ Департаментомъ Торговли и Мануфактуръ.

Исключительное право на утвержденную марку охраняется 1354 статьей Улож. о Наказ., которая говоритъ: „кто поддѣляетъ чужія клейма или знаки, прикладываемые съ дозволенія правительства къ издѣліямъ или произведеніямъ мануфактуръ, фабрикъ или заводовъ, тотъ, сверхъ вознагражденія за причиненные симъ убытки, подвергается: лишенію всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ и ссылкѣ на житье въ одну изъ отдаленныхъ губерній, кромѣ Сибирскихъ, или заключенію въ тюрьмѣ по третьей степени ст. 33 сего Уложенія“ (4—8 мѣсяцевъ). Статья эта до послѣдняго времени примѣнялась, согласно точному ея смыслу, только къ поддѣлкамъ фабричныхъ марокъ, и такимъ образомъ являлась несогласованной, ни съ 161 ст. Уст. о Промышл., угрожающей наказаніемъ за поддѣлку собственно какъ фабричныхъ, такъ и торговыхъ марокъ, ни съ конвенціями, заключенными по этому предмету съ иностранными государствами, ни съ установившейся практикой Департамента Торговли и Мануфактуръ, утверждавшего равнымъ образомъ, какъ фабричныя,

такъ и торговыя марки. Эта несогласованность устроена <sup>1)</sup> рѣшеніемъ Уголовнаго Кассационнаго Департамента Правительствующаго Сената <sup>16 Мая</sup> <sub>7 Ноября</sub> 1889 г. по дѣлу Цукермана, обвинявшагося въ поддѣлкѣ этикетовъ извѣстныхъ торговцевъ чаемъ „К. и С. Поповы“ (См. Правительств. Вѣсти. 15 Марта 1890 г.); въ этомъ рѣшеніи Сенатъ приводитъ полную аналогію фабричныхъ и торговыхъ марокъ, и поддѣлку послѣднихъ подводитъ подъ дѣйствіе 1354 статьи Уложенія.

Кромѣ фабричныхъ и торговыхъ клеймъ законъ упоминаетъ еще ремесленныя клейма (Уст. о промысл. ст. 434: „мастеръ на работѣ своей и своихъ подмастерьевъ и учениковъ долженъ ставить штемпель, или клеймо, если оно дано Цеховою Управою“), не устанавливая, однако, за поддѣлку ихъ уголовного преслѣдованія; что же касается гражданской ответственности, поддѣлка подобныхъ клеймъ несомнѣнно является правонарушеніемъ, особенно въ виду 433 ст. Уст. о Промышл. (ст. 433: „запрещается ремесленнику чужую работу называть своею, и т. д.“; а также 432 ст.: „ремесленникамъ запрещается продавать старое за новое, или одно за другое“), и какъ таковое, влечетъ за собой ответственность за убытки (по 684 ст. X т.).

### *В. Другіе случаи охраны промышленной клиентелы.*

Кромѣ изложенныхъ выше правилъ о фирмахъ и маркахъ въ законодательствѣ нашемъ имѣется еще нѣсколько постановленій, дающихъ въ извѣстной степени возможность охраны промышленника и отъ другихъ видовъ *conspicence déloyale*; но постановленія эти носятъ случайный характеръ, и объектомъ судебной реакціи является собственно не присвоеніе чужой клиентелы само по себѣ, а случайно съ нимъ совпадающее нарушеніе правилъ иныхъ правовыхъ институтовъ.

а) *Присвоеніе чужихъ отличительныхъ средствъ.* Что касается товарныхъ знаковъ, то охрана исключительнаго пользованія ими ограничивается приведенными выше законами о клеймахъ: несоотвѣтствующая требованіямъ этихъ законовъ марка совершенно не имѣетъ защиты. Равнымъ образомъ присвоеніе про-

<sup>1)</sup> Другое несоотвѣтствіе 1354 ст. Улож. съ 161 ст. Уст. о промысл., выражающееся въ томъ, что Уложеніе опредѣляетъ наказаніе только за поддѣлку клейма, тогда какъ 161 ст. Уст. о Промышл. утверждаетъ возможность уголовного преслѣдованія равнымъ образомъ и за «выпускъ въ продажу или въ обращеніе произведеній, снабженныхъ поддѣльными клеймами или знаками», — является неустраненнымъ и понижѣ.



мысленному заведенію названія, которымъ пользуется уже конкурентъ, не составляетъ правонарушенія, если только это названіе не есть вмѣстѣ съ тѣмъ фирма „торговаго дома“. Точно также и пользованіе вывѣской, сходной съ вывѣской конкурента, не можетъ быть названо правонарушеніемъ, если при этомъ нѣтъ присвоенія чужаго гражданскаго имени или фирмы<sup>1)</sup>, какъ ее понимаетъ наше законодательство; только относительно вывѣски ремесленника, на основаніи указанной выше 433 ст. Уст. о Промышл., надо признать, что присвоеніе ея другимъ промышленникомъ является правонарушеніемъ и влечетъ за собой отвѣтственность за причиненные убытки. Наконецъ, законъ нашъ не даетъ основаній считать за правонарушеніе и другіе приемы *conspicence déloyale*, имѣющіе цѣлью вызвать смѣшеніе конкурентовъ, какъ то: пользованіе сходными бланками, рекламами, проспектами, объявленіями, и т. п.<sup>2)</sup>

Что касается нѣкоторыхъ особенныхъ отличительныхъ средствъ промышленниковъ, то, если право пользованія ими дано правительствомъ, то присвоеніе ихъ другимъ несомнѣнно является правонарушеніемъ, могущимъ иногда даже быть поводомъ уголовнаго преслѣдованія. Такъ, на осн. 387 ст. Уст. о Промышл. „въ городѣ, гдѣ котораго ремесла цехъ учрежденъ, запрещается, не имѣя аттестата техническаго или ремесленнаго учебнаго заведенія, или не учась у записнаго мастера и не имѣя Управнаго свидѣтельства, называться того ремесла мастеромъ, имѣть подмастерьевъ или учениковъ и вывѣску того ремесла“<sup>3)</sup>. Точно также не можетъ быть присвоено произвольно названіе „Поставщикъ Двора“, или право пользованія, какъ отличительнымъ знакомъ, государственнымъ орломъ, давасмое за успѣшное выполненіе казенныхъ

<sup>1)</sup> Въ Юридич. Вѣстникѣ (1890 г. Ноябрь стр. 499—500, и 1891 г. Январь стр. 168) помѣщены два рѣшенія Коммерческаго Суда (Московскаго), въ которыхъ судъ называетъ пользованіе вывѣской правомъ; но оба рѣшенія касаются лишь именной вывѣски (во второмъ изъ этихъ рѣшеній, — дѣло Бавастро съ Мигачевымъ и Кругловымъ — Московскій Коммерч. Судъ, основываясь на обычаѣ, существованіе котораго нѣсколько сомнительно, признаетъ вывѣску за *res accessoria* промышленнаго заведенія).

<sup>2)</sup> Неизвѣстный авторъ указанной статьи въ Юрид. Лѣтописи полагаетъ (стр. 65), что полиція (разрѣшающая печатать эти бланки), въ силу лежащей на ней обязанности предупреждать преступленія, не должна допускать подобныхъ злоупотребленій; прежде всего, конечно, полиціи очень трудно за этимъ услѣдить, а во вторыхъ, она напрасно бы стала искать въ законѣ статей, изъ которыхъ было бы видно, что подобные факты составляютъ преступленіе. Точно также врядъ ли можно согласиться съ этимъ авторомъ, когда онъ возлагаетъ на полицію заботу о томъ, чтобы не было сходныхъ вывѣсокъ, на томъ основаніи, что полиція наблюдаетъ «за внѣшнимъ благочивіемъ».

<sup>3)</sup> См. 1360 ст. Улож. о Нак.

подрядовъ. Личнымъ также надо считать предоставляемое 249 ст. Уст. о Промышл. фабрикантамъ, удостоеннымъ на выставкахъ награды похвальными медалями, право помѣщать изображенія ихъ при клеймахъ на своихъ издѣліяхъ<sup>1)</sup>; неправильное присвоеніе этихъ знаковъ подходитъ подъ дѣйствіе 1418 или 1416 ст. Уложенія о Наказаніяхъ.

б) *Стѣсненіе конкуренціи*. Здѣсь прежде всего можно указать на существующее въ нашемъ уголовномъ законѣ запрещеніе стачекъ промышленниковъ, что даетъ защиту противъ искусственнаго пониженія цѣнъ съ цѣлью уничтоженія мелкихъ промышленниковъ, но 1180 ст. Улож. о Наказ., назначаетъ наказаніе за „непомѣрное пониженіе цѣны“ только на „предметы продовольствія“ и „товары необходимой потребности“, а не на всѣ продукты.

Затѣмъ нашъ законъ содержитъ достаточное количество статей, дающихъ защиту противъ недобросовѣстной конкуренціи, выражающейся въ формѣ воздѣйствія на самую личность предпринимателя. Такъ, на основаніи 670 статьи I ч. X т. „ежели вслѣдствіе личной обиды или оскорбленія, обиженный понесетъ ущербъ въ кредитѣ или въ имуществѣ, то обидившій или оскорбившій его, обязанъ вознаградить за сіи потери и убытки по усмотрѣнію и опредѣленію суда“; многіе случаи опороченія промышленныхъ способностей могутъ быть разсматриваемы, какъ диффамачія или клевета.

Наконецъ, наше законодательство обладаетъ значительнымъ количествомъ постановленій, дающихъ защиту противъ той формы *conspicence déloyale*, которая выражается въ договорныхъ нарушеніяхъ. Какъ Уставъ Торговый (ст. 18 и 20), такъ и Уст. о Промышл. (кн. II) особенно старательно опредѣляютъ обязанности прикащиковъ и подмастерьевъ блюсти интересы своихъ патроновъ, а за разглашеніе коммерческихъ тайнъ и секретовъ производства установлены уголовныя наказанія (см. Улож. о наказ. ст. 1187, 1355).

<sup>1)</sup> Что это право личное, ясно видно изъ 245 ст. Уст. о Промышл., гдѣ эти награды перечисляются рядомъ съ наградой орденомъ или Высочайшимъ благоволеніемъ. См. также, въ Юрид. Вѣсти. 1891 г. Сентябрь, рѣшеніе Общ. Собранія Сената по дѣлу Чепелевецкаго, и тотъ же журналъ за 1890 г. Ноябрь, рѣшеніе Московскаго Коммерч. Суда по дѣлу Шмидта съ Эбергомъ.



## ЗАМѢЧЕННЫЯ ОПЕЧАТКИ.

			<i>напечатано:</i>	<i>слѣдуетъ читать:</i>
На стр.	3	строка 6 (снизу)	Stobe	Stobbe
»	6	» 15 »	вѣчны; какъ	вѣчны: какъ
»	7	» 2 »	neglesta	neglecta
»	10	» 9 (сверху)	злоупотребленіи съ	злоупотребленій, съ
»	10	» 14 (снизу, прим. 2)	объектомъ	быть объектомъ
»	20	» 19 (сверху)	по	но
»	41	» 4 (сверху)	юристы. у	юристы, у
»	54	» 3 (снизу, прим.)	молочная	мелочная
»	56	» 1 (снизу, прим.)	clientèle	clientèle
»	59	» 11 (снизу)	sous une	sous une
»	59	» 10 (снизу)	lettrés	lettres
»	61	» 2 (снизу, прим.)	des que	des que
»	64	» 11 (сверху)	greffes	greffes
»	71	» 18 (снизу)	комплекта	комплекса
»	79	» 2 (снизу)	приравлена	приравнена
»	82	» 1 (снизу)	Code Rén	Code Pén
»	111	» 14 (сверху)	мною	много