В.Д. Зорькин

Позитивистская теория права в России

*Издательство
Московского
университета 1978*

Предисловие

В конце XIX — начале XX в. в условиях форсированного развития российского капитализма происходило соединение рабочего движения с марксизмом. В Россию переместился центр мирового революционного движения. Наряду с общим подъемом искусства, литературы, философии, науки активизировалась буржуазная теория права. Об этом свидетельствует не только увеличившийся поток политико-правовой литературы, но и, прежде всего, появление новых имен общеевропейского масштаба: С. А. Муромцева, Б. Н. Чичерина, М. М. Ковалевского, Л. И. Петражицкого и др. Критическому анализу одного из ведущих ее направлений и посвящена данная работа.

Позитивистская теория права представляет собой значительный шаг в развитии политико-правового мышления русской буржуазии и вместе с тем заметное звено в развитии общеевропейской буржуазной правовой идеологии. Между тем это направление в его комплексности до сих пор не было предметом специального монографического исследования со стороны советских правоведов.

История правовой мысли в России представляет собой важное социально-культурное явление и имеет свои особенности с точки зрения возникновения и развития, идеологических акцентов, западноевропейского влияния и т. п. Тем не менее было бы неверным представлять ее как самодовлеющий регион, в отрыве от правоведения в странах немецкого языка, англосаксонских странах или буржуазной юриспруденции в целом. Последняя выступает во многих отношениях как определенное единство, вытекающее из общности ее социально-экономических, политических и философско-методологических основ. История правовых учений в России как раз подтверждает невозможность обособленной,

оторванной истории учений в одной стране, вне контекста их всемирной истории, общих закономерностей и тенденций. Региональное исследование истории правовой мысли имеет важное методологическое, политическое и социально-культурное значение. Однако такое изучение не должно создавать иллюзию, будто история правовых теорий есть механическая сумма совершенно разрозненных частей.

Исследование всей проблематики позитивистской теории права вряд ли осуществимо в пределах одной работы. Здесь внимание сосредоточено на методологии основных направлений данного течения буржуазной теории права в России и решении ими вопросов о сущности, природе права, взаимосвязи норм и правоотношений. Некоторые другие положения привлекаются лишь в связи с основной проблематикой исследования.

В предлагаемой работе, вскрывая внутренние противоречия позитивистских теоретических конструкций, мы стремились показать те пределы, за которыми данная методология исчерпывает себя и переходит в свою противоположность: переход от формально-догматической юриспруденции к социологическому позитивизму и, в свою очередь, кризис всей позитивистской теории права в условиях обострения классовой борьбы и перехода к империализму, когда потребовалась активная разработка сущностных и аксиологических проблем права (натиск со стороны идеалистической философии права).

Для того чтобы определить место и значение юридического и социологического позитивизма в России, необходимо иметь в виду его идеологический и познавательный аспекты. Механизм взаимосвязи этих функциональных аспектов в позитивистской теории права имеет существенные особенности по сравнению со спекулятивно-метафизической философией права. В работе предпринята попытка рассмотреть эту проблему и показать несостоятельность позитивистской доктрины деидеологизации политико-правовой науки.

Позитивистская теория права второй половины XIX — начала XX в. принадлежит, собственно, к *истории* доктрин. В то же время критический анализ данного течения буржуазной теории права помогает выяснению генезиса, тенденций и основных вопросов юридического неопозитивизма, а также новейшей буржуазной

социологической юриспруденции и психологической теории права и, кроме того, способствует выяснению некоторых теоретических проблем марксистско-ленинской теории права. Развитие последней не может быть успешным без аргументированной критики буржуазной правовой идеологии, поэтому в данной работе критика разбираемых концепций развертывается в теоретическое рассмотрение понятия права, взаимосвязи нормы и правоотношения и других вопросов с диалектико-материалистической точки зрения. Мы полагаем, что вы-, сказанный в марксистско-ленинской науке взгляд на право как сложную многоаспектную систему, а не просто совокупность норм, установленных или санкционированных государством, способствует развитию диалектико-материалистической теории права и в то же время позволяет углубить критическое 'исследование буржуазных учений о праве.

Обращение к правовым доктринам прошлого имеет, следовательно, не только чисто историческое, но и теоретическое значение. Данное обстоятельство тем более актуализируется вследствие особенностей развития политико-правового мышления в современных условиях, изменения той роли, которую играет в нем история политических и правовых учений. Последняя должна выступать не только как знание о прошлых доктринах, но и как способ осмысления политико-правовой действительности и, следовательно, как способ существования современного политико-правового знания. За последнее десятилетие буржуазная история политических и правовых учений активизировалась, как никогда прежде. «Наука история политических учений, — отмечается в предисловии к «Очеркам по истории политической мысли», изданным Йельским университетом в 1969 г., — переживает революцию, которая охватила современные университеты: со своего традиционного побочного места она переместилась в центр политической науки; изучение мыслителей прошлого вновь становится респектабельным предприятием» Иллюстрацией этого тезиса служит то, что указанная книга написана такими известными правоведами и политологами, как Г. Кельзен, Г. Маркузе, С. Липсет и др. На Европейском кон-

[1] Essays in the History of Political Thought, ed. by J. Kramnick. Yale University, New Lersey, 1969, p. V.

тиненте мы видим аналогичную ситуацию. «Политическая наука в Германии (Западной. — В. З.) после второй мировой войны, — констатирует Клаус фон Бейме, — понималась главным образом как история политических идей»[2].

Некоторые буржуазные исследователи прямо связывают повышенное внимание к политическим теориям прошлого с эпигонским характером современной политологии и юриспруденции, когда произошла утрата веры в идеальный политический строй, а «кульминационный период», «мутационная пора» политического мышления Запада остались позади[3]. В условиях общего кризиса капитализма буржуазные идеологи с помощью критического переосмысления политико-правовых концепций прошлого пытаются выработать более эффективные, адекватные современной ситуации доктрины. Тем самым история политических и правовых учений становится все более доминирующим способом существования политического знания, поэтому ведущие буржуазные идеологи настойчиво стремятся поднять престиж истории политических и правовых учений и видят в ней не только «вместилище политических проблем», но и «методологическую школу» и даже «средство прогноза»[4].

В настоящей работе рассмотрение позитивистской теории права в России осуществляется посредством создания «юридических портретов» выдающихся ее представителей, анализа тех работ, которые имели программное значение для того или иного поднаправления. Но главная задача, которая преследовалась при этом, — это обрисовка не «портрета» как такового в его автаркичности, а направления в целом, под углом зрения тех проблем, о которых упомянуто выше.

Поскольку идеалистическая юриспруденция, в том числе позитивистская теория права конца XIX—XX вв., представляет собой во многих отношениях определенное единое целое (особенно в сфере «верхних» ее пластов, прежде всего понятия права), постольку в ходе из-

[2] Beyme Klaus von. Politische Ideengeschichte. Probleme eines interdisziplinaren Forschungsbereiches. Tubingen, 1969, S. 5.

[3] См.: Алексеев Н. Н. Идея государства. Нью-Йорк, 1955, с. 298, 407.

[4] Beyme Klaus von. Op. cit., S. 51, 55.

ложения сделаны ссылки на развитие ее в других языковых регионах. Это тем более важно, что правоведение в России находилось под сильным влиянием идей, выработанных в Германии, Англии и других странах Западной Европы. Подобные отсылки и сравнения сделаны не только применительно к развитому состоянию рассматриваемых доктрин и их основных положений, но и с учетом их последующей эволюции. Без этого было бы невозможно показать *историю* этих доктрин, их связь с новейшими течениями буржуазной юриспруденции, а также выявить черты оригинальности и самостоятельности в работах С. А. Муромцева, Л. И. Петражицкого, М. М. Ковалевского, Н. М. Коркунова, Г. Ф. Шершеневича и других представителей позитивистской теории права в России.

При рассмотрении позитивистской теории права автор исходил из тех задач, которые были поставлены В. И. Лениным[5] в связи с критикой эмпириокритицизма — одной из разновидностей позитивистской философии: во-первых, сравнить теоретические основы позитивистской юриспруденции с диалектико-материалистическим учением о праве; во-вторых определить место позитивистской теории права среди остальных направлений буржуазной юриспруденции; в-третьих, показать связь рассматриваемого направления с новейшими течениями (юридический неопозитивизм, неопозитивистская социологическая юриспруденция, в том числе ее психологическое ответвление); в-четвертых, раскрыть партийный, идеологический характер теоретико-познавательных конструкций позитивистской теории права как выражения в конечном счете борьбы идеологий враждебных классов современного общества.

На примере исследования позитивистской теории права в работе ставилась также задача выделить и наметить пути решения теоретико-методологических проблем истории политических и правовых учений: о_философской основе политико-правовых доктрин, о соотношени познавательного и идеологического аспектов правовых теорий, проблема «портретного» метода, о соотношении истории правовой и политической мысли отдельных стран с ее всеобщей историей и др.

[5] См.: Ленин В. И. Полн. собр. соч., т. 18, с. 379—380.

Глава 1

ЮРИДИЧЕСКИЙ ПОЗИТИВИЗМ

Юридический позитивизм — теория, обосновывавшая формально-догматическую юриспруденцию в период, когда буржуазия переходила к осуществлению программно-идеологических общих принципов и лозунгов на практике, в положительном законодательстве, становилась буржуазией господствующей, когда создавались развитые буржуазные системы права.

Ранее всего юридический позитивизм сложился в Англии. Его ближайшим предшественником был И. Бентам, а непосредственным основателем и главным представителем — Джон Остин (1790—1859), усилиями которого в 30—40-х годах XIX в. было положено начало так называемой аналитической юриспруденции, занявшей доминирующее положение в англосаксонских странах.

Со второй половины XIX в. юридический позитивизм постепенно распространяется и на континенте. В Германии 50—60-х годов юридический позитивизм завоевывает позиции как в гражданском (Б. Виндшайд), так и в государственном праве (К. Гербер). В 70-х годах XIX в. он становится господствующим направлением в странах немецкого языка и наивысшего подъема достигает в работах П. Лабанда, К. Бергбома и др.

Становление юридического позитивизма в России происходит с конца 60-х годов XIX столетия. В 1868 г. появились две работы: «Теория права (юридическая догматика)» М. Н. Капустина и «Очерки юридической энциклопедии» Н. К. Ренненкампфа. Эклектические по своим философско-методологическим установкам, они тем не менее тяготели к эмпиризму и формально-дог-

матической юриспруденции. В этом плане примечательна работа М. Н. Капустина, отличавшаяся по сравнению с работами Н. К. Ренненкампфа известной долей глубины и самостоятельности. Вперемежку с некоторыми идеями исторической школы права М. Н. Капустин, в духе формально-догматической юриспруденции и юридического позитивизма, стремился построить общее учение о праве как «юридическую догматику», «догму права» преимущественно на основе догмы гражданского права. Общая догматика права, по его мнению, должна иметь своим содержанием «систематическое изложение основных юридических понятий»[1]. Это были первые попытки в России выработать формально-догматическую теорию права с использованием, хотя и не вполне последовательным, методологических принципов позитивизма.

В 1882 г. выходит программная работа, своего рода манифест юридического позитивизма в России, — «О современном движении в науке права». Автором ее был Семен Викентьевич Пахман, заслуженный профессор университетов Санкт-Петербургского, Казанского и Харьковского. В основу произведения легла речь, произнесенная С. В. Пахманом в годовом собрании Юридического общества при Санкт-Петербургском университете 14 февраля 1882 г. Названная работа имела важное значение в становлении юридического позитивизма в России.

С начала 80-х годов[2] и до конца столетия усилиями таких ученых, как Г. Ф. Шершеневич, С. В. Пахман, Е. В. Васьковский, Д. Д. Гримм, Н. И. Палиенко, А. Рождественский и другие, юридический позитивизм в России являлся господствующим направлением в общей теории права и в отраслевых юридических дисциплинах, особенно и в первую очередь в цивилистике.

Наиболее видным представителем юридического позитивизма в России был Габриэль Феликсович Шершеневич (1863—1912), профессор Казанского и затем

[1] Капустин М. Теория права. Общая догматика. М., 1868, с. 13, 18; Он же. Юридическая энциклопедия (догматика). Спб., 1893, с. 21.

[2] См.: Пяткина С. А. Юридический позитивизм в России. (Из истории русской буржуазной правовой мысли). Автореф. канд. дис. Л., 1965, с. 3.

Московского университетов. В таких работах, как «Система торговых действий» (1888), «Авторское право на литературное произведение» (докторская диссертация), «Учебник русского гражданского права» (1891), «Задачи и метод гражданского правоведения» (1896), «Курс гражданского процесса» (1901, т. 1, вып. I), «Наука гражданского права в России» (1893), Г. Ф. Шершеневич с позиции юридического позитивизма выработал строгую догму права, особенно русского гражданского права, предложил ясные и четко определенные юридические конструкции отдельных институтов. Все это отвечало задачам юриспруденции в России в период создания и развития буржуазного законодательства. Поэтому авторитет Шершеневича был весьма высок не только в академических кругах, но и среди юристов-практиков. В этой связи примечательна эволюция в деятельности Правительствующего Сената, который в 1891 г. поставил на вид Палате, что она в отступление от общепринятого способа изложения решений ссылается на «так называемую теорию права». Но в 1907 г. Сенат изменил свою прежнюю позицию и в подтверждение развиваемого им взгляда ссылается на мнение Г. Ф. Шершеневича[3].

Преимущественно на базе догмы гражданского права, ранее развитой в работах 80—90-х годов XIX в., Г. Ф. Шершеневич представил курс общей теории права, опубликованной им в четырех выпусках в 1911—1913 гг. К этому времени юридический позитивизм в России уже утратил свое былое доминирующее положение. Курс общей теории права Г. Ф. Шершеневича как бы подводил итог развитию всего направления, почти безраздельно господствовавшего в России на протяжении нескольких десятилетий. Составляя вершину в развитии юридического позитивизма в России, «Общая теория права» Г. Ф. Шершеневича вместе с тем была заметным явлением в истории дореволюционной юриспруденции в целом.

Теория Г. Ф. Шершеневича является типичным вариантом юридического позитивизма, или аналитической юриспруденции, т. е. формально-догматической интер-

[3] См.: Кистяковский Б.А. Г. Ф. Шершеневич как цивилист. — «Юридический вестник», 1913, кн. 1, р. 134.

претации права на основе принципов философского позитивизма. Опираясь на философию Ог. Конта и Дж. Ст. Милля, Г. Ф. Шершеневич продолжал традиции английской аналитической школы (Дж. Остин) и континентального юридического позитивизма («ранний» Рудольф Иеринг, Карл Бергбом). Г. Ф. Шершеневич делает некоторые уступки социологическому позитивизму, уделяет большее по сравнению с другими представителями юридического позитивизма внимание политико-социологическим аспектам права. Однако в целом он остался на позициях юридического позитивизма, пытался отождествить общую теорию права и науку права вообще с формально-догматической юриспруденцией.

К моменту выхода в свет «Общей теории права» Г. Ф. Шершеневича юридический позитивизм вступил в полосу кризиса. В относящихся к этому времени работах В. Д. Каткова, профессора Новороссийского императорского университета в Одессе, сделана одна из ранних, характерных для предшественников юридического неопозитивизма попыток подкрепить основные положения формально-догматической теории права с помощью субъективно-идеалистической, крайне номиналистической интерпретации данных лингвистики.

1. Соотношение юридического позитивизма с философским позитивизмом и позитивистской теорией права

Юридический позитивизм господствовал в буржуазной юриспруденции второй половины XIX в. В модернизированном виде он сохраняет значительное влияние и в настоящее время, поэтому вполне естественно, что данное направление привлекает внимание исследователей политико-правовых доктрин. Правильное осмысление места и роли юридического позитивизма в развитии буржуазной юриспруденции зависит от уяснения его философско-методологических и мировоззренческих ориентаций. Однако именно этот аспект не получил однозначной интерпретации в соответствующей литературе и до сих пор остается проблемой. Разногласия имеют место прежде всего в трактовке понятия «позитивность». В данной работе предпринята попытка вскрыть соотношение юридического позитивизма с фи-

лософским позитивизмом и позитивистской теории права.

Позитивизм как особое течение современной буржуазной философии возник в 30—40-х годах XIX в. и развивался в условиях промышленного переворота, когда резко возрос интерес к научно-техническим знаниям и поразительные успехи делали теоретические и прикладные естественные науки (физика, биология), а также происходило становление и развитие таких гуманитарных наук, как социология, психология и др. Кроме того, западноевропейская буржуазия одержала не только экономическую, но и политическую победу, стала господствующим классом и вследствие этого потеряла свою былую революционность. Подобный процесс наблюдался и в России, где либеральная буржуазия, по мере проведения капиталистических реформ и усиления революционности масс, становилась все более консервативной и контрреволюционной силой.

В познавательно-методологическом аспекте буржуазная теория права второй половины XIX столетия развивалась преимущественно на основе позитивизма, который вытеснил спекулятивно-метафизическую философию.

Позитивизм отрицает теоретическую спекуляцию, умозрение как средство получения знаний; единственным источником знаний он объявляет конкретные (эмпирические) науки и полагает, что у философии нет самостоятельного, отдельного от конкретных наук предмета исследования; задачу научного исследования он видит в описании явлений, а не в объяснении их (исследование их сущности, причинных связей и т. п. — все это исключается из поля зрения науки); наука, с точки зрения позитивистов, отвечает на вопрос «как», а не на вопрос «почему»[4].

На основе этих принципов теории познания позитивизм строит социологию в её утилитаристском, натуралистическом (биологизм, органицизм, социал-дарвинизм и пр.) и психологическом вариантах.

[4] См.: Нарский И. С. Очерки по истории позитивизма. М., 1960; см. также: Философская энциклопедия, т. 4. М., 1967, с. 287—288; Философский словарь. Под ред. М. М. Розенталя. Изд. 3-е. М., 1975, с. 318; Современная буржуазная философия. М., 1972, с. 69—81.

Позитивистская концепция права основывается на позитивистской теории познания и в то же время ориентируется на различные варианты позитивистской социологии при описании взаимодействия права с другими социальными явлениями. С этой точки зрения позитивистское направление буржуазной юриспруденции включает в себя все доктрины, ориентирующиеся на философию позитивизма и позитивистскую социологию.

В современной буржуазной юриспруденции значительное влияние получила иная, чрезмерно широкая и, как правило, антимарксистская по своим практико-политическим целям трактовка позитивистской теории права. Так, по мнению В. Фридмена, позитивизм в праве — это «эмпирическое направление», которое выступает против идеалистических теорий естественного права, отвергает «метафизические идеи a'priori» и «заменяет их верой в наблюдение». Другими словами, это — «научный метод, распространенный на «практический разум», включая право»[5]. Очевидно, это слишком расплывчатый критерий, не подчеркивающий специфику позитивизма, позитивистской теории права. Поэтому в рамки данного направления В. Фридмен включает не только аналитическую школу Дж. Остина и социолого-позитивистские доктрины права XIX в. (спенсиаризм, утилитаризм), но также американских «реалистов», солидаризм Л. Дюги, этнологические и компаративистские теории права и даже марксизм[6].

Близок к этой трактовке Ф. Скиллерн. «Позитивизм и позитивисты, — полагает он, — подходит к праву как человеческому институту, который должен быть определен эмпирическими доказательствами»[7].

Тем самым марксистская теория права отождествляется с действительно позитивистскими концепциями, чуждыми ей как в познавательном, так и в идеологическом аспектах.

К данной позиции примыкает представитель экзистенциалистской теории права Э. Фехнер. Позитивизм,

[5] Friedmann W. Legal Theory, 4th ed. London, I960, p. 255—256.

[8] Ibid., p. 255—256.

[7] Skillern F. Law, Obligation and Morality: what is the Individual's Responsibility? Oregon Law Review, 1973, vol. 52, N 2, p. 112.

по его мнению, — это «представление, которое в основу понимания мира кладет только естественнонаучно установленные факты» и в трактовке природы человека исходит из «экономических и политических отношений, из реальных потребностей в мире и стабильности, из фактических представлений и фактически признанных ценностей», т. е. направление, которое признает лишь «эмпирические», «реальные» факторы развития и не учитывает «идеальные», «метафизические» факторы. Позитивистский подход, полагает Э. Фехнер, приводит к «узким» трактовкам права в виде «одностороннего эмпирического социологизма», «биологизма», «экономизма (марксизма)» или отождествления права с «произвольными установлениями государственной власти»[8].

Подобные интерпретации позитивизма, в основном со стороны представителей идеалистической философии права, игнорируют коренную противоположность позитивистской и марксистской, диалектико-материалистической теорий права. Последняя решительно отвергает основные принципы позитивизма (феноменализм, «односторонний», вульгарный эмпиризм и т. д.) и в то же время весьма далека от вульгарного, «одностороннего» экономизма, который ей пытаются приписать Э. Фехнер, В. Фридмен и многие другие.

На основе философии позитивизма, в рамках позитивистской теории права второй половины XIX — начала XX в. сложились два направления: первое — юридический позитивизм, или аналитическая юриспруденция как один из теоретических способов обоснования формально-догматического метода, одна из разновидностей формально-догматической теории права; второе — социологический позитивизм — непосредственный предшественник буржуазной социологии права XX в.

Юридический позитивизм в узком смысле слова, или аналитическая юриспруденция, продолжая традиции юридического мировоззрения буржуазии, стремился рассматривать право как самодовлеющую форму в отрыве от содержания. Юридический позитивизм явился одним

[8] Fechner E. Rechtsphilosophie. Soziologie und Metaphjsik des Rechts. 2 Aufl. Tubingen, 1962, S. 35—36, 53, 63—64, 74.

из теоретических выражений формально-догматической юриспруденции, формально-догматического метода. Применяя философию позитивизма, юридический позитивизм свел наблюдаемые явления к текстам источников права, преимущественно .закона, и ограничил юридическую науку догмой права, а именно описанием, обобщением, систематизацией и классификацией нормативных предписаний законодателя и выработкой на основе этого соответствующих юридических понятий и конструкций. Из проблематики юридической науки как таковой были исключены не только сущностные и аксиологические аспекты права (общая черта всей позитивистской юриспруденции), но и социальная обусловленность права, его возникновение, структура и функционирование в общем потоке социальных взаимосвязей и отношений.

Социологический позитивизм не ограничивался догмой права, но, в отличие от юридического позитивизма, считал ее вспомогательной, чисто технической частью теории права, стремился понять право в связи с его содержанием, т. е. прежде всего выработать *социологическое* понятие права, а также поставить и решить проблему возникновения и функционирования права («динамика» права) во взаимосвязи с другими многообразными фактами, отношениями и т. п. Здесь была применена та же, позитивистская методология и теория познания. Однако право было истолковано уже не формально-догматически, как абстрактная система нормативных предписаний суверенной власти государства, а как один из взаимосвязанных социальных фактов, как широкая социальная структура, социальный порядок в контексте других фактов-явлений.

Юридический позитивизм взял у философского позитивизма теорию познания и отбросил его социологические идеи. Напротив, социологический позитивизм ориентировался на позитивистскую социологию в ее вульгарно-биологической, социал-дарвинистской, натуралистической и психологической разновидностях. В рамках этого направления развивалось также историко-сравнительное правоведение, компаративистская теория права.

Многие буржуазные исследователи предлагают иную классификацию позитивистских концепций права.

Так, В. Фридмен выделяет в позитивистской теории права следующие направления: 1) аналитическую юриспруденцию (в качестве метода доминирует формальная логика); 2) утилитаризм, эволюционизм, биологизм; 3) «экономизм (марксизм)»; 4) солидаризм (дюгизм); 5) социально-психологическую школу («реалисты»); 6) этнографическую теорию права и компаративизм[9].

М. Э. Майер насчитывает четыре разновидности позитивизма в праве: «абстрактно-обобщающий» (соответствует аналитической юриспруденции и юридическому позитивизму), социологический, психологический и исторический[10].

Э. Вольф различает позитивизм «логический», исторический и натуралистическо-социологический[11].

На наш взгляд, неверно выделять натуралистический, исторический, биологический и т. п. позитивизм наряду с социологическим и юридическим. Правильнее было бы говорить о двух направлениях теории права, основанной на философии позитивизма, о двух направлениях позитивистской теории права: юридическом и социологическом позитивизме, поскольку речь идет о классификации не позитивистской социологии, а позитивистской теории права. В противоположность юридической догматике, натуралистический и психологический позитивизм ориентируются на «социологическое», т. е. неформалистическое понятие права и, следовательно, входят в социологический позитивизм как его разновидности, или варианты.

В данном случае должен быть применен специфический именно для теории права критерий классификации: рассматривается ли право как «факт-явление» формально-догматически, в отрыве от прочих явлений социальной действительности или же, напротив, оно берется как социальный факт в контексте других явлений.

Что касается историко-сравнительного изучения права, то это скорее метод, нежели общая теория права, опирающаяся на особое, отличное от социологического, понятие права. Историко-сравнительное исследо-

[9] Friedmann W. Legal Theory, p. 255—256.
[10] Mayer M. S. Rechtsphilosophie. 3 Aufl. Berlin, 1933, S. 16.
[11] Wolf E. Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistgeschichte. 4 Aufl. Tubingen, 1963, S. 627, 660.

вание права как метод изучения ориентируется на одно из социологических понятий права и в этом смысле не может быть поставлено в один ряд с натуралистическим и психологическим вариантами социолого-позитивистского понятия права и социологического позитивизма.

Понятие «юридический позитивизм» не получило одинакового значения в соответствующих исследованиях по истории политических и правовых учений. Поэтому прежде чем приступить к изложению основных черт юридического позитивизма в России, необходимо сделать несколько предварительных замечаний о том, какой круг учений должен включаться в данное направление.

Юридический позитивизм не следует отождествлять со всей позитивистской теорией права, или позитивизмом в праве, второй половины XIX в. Юридический позитивизм представляет собой лишь один из ее вариантов, или тенденций, а именно один из способов теоретического обоснования формально-догматического подхода к праву, формально-догматической теории права с помощью философии позитивизма.

Юридический позитивизм не сводится к формально-догматическому методу, к формально-догматическим приемам обработки права, он выливается в определенную теорию права, в которой важнейшие правовые понятия обоснованы с позиций философии позитивизма в преломлении через формально-догматическое мышление и юридическое мировоззрение.

Формально-догматический метод, кроме того, может быть обоснован и с иных философских позиций (неокантианство, феноменология, неопозитивизм). Поэтому юридический позитивизм не тождествен не только позитивистской теории права, но и теоретическому обоснованию формально-догматического метода.

Юридический позитивизм есть лишь один из конкретно-исторических вариантов формально-догматической теории права. Формализм означает здесь, что исследуемые явления воспринимаются догматически и сводятся к текстам закона, к текстам источников права, к нормативным суждениям законодателя в отрыве от их реального содержания, социальной обусловленности, социального контекста, социальной структуры, со-

циального функционирования. В результате получается абстрактная система понятий, или, по выражению Р. Иеринга, «юриспруденция понятий», из которой элиминируется социально-классовое содержание права, его сущностные и социологические аспекты. Действующее право воспринимается в этой теории некритически, на веру, т. е. именно догматически. Оно воспринимается как позитивный очевидный факт, не нуждающийся в каком-либо оправдании. Тем самым понятие права, понятие позитивности, установленности права получает свое подкрепление в основных принципах философии позитивизма.

Понимая под юридическим позитивизмом определенную, конкретно-историческую разновидность формально-догматической теории права, обоснованную с позиций философии позитивизма в условиях капитализма XIX в., следует признать нецелесообразным включение в данное направление: а) позитивистских теорий права, стремившихся выработать социологическое понятие права, социологический подход к праву, т. е. ориентирующихся не на формально-догматический метод, а на позитивистскую социологию в ее натуралистическом и психологическом вариантах (юриспруденция интересов Р. Иеринга и его последователей, психологическая теория права и др.); б) формально-догматических теорий права, основанных на иных, непозитивистских в их «классическом» для XIX в. варианте концепциях. Формалистические теории права, основанные на неокантианстве («чистая теория права» Г. Кельзена), неопозитивизме и лингвистической философии (концепция права Х. Л. А. Харта), относятся собственно к юридическому неопозитивизму и выходят за рамки юридического позитивизма XIX в., ориентировавшегося на «первый» (О. Конт, Дж. Ст. Милль, Г. Спенсер) и «второй» (махизм, эмпириокритицизм) позитивизм и некоторые другие варианты философского позитивизма данного периода.

Вряд ли возможно согласиться с теми исследователями, которые слишком широко трактуют юридический позитивизм, склонны отождествлять его со всей позитивистской теорией права XIX в.

Так, польские ученые К. Опалек и Е. Вроблевский фактически отождествляют позитивистскую юриспру-

денцию XIX в. с юридическим позитивизмом, к которому относят два направления, или две тенденции: «путь к логике правовых конструкций» (Дж. Остин, К. Бергбом), т. е. позитивистскую формально-догматическую теорию в собственном смысле, и «путь к натурализму» («поздний» Р. Иеринг, Дж. Салмонд, Дж. Грей), т. е. социологически ориентированный позитивизм, который отступает от формалистического понятия права [12].

К этой позиции близок Э. Боденхеймер. Под юридическим позитивизмом он понимает формально-догматическую юриспруденцию, основанную на философских принципах позитивизма. Юридический позитивизм, по его мнению, стремится ограничить задачу юридической науки «анализом и анатомированием позитивного юридического порядка» и «под позитивным правом имеет в виду те юридические нормы, которые установлены властью государства». В то же время Э. Боденхеймер полагает, что юридический позитивизм (legal positivism) делится на два направления: «аналитический позитивизм» и «социологическую форму юридического позитивизма» [13]. Однако Э. Боденхеймер не учитывает, что под сформулированное им понятие юридического позитивизма не может подойти «социологическое», т. е. неформалистически ориентированное понятие права. Точку зрения Э. Боденхеймера разделяет также Юлиус Стоун [14].

К. Ланерц, в свою очередь, выделяет три направления-тенденции в «юридическом позитивизме»: нормативизм, социологизм и психологизм [15].

В. А. Туманов, исходя из того, что в конце XIX в. «позитивизм обнаружил явную тенденцию к перерастанию в «юриспруденцию понятий», где уже теряется четкая грань между действительно нужной формально-логической обработкой права и отвлеченным логизиро

[12] См.: Опалек К. и Вроблевский Е. Юридический позитивизм. — В кн.: Против правовой идеологии империализма. Под ред. В. А. Туманова. М., 1962, с. 54, 57, 60, 62.

[13] Bodenheimer E. Jurisprudence. The Philosophy and Method of the Law. Cambridge (Mass.), Harvard Univerity Press, 1974, p. 94, 95.

[14] Stone J. The Province and Function of Law. Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1961, p. 31.

[15] Larenz K. Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart. 2 Aufl. Berlin, 1935, S. 16.

ванием, между работающими конструкциями и абстрактным конструированием, между выработкой нужных понятий и игрой в понятия», также отождествил юридический позитивизм со всей позитивистской юриспруденцией [16].

Если отождествлять юридический позитивизм со всей позитивистской теорией права XIX в. и в то же время под юридическим позитивизмом понимать только формально-догматическую теорию права, то в таком случае пришлось бы безбрежно расширять само понятие «формализм». Последний, по мнению К. Опалека и Е. Вроблевского, проявляется в буржуазной теории права в трех видах: «1) правовые явления изучаются в связи с якобы существующей некой объективной, идеальной действительностью (долженствование, оценка); 2) они рассматриваются как проявления психологических и социологических процессов; 3) правовые явления сводятся к текстам источников права» [17].

Формализм, т. е. отрыв формы от содержания, гипертрофия формально-логического момента исследования, ограничение исследования логической формой правовых явлений в отрыве от их конкретно-исторического содержания, вряд ли может быть распространен на первые два значения, указанные авторами.

Конечно, вся буржуазная юриспруденция XIX в. в значительной степени тяготела к формализму и догматизму в широком смысле, поскольку была далека от правильного решения проблемы социальной природы права. Однако применительно к юридическому позитивизму понятие «формально-догматический» употребляется в более узком смысле, с целью подчеркнуть формалистичность понятия права в этом направлении, в отличие от социологически ориентированного понятия права (юриспруденция интересов, психологическая теория права, генетическая социология права и т. д.). Понятие права как юридически защищенного интереса и понятие права как нормативного приказа суверена отделены с этой точки зрения весьма большой дистанцией. Очевидно, «путь к натурализму» несовместим с фор-

[16] См.: Туманов В. А. Буржуазная правовая идеология. К критике учений о праве. М., 1971, с. 173, 114—115, 168.

[17] Опалек К. и Вроблевский Е. Юридический позитивизм, с. 28.

малистическим понятием права. Несмотря на то что юриспруденция интересов и другие варианты социологического позитивизма второй половины XIX в. содержали многие элементы формально-догматической юриспруденции (к тому же следует учесть наличие эклектических теорий) и все их стремления создать социологию права фактически ограничились попыткой выработать социологическое понятие права, тем не менее в целом они уже в исходных своих пунктах отрицают формально-догматическое понятие права и, следовательно, основанное на этом понятии формально-догматическое направление.

С другой стороны, чрезмерно широкая трактовка юридического позитивизма получается также за счет того, что к нему относят основанные на иных философских принципах формально-логические концепции права.

Так, К. Опалек и Е. Вроблевский включают в это направление не только позитивистские формально-догматические доктрины XIX в., но также и основанную на трансцендентально-логическом неокантианстве (Марбургская школа) и логическом позитивизме (Венский кружок) «чистую» теорию права, или нормативизм Г. Кельзена, феноменологический нормативизм Кауфмана и Шрайера.

Но дело в том, что представители неокантианства и других философских направлений, обосновывавших формалистическую, «чистую» теорию права в XX в., отрицают некоторые основные положения позитивизма XIX в. (в его «первом» и «втором» вариантах). Сохраняя формально-догматический метод, они вырабатывают иное, отличное от прежнего юридического позитивизма понятие права и теорию права в целом. Теоретическое обоснование формально-догматического метода, формально-логического подхода осуществляется здесь с иных философско-методологических позиций. Поэтому эти концепции права, несмотря на близость во многих отношениях к юридическому позитивизму XIX в., имеют существенную специфику как в познавательном, так и в идеологическом аспектах и вследствие этого открывают новую главу в истории формально-догматической юриспруденции.

К типичным представителям юридического позити-

визма исследователи единодушно относят Дж. Остина, Ш. Амоса, К. Гербера, П. Лабанда, Г. Ф. Шершеневича. Но именно у этих правоведов ярко выражена формально-догматическая трактовка права. Поэтому следовало бы сохранить название «юридический позитивизм» именно за этим направлением позитивистской теории права, которое, в отличие от социологического позитивизма, ориентируется на формально-догматическое понятие права («путь к логике правовых конструкций», «аналитический позитивизм», «формалистический позитивизм» и т. д.). Иными словами, юридический позитивизм и социологический позитивизм являются двумя самостоятельными направлениями того течения буржуазной теории права, которое базируется на принципах философии позитивизма. В таком случае «путь к натурализму» (юриспруденция интересов, доктрины Дж. Грея, Дж. Салмонда, частично, по крайней мере в области понятия права, Н. М. Коркунова и др.) должен рассматриваться как предшественник социологической юриспруденции новейшего времени, поскольку он исключал формалистическое понятие права, ограничение общей теории права так называемой догмой права и стремился выработать социологическое понятие права.

Широкое распространение получило утверждение о том, что юридический позитивизм происходит от понятия «позитивное», т. е. установленное право. Согласно этой версии, юридический позитивизм якобы не связан с философским позитивизмом и является теорией, отрицающей естественное право и спекулятивно-метафизическую философию права. Это мнение высказано давно, причем среди самих сторонников юридического позитивизма. Так, один из ведущих представителей этого направления в Германии К. Бергбом заявлял: «С «позитивизмом» и «позитивной» философией Ог. Конта этот термин, естественно, не имеет ничего общего. Ог. Конт не знал вообще учения о праве и государстве, тем более «позитивного» учения, но растворял эти науки вместе с другими науками в громадной по широте «социологии». Применимость принципов «позитивной философии» к философии «позитивного» права весьма сомнительна»[18].

[18] Bergbohm K. Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Bd 1. Leipzig, 1892, S. 51.

Вариацией данной трактовки является позиция американского исследователя юридического позитивизма С. Шумана. Во-первых, как и многие другие исследователи правовых учений, он противопоставляет юридический и философский позитивизм. Последний, по его мнению, используется для описания скорее особой философской позиции, нежели юриспруденции как таковой. Во-вторых, С. Шуман считает, что аналитическая юриспруденция (Дж. Остин и др.) не является разновидностью юридического позитивизма. «Аналитическая юриспруденция, — пишет С. Шуман, — не есть теория о природе права, в то время как юридический позитивизм является именно таковой... Аналитическая юриспруденция есть скорее путь, метод создания юриспруденции. Аналитическая юриспруденция не является объяснением того, что есть право. Напротив, юридический позитивизм есть как раз такое объяснение. Он не является методом, с помощью которого делается юриспруденция» [19].

Макс Лазерсон, посвятивший специальную работу краткому обзору теории права в России второй половины XIX — начала XX в., основную черту указанного направления видит в отрицании естественного права, а также в догматической и «дескриптивной» трактовке права. Все это, по его мнению, восходит к понятию «позитивности», «установленности» права (в смысле отрицания естественного права) и поэтому якобы, «не имеет ничего общего с позитивизмом философским»[20].

К. Опалек и Е. Вроблевский также весьма скептически настроены в отношении того, чтобы связывать юридический позитивизм с теорией познания философского позитивизма. Философский позитивизм, по их мнению, является «направлением, так же мало определенным, как и юридический позитивизм. ...Можно провести меж-

[19] Shuman S. Legal Positivism. Its scope and limitation. Detroit (Michigan), 1963, p. 12—13.

[20] Laserson M. Die russische Rechtsphilosophie. Mit einem Vorwort von G. Radbruch. Berlin—Grunewald; см. также: Тоцкий Н. М. Научное значение юридического позитивизма. — «Право и жизнь». М., 1926, кн. 4—5, с. 4—5; Пяткина С. А. Юридический позитивизм в России. (Из истории русской буржуазной правовой мысли). Канд. дис. Л, 1965, с. 75—76; Нур Фарахат М. Юридический позитивизм (критический анализ). Автореф, канд. дис. М., 1975, с. 5.

ду ними определенную аналогию, обоснованность которой, однако, носит дискуссионный характер». В результате такой позиции авторы приходят к следующему выводу: «Сходство позитивистской философии и юридического позитивизма является следствием общих социально-исторических условий, на почве которых они возникли и развивались. Оба эти течения можно рассматривать лишь как одинаковые результаты однозначных условий. Что же касается аналитической юриспруденции, то в отличие от континентального позитивизма для нее нельзя найти соответствующего философского направления, если только не рассматривать в качестве такого скептицизм агностиков — последователей Юма»[21].

Логически подобная точка зрения завершается противопоставлением юридического и философского позитивизма.

Но тогда возникает вопрос: на какой же философско-методологической основе базируется юридический позитивизм, если не на философском позитивизме?

В этой связи Макс Лазерсон предлагает вместо понятия «юридический позитивизм» употреблять понятие «юридическая догматика», поскольку, по его мнению, в России на рубеже XIX—XX вв. «догматический позитивизм принадлежит собственно не к позитивистской, а к идеалистической школе». Доказательство подобного вывода М. Лазерсон видит в том, что представители юридического позитивизма в России, к числу которых он относит Г. Ф. Шершеневича и Н. И. Палиенко, «склоняются к признанию и других, не догматических способов изучения правового материала»[22].

Подобное заключение не может быть принято, поскольку оно исходит из ошибочного положения об «абсолютной» формалистичности юридического позитивизма. Между тем ни английская аналитическая школа права (Дж. Остин и его последователи), ни представители континентального позитивизма (К. Гербер и др.) не отрицали возможность рассмотрения права с позиций социологии, политики или этики. Однако в отличие от «идеалистических» школ представители юридического

[21] Опалек К. и Вроблевский Е. Юридический позитивизм, с. 39—40.

[22] Lasers on M. Op. cit., S. 35—36.

позитивизма (в том числе Г. Ф. Шершеневич) считали подобные подходы к праву областью философии, этики, политики или социологии и исключали такие подходы из науки права, или юриспруденции «в строгом смысле слова» и, что особенно важно, устраняли подобные аспекты (социологический, психологический, этический и т. п.) из самого понятия права.

В отличие от «идеалистического» плюрализма (например, баденской школы неокантианства), позитивизм исходит из монистического понятия права. Позитивистской концепции о единстве предмета познания, который дан (а не задан) в опыте как «натуралистический», «естественнонаучный», «очевидный» эмпирический факт-явление, чужд релятивистский и плюралистический подход к праву. Напротив, баденская школа неокантианства критикует позитивистов за элементы «натуралистичности» и «объективизма» в трактовке права как предмета познания и вырабатывает плюралистическое, многоаспектное понятие права. Вследствие этого многочисленные подходы к праву (ценностный, социологический, психологический и т. п.) оказываются в пределах понятия как права, так и науки права. Неокантианский плюрализм, очевидно, весьма отличается от того позитивистского «плюрализма», о котором пишет Лазерсон.

Что касается Н. И. Палиенко, которого Лазерсон относит к представителям типичного философского позитивизма, то на основе анализа его взглядов нельзя делать вывод о позитивизме в целом. Дело в том, что он в своих последних работах действительно отступает от юридического позитивизма и склоняется к неокантианскому, в духе Д. дель Веккио, противопоставлению бытия и долженствования и на основе этого подходит к плюралистическому понятию права. «Догматика права, — заявляет Н. И. Палиенко, — представляет собою лишь один из видов изучения права, изучение лишь определенной стороны правовых явлений* поскольку последние выражаются в нормах и рассматриваются лишь со стороны содержания правового долженствования, то есть того, что определено в нормах права»[23].

[23] Палиенко Н. И. Задачи и пределы юридического изучения государства и новейшее формально-юридическое исследование проблем государственного права. Спб., 1912, с. 89. Ср.: Vecchio G. del. L'idee d'une science du droit uneversel compare. Paris, 1910.

Юридический позитивизм нt равнозначен формально-догматическому методу как таковому, совокупности технико-догматических приемов обработки законодательного материала. Юридический позитивизм представляет собой определенную теорию права, в рамках которой дается концептуальное обоснование формально-догматического метода и вырабатывается определенное понятие права (в результате чего данная теория приобретает и *политический* характер). Теория права в своих понятиях основывается на определенной философии и теории познания. Причем возникновение, становление той или иной философии и ориентирующихся на нее отраслевых теорий может происходить параллельно. Первоначально философско-методологические и мировоззренческие положения могут складываться в отраслевых науках стихийно, и лишь на более позднем этапе сформировавшаяся в развитом виде философия начинает более сознательно и на более высоком уровне проникать в ту или иную отраслевую теорию. В определенной степени это применимо и к становлению такой теории права, как юридический позитивизм.

Тот факт, что философия позитивизма и юридический позитивизм складывались и развивались параллельно, отнюдь не свидетельствует об отсутствии философских установок позитивизма в концепциях Дж. Остина и других ранних представителей этого направления, как полагают К. Опалек и Е. Вроблевский. Речь должна идти лишь о степени развитости этой теории, о масштабах сознательной или стихийной опоры на философию позитивизма. В данном случае значение подобного соотношения философии и юриспруденции в генетическом аспекте усиливается вследствие особенностей позитивистской трактовки логического соотношения философии и частных наук: философия, с точки зрения позитивистов^ не имеет самостоятельного предмета исследования и"возникает лишь как сумма теоретических обобщений частных наук.

Кроме того, следует учитывать, что позитивизм не сводится к философии Ог. Конта, Дж. Ст. Милля и Г. Спенсера. Различают так называемый «первый» позитивизм, который представлен названными мыслителями и их последователями, и «второй» позитивизм (махизм, эмпириокритицизм). «Суть дела, — отмечал

В. И. Ленин, — состоит в коренном расхождении материализма со всем широким течением позитивизма, внутри которого находится и Ог. Конт и Г. Спенсер, и Михайловский, и ряд неокантианцев, и Мах с Авенариусом»[24]. В этом аспекте правомерно говорить не только о контистском, но и кантианском (некоторые варианты неокантианства), и о юмистском (английские агностики — последователи Д. Юма) позитивизме[25]. Поэтому точка зрения, отрицающая непосредственную связь аналитической юриспруденции Дж. Остина с философией позитивизма на том основании, что этот правовед ориентировался на английских агностиков — последователей Д. Юма, представляется неубедительной.

К. Бергбом, С. А. Ященко и другие совершают логическую ошибку: они отождествляют позитивизм с одной из его разновидностей и тем самым искажают суть дела. «Марксизм отвергает не то, чем отличается один позитивист от другого, а то, что есть у них общего, то, что делает философа позитивистом в отличие от материалиста»[26]. К. Бергбом, К. Гербер, П. Лабанд и многие другие немецкие правоведы опирались не на контистский, а на кантианский вариант позитивизма. Тем не менее с другими вариантами философского позитивизма и с социологическим позитивизмом в юриспруденции их объединяет общность философско-методоло--гических основ, одна и та же, *позитивистская* теория познания.

Анализ гносеологических основ теории юридического позитивизма показывает, что она ближайшим и непосредственным образом относится к «позитивной философии», в рамках которой находятся и Дж. Остин, и К. Гербер, и Г. Ф. Шершеневич. Но, в отличие от социологического позитивизма, гносеологические принципы данной философии применяются здесь для обоснования формально-догматического метода: позитивистски интерпретируемые «факты-явления» сводятся предста-

[24] Ленин В. И. Поли. собр. соч., т. 18, с. 214.

[25] «О неокантианском позитивизме», в частности, пишет Г. Лукач (Lukacs G. Die Zerstorung der Vernunft. Berlin. 1954, S. 432). В. Грабарь и Е. Балох относят К. Бергбома к «предшественникам неокантианства» (Zeitschrift fur Volkerrecht, Bd XIV, 1928, S. 559—563; Encyclopaedia of the Social Sciences, vol. 2. №ew York, 1935, p. 522).

[28] Ленин В. И. Полн. собр. соч., т. 18, с. 214.

вителями юридического позитивизма к текстам источников права, преимущественно к нормативным суждениям законодателя.

Таким образом, юридический позитивизм «не имеет ничего общего» (слова К. Бергбома) с социологией Ог. Конта, но отнюдь не с позитивистской теорией познания. Напротив, последняя, по нашему мнению, является его непосредственной философско-методологической основой, на которой вырабатываются основные понятия теории юридического позитивизма, прежде всего понятие права.

Последовательно развитое теоретическое обоснование главных положений юридического позитивизма: отказ от познания сущностных и аксиологических аспектов права, формально-догматическое исследование права, формалистическое понятие права и т. д. — все это осуществлялось с помощью позитивистской гносеологии, сознательно или стихийно, и без нее не могло бы стать *теорией* права как таковой.

Более того, юридический позитивизм как теоретическое обоснование формально-догматического метода, т. е. как формально-догматическая теория права, *необходимо* опирается на философию позитивизма (юмистского, контистского или кантианского) и *не*опозитивизма.

Попытки применить неопозитивистскую философию для обоснования формально-догматического метода, как показывает история буржуазной правовой мысли, не могли не дать иные, отличные от позитивизма трактовки основных юридических категорий, и прежде всего — понятия права. Например, в рамках трансцендентально-психологической (баденской) школы неокантианства, критиковавшей формально-догматическую ограниченность юридического позитивизма и пытающейся решить социологические и аксиологические проблемы права (например, теория права Б. А. Кистяковского), формально-догматическая трактовка права (догма права) удерживалась лишь как один из многих аспектов плюралистического понятия права и всей теории права.

Поэтому рассматривать возникновение и развитие юридического позитивизма и философского позитивизма как параллельные, но причинно не связанные между собой явления, лишь как «одинаковые результаты однозначных условий» (К. Опалек и Е. Вроблевский) или

вообще отрицать то, что в основе юридического позитивизма лежит именно позитивистская гносеология,— значит или оставить в тени, или вовсе игнорировать принципиальную и необходимую связь той или иной теории права (в данном случае юридического позитивизма) с определенной философией, которая является общим методом такой теории. Это значит методологически разоружать себя в выяснении основных категорий данной теории, ибо теоретическое обоснование главных юридических категорий, прежде всего понятия права, немыслимо без опоры на ту или иную философию.

Юридический позитивизм, бесспорно, связан с понятием «позитивности», «установленности» права, отрицающим естественное право. Но констатация этой связи как таковой еще недостаточна для характеристики той теории права, каковой является юридический позитивизм. Сама теоретическая трактовка «позитивности», равно как и формально-догматического подхода, уходит корнями в определенную философию, выражена как ориентирующаяся на определенную философию и конкретизирующая эту философию применительно к учению о праве система теоретических категорий и понятий, иначе это будет не теория, а лишь конкретно-исторический политико-правовой взгляд. Как только встает вопрос о способе обоснования «позитивности» права, о самом понятии права, то прежде всего обнаруживается выход на ту или другую философию.

О «позитивности» права в смысле отрицания естественного права говорят представители не только юридического позитивизма, но и сторонники других направлений: феноменологической философии (Р. Циппелиус), ряд неогегельянцев (И. Колер)[27] и другие. Однако деидеологизация юридической науки, отрицание самостоятельного предмета философии и общей теории права, формалистическое понятие права и т. п., — все это не может быть обосновано лишь ссылкой на «позитивность» права. Напротив, сама эта «позитивность» истолковывается в определенных теоретических (философ-

[27] Zippelins R. Das Wesen des Rechts. Eine Einfuhrung in die Rechtsphilosophie. 3 Aufl. Munchen, 1973, S. 80—81; Kohler J. Lehrbuch der Rechtsphilosophie. 3 Aufl. Berlin—Grunewald, 1923, S. 44—45, 47—48.

ско-теоретических) рамках и тем самым оказывается не просто конкретно-историческим политико-правовым взглядом или технико-прикладным, идеологически нейтральным способом обработки правового материала, а именно политико-правовой теорией, со всеми вытекающими отсюда последствиями, в том числе определенным способом обоснования (в данном случае косвенным оправданием) конкретно-исторических политических и правовых взглядов и учреждений.

Итак, анализ непосредственной связи юридического позитивизма с позитивистской философией является необходимым условием исследования понятийного аппарата, основных черт, познавательных и идеологических функций данной теории права. Это возможно сделать только в том случае, если понимать юридический позитивизм как формально-догматическую теорию права, основанную на философии позитивизма.

2. Основные черты юридического позитивизма (Г. Ф. Шершеневич и др.)

1. Юридический позитивизм вырос на почве формально-догматической юриспруденции как теоретическое ее обоснование. Догма права (и тесно связанная с ней юридическая техника) является одной из составных частей юриспруденции, однако пути развития последней таковы, что разработка различных ее аспектов происходит неравномерно.

Развитие буржуазного по духу законодательства в России (реформы 60—70-х годов XIX в.) создавало практическую почву для интенсивной разработки догмы права. Спекулятивно-метафизическая философия права с ее дедуктивным априорным методом не годилась для эмпирического обобщения, классификации и систематизации, т. е. главных догматических приемов. Первичная научная обработка юридического материала, непосредственно выходящая на юридическую практику, могла успешно развиваться лишь при создании относительно развитой догмы, отвечающей новым условиям развития законодательства.

Юридическая догма создавала приемы формально-логической обработки нормативного (законодательного)

материалаи его совершенствования в рамках заданной политической программы (в России — курс на постепенную дальнейшую капиталистическую трансформацию правового строя, намеченную в буржуазных реформах 60—70-х годов). Именно этот курс законодательства воспринимался в качестве догмы правоведами буржуазно-либеральной ориентации. Способы толкования норм служили для разъяснения их смысла. Но, кроме того, необходимо было упростить, упорядочить и преобразовать весь нормативный материал в единую систему. Эту задачу прежде всего и преследовала юридическая догматика.

Впервые наиболее полно приемы формально-догматической обработки права обосновал Рудольф фон Иеринг[28]. В этой связи Б. Виндшайд (и с этим согласны ведущие юристы второй половины XIX в.) отмечал, что Р. Иеринг представил «первый поиск обоснования техники права»[29].

Представители формально-догматического правоведения и юридического позитивизма, в том числе Г. Ф. Шершеневич, Е. В. Васьковский и другие в России, опирались на соответствующие положения формально-логической обработки нормативного материала, предложенной немецкими юристами, и прежде всего Р. Иерингом.

Важнейшими элементами догматического процесса и, следовательно, задачами юридической догматики, как они представлялись Р. Иерингу и его последователям в России, являются: описание (подготовительная стадия), обобщение и установление юридических принципов, юридические определения, классификация и систематизация, создание юридических конструкций[30].

Юрист-догматик не выходит за рамки формально-логической обработки нормативного материала (описа-

[28] Ihering R. von. Geist dos romischen Rechts auf dem verschiedenen Stufen seine Entwicklung, Bd 2. Abth. 2. 3 Aufl. Leipzig, 1875, S. 309 389.

[29] Windscheid B. Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd 1. Dusseldorf, 1906, § 24, Anm. 2.

[80] См.: Васьковский Е. В. Цивилистическая методология, ч. 1. Учение о толковании и применении гражданских законов. Одесса, 1901, с. IV,XIV, 316—368; см. также: Шершеневич Г. Ф. Философия права, т. 1. Часть теоретическая. Общая теория права. Вып. 1—4. М., 1911—1912, с. 768—784.

ние, обобщение, дефиниций, классификация, систематизация). Догматик берет существующий юридический материал в качестве непреложного эмпирического факта, он не создает новых законов и норм, не ставит вопроса о целесообразности существующих норм, а занимается формально-логической обработкой существующего законодательства, т. е. воспринимает существующие нормы именно как догму. На основе этого юрист-догматик имеет дело в дальнейшем уже не столько с живым, действующим правом, сколько с препарированными в догматическую систему понятиями. Каждый возникший практический случай подводится под какое-либо юридическое понятие, входящее в формально-догматическую систему понятий, принципов и положений, и тогда «остается только применить те принципы и правила, которые приурочены к этому понятию в догматической системе». «Словом, — с одобрением рассуждает Е. В. Васьковский, — процесс применения права, переработанного в научную систему, сводится к разъяснению и соединению небольшого сравнительно числа элементов, т. е. к операции, сходной с математическими вычислениями. А так как элементы, над которыми работает юрист, тоже являются понятиями, то его деятельность вполне соответственно может быть охарактеризована метким выражением Савиньи, как счет понятий» [31].

Без формально-догматической обработки права юриспруденция не может обойтись. Но когда эта первичная и вспомогательная научная задача превращается в самоцель и единственное занятие юриспруденции, тогда последняя отделяет себя глухой стеной от живого права, от прогрессивного развития и превращается в средство консервации и апологии существующего, даже если это существующее изжило себя. Применительно к конкретно-историческим условиям России это была апология и догматизация пробуржуазного законодательства и всего политико-правового строя, делавшего медленные, половинчатые и непоследовательные шаги по капиталистическому пути. С этой точки зрения юридический позитивизм в конечном счете выражал противоречивые позиции либеральной буржуазии.

[31] Васьковский Е. В. Цивилистическая методология, с. 344.

То, что представители юридического позитивизма *с* удовлетворением называли «системой научных понятий»[32], Р. Иеринг, впоследствии критикуя это направление, справедливо охарактеризовал как «юриспруденцию понятий», игру в понятия, подчеркивая тем самым схоластический характер подобной юриспруденции[33].

Вследствие определенных социально-исторических и гносеологических предпосылок формально-догматическая юриспруденция во второй половине XIX в. заняла господствующее положение. Попытка построить теорию права всецело на почве гипертрофированных формально-догматических аспектов правоведения и нашла свое выражение в юридическом позитивизме.

Представители рассматриваемого направления придерживаются тезиса позитивизма о том, что философия не имеет собственного предмета и метода, отдельного от специальных наук. «Материал философского исследования, — пишет Г. Ф. Шершеневич, — тот же самый эмпирический материал, что и в науках; методы разработки одни и те же, как у философии, так и у наук»[34]. Задача философии — в суммировании результатов, достигнутых отдельными науками. Это — так называемый аналитический аспект позитивизма. «Специальная задача философии заключается в объединении тех выводов, которые даются отдельными науками, в видах построения цельного научного миросозерцания. Сырой материал, уже обработанный, систематизированный и обобщенный рядом наук, поступает в философию только для окончательной отделки», — полагает Г. Ф. Шершеневич[35].

Следствием такого подхода в конечном счете является ликвидация философии как особого самостоятельного вида исследования, отрицание познавательной ценности философского исследования. Единственным источником знания признаются только конкретные исторические науки, ограниченные знанием лишь явлений, а не их сущности (об этом см. ниже). Сложная цепь

[32] Васьковский Е. В. Цивилистическая методология, с. 322.
[38] Ihering R. von. Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. 5 Aufl. Leipzig, 1892, S. 347.
[34] Шершеневич Г. Ф. Общая теория права, вып. 1. М., 1911, с. 10.
[35] Там же, с. 10.

dзаимосвязи философии, науки, практики при этом вульгаризировалась и деформировалась феноменалистической догмой.

Все это распространяется Г. Ф. Шершеневичем и на философию права и общую теорию права. Философия права, по его мнению, отличается от общей философии «не качественно, а количественно». «Среди юридических наук философия права призвана играть в миниатюре ТУ же роль, какая выпала на долю философии в отношении всего человеческого знания... Философия права должна ставить своей задачей то же, что составляет предмет изучения отдельных юридических наук»[36].

Позитивистский подход к философии права и общей теории права страдал существенным дефектом. Общая теория права опирается на данные отраслевых юридических наук. Это так. Однако она не только суммирует результаты отдельных отраслевых юридических наук, как полагает Г. Ф. Шершеневич, но и исследует общие и специфические закономерности права в целом, вырабатывает целостный взгляд на право и его место среди других общественных явлений. Кроме того, и философия и общая теория права выполняют особые мировоззренческие и методологические функции по отношению к отраслевым юридическим наукам, такие функции, которые не присущи отдельным специальным отраслевым юридическим дисциплинам. Предмет философского познания права обладает не просто «количественной», а именно «качественной» спецификой по сравнению с предметами отдельных отраслевых юридических наук. Философия имеет свой собственный предмет, не совпадающий с суммой специальных наук. Она исследует всеобщие закономерности явлений природы, развития общества и человеческого мышления. В свою очередь, общая теория права занимает как бы промежуточное положение между философией и отдельными отраслевыми юридическими дисциплинами. Общая теория права, применяя общие философские положения, познает основные закономерности права в целом. Поэтому общую теорию права нельзя сводить к сумме отраслевых юридических наук, к механическому обобщению задач и проблем, общих для нескольких отраслевых дисци-

[36] Шершеневич Г. Ф. Общая теория права, вып. 1, с. 19.

плин. Отличие общей теории права от отдельных отраслевых юридических дисциплин не «количественное», как полагает Г. Ф. Шершеневич, а именно «качественное», отличие по предмету исследования.

Отмеченная черта методологических основ теории права Г. Ф. Шершеневича является выражением реакции на спекулятивно-метафизическую философию XVIII—XIX вв., которая оказалась неспособной решить, философско-методологические проблемы, выдвигавшиеся развитием наук и практикой. В значительной степени по этой причине старая идеалистическая спекулятивно-метафизическая философия права была вытеснена позитивистской общей теорией права. На смену философии права как метафизическому учению об абсолютных началах права пришла общая теория права, опиравшаяся на эмпирическое изучение положительного опытного материала. Единственным источником знания позитивисты считали конкретные (эмпирические) науки и отрицали познавательную ценность философского исследования. «Научная философия, — заявлял Г. Ф. Шершеневич,— должна оперировать только теми методами, которыми пользуются отдельные юридические науки»[37]. Г. Ф. Шершеневич, как и другие позитивисты, стремился выработать систему позитивного знания о праве, знания, основанного только на «фактах» (знание, непосредственно «данное»), а не на метафизической спекуляции и априорном знании. Критикуя спекулятивно-метафизическую философию права, Г. Ф. Шершеневич впал в другую крайность: он вообще отверг теоретическую спекуляцию и умозрение как средство получения знаний. Поэтому собственно философские проблемы права (его сущность, причины, конечные цели, онтологический статус права и др.), которые вследствие им высокой абстрактности не могут быть ни решены, ни проверены посредством «обобщения» или во всяком случае труднодоступны опытному решению[38], Г. Ф. Шершеневич с позиций позитивизма объявил ложными и лишенными смысла.

Вопросы о сущности, причинах, целях и ценностях права Г. Ф. Шершеневич и другие позитивисты считали

[37] Шершеневич Г. Ф. Общая теория права, вып. 1, с. 19.
[38] Философский словарь. Под ред. М. М. Розенталя. Изд. 3-е. М., 1975, с. 318.

метанаучными и наподобие опытных приемов описательной ботаники и зоологии стремились создать эмпирическую теорию права, ограниченную описанием явлений. Познание сущности права, по мнению позитивистов, невозможно для науки: юриспруденция, по их мнению, имеет дело только с правовыми *явлениями,* и только описание их сосуществования и функциональной связи между ними без попытки проникнуть в их сущность составляет ее единственную задачу.

Отсюда важнейшая черта позитивистской теории права, и юридического позитивизма в том числе, — *феноменализм.* «Невозможно познать сущность правовых явлений, — выражал общепринятое положение позитивизма А. Х. Гольмстен, — для познания этих явлений, ввиду тесной связи, между ними существующей, достаточно знания их соотношения»[39].

Эту же позицию занимает другой видный представитель юридического позитивизма в России, профессор Харьковского университета Н. И. Палиенко. «И если до сих пор некоторые философы права полагают, что сущность права имеет метафизический характер, может быть понята лишь по раскрытии метафизических первооснов, и продолжают и ныне искать метафизическую сущность права, то, во всяком случае, научное правоведение, не могущее базировать свое понимание права на таких метафизических спекулятивных предположениях, остается в границах эмпирического познания и занимается изучением права, как явления действительной жизни. Лишь исходя из данных, добытых путем научного исследования, реальных правовых явлений, юриспруденция может образовать и углублять свое научное понятие права»[40].

Философия права, призывал Г. Ф. Шершеневич, должна отказаться от попытки «обнаружить за правовыми явлениями всякую идею права, раскрываемую разумом. Научная философия права строит свои понятия только на положительном праве. Ее построения должны быть результатом только наблюдения над яв-

[39] Гольмстен А. Х. Несколько мыслей о позитивизме в науке права. — «Журнал гражданского и уголовного права», 1884, кн. 3; Он же. Юридические исследования и статьи. Спб., 1894, с. 1.
[40] Палиенко Н. И. Учение о существе права и правовой связанности государства. Харьков, 1908, с. 203—204.

лениями действительной жизни»[41]. «Задача философии права с теоретической стороны, — утверждает он, — ограничивается установлением отличительных признаков тех явлений общественной жизни, которые носили и носят в разное время и у разных народов название права, государства, преступления и т. п. Дело философии права выяснить, в чем заключается то единообразное, что давало основание соединить с многообразными явлениями одно и то же представление и наименование»[42]. «Наука, — заявляет Г. Ф. Шершеневич, — имеет дело с явлениями, и только их изучение, сравнение, обобщение, классифицирование возможны для науки»[43]. Исследование же того, что стоит за этими явлениями и что, «может быть», составляет их «неизвестную причину и сущность» по мнению лидера юридического позитивизма в России, никогда не станет достоянием юридической науки. «Метафизика, — полагает он, — невозможна не потому, что ее вопросы не стали еще предметом научного исследования, а потому, что они никогда не станут достоянием науки. Мы можем в подробности изучить земной мир и даже солнечную систему, — и все же никогда не постигнем мира в его пространственной бесконечности. Мы можем в точности установить время появления человеческого рода на земле и все ступени пройденного им развития, — и все же мы никогда не откроем, зачем человечеству нужно было появиться на земле, для чего каждый человек в отдельности зарождается и умирает»[44]. Так же и в области исследования права: науке, по мнению позитивистов, никогда не станут доступны «проклятые» вопросы — познание сущности правовых явлений, их причины, конечные цели и т. п.

Неправильное решение общефилософской проблемы познания, феноменализм и отрицание абсолютной истины приводят позитивистов к глубоко дефектному воззрению на познание права, к ограничению горизонта исследования узкоэмпирическими явлениями, без попытки проникнуть в их сущность. Фактически это вело позитивистов к агностицизму. Невозможность постиже-

[41] Шершеневич Г. Ф. Общая теория права, вып. 1, с. 20.
[42] Там же, с. 21.
[43] Там же, с. 7—8.
[44] Там же, с. 22.

ния сущности права Г. Ф. Шершеневич характеризовал следующим образом: «Стена, разделяющая познаваемое от непознаваемого, обладает волшебным свойством: чем длиннее лестница, которую приставляет человек с целью перелезть через стену, тем выше вверх уходит сама стена. Чем меньше знает человек, тем легче кажется ему преодолеть препятствие»[45].

Всякое философствование по поводу сущности права он считает метафизическим и ненаучным, так как такие рассуждения, по его мнению, нельзя подкрепить «точным, критически проверенным знанием»[46]. Здесь, утверждает профессор, открывается поле для фантазии и нет места знанию. В этом смысле метафизика права, по его мнению, уподобляется религии, вере. Человек, рассуждает Г. Ф. Шершеневич, может, конечно, верить в то или иное решение метафизических вопросов права, но это «не будет научный ответ, обставленный доказательствами, обращенными к его уму, и метафизика, которая берется за такие задачи, неизбежно уходит в область религиозного верования и поэтического творчества» [47].

Следовательно, метафизическую философию права Г. Ф. Шершеневич принципиально отождествлял с религией как антиподом науки. «Религия и наука действуют не в разных областях, а в одной и той же, они не сотрудники, а соперники». Поэтому вера, пишет он, несовместима со знанием, с существованием научного, единого, цельного и связанного миропонимания. Человек не может раздвоиться на знающего и верующего, не может, с одной стороны, ничего не принимать на веру и все критиковать, с другой стороны, верить без критики. «Научная философия, — полагает Г. Ф. Шершеневич,— должна строиться не на вере и не на веру, а на точном, критически проверенном знании»[48].

В условиях царской России подобная позиция имела оппозиционное звучание, так как шла вразрез с официальной идеологией, религиозно-мистическими тенденциями и фидеизмом. Не случайно поэтому царское правительство препятствовало преподаванию позитивист-

[45] Шершеневич Г. Ф. Общая теория права, вып. 1, с. 8.
[46] Там же, с. 14
[47] Там же, с. 8.
[48] Там Же, с. 14.

ской философии и социологии в высших учебных заведениях страны, не без основания усматривая в этом направлении опасность для идеологических устоев прогнившего господствующего режима. Противники позитивизма из лагеря идеалистической философии, до некоторой степени не без основания, полагали, что для русской буржуазной интеллигенции конца XIX в. позитивизм был тождествен с материалистической метафизикой и истолковывался исключительно в духе материализма [49].

Однако следует учитывать, что в целом позитивизм с его феноменалистической догмой и агностицизмом был направлен не только против религии и метафизики, но и в не меньшей степени против любой попытки решить сущностные проблемы права, следовательно, и против марксистско-ленинской диалектико-материалистической теории права.

Исключение сущностных и аксиологических проблем из теории права тормозило развитие юридической науки, и поэтому оно должно быть поставлено в вину юридическому позитивизму в качестве одной из главных его ошибок. Знание права освобождалось от философской интерпретации, а общая теория права превращалась в обобщенный обзор систем знаний конкретных отраслевых юридических наук. Научное исследование права сводилось позитивизмом к описанию правовых явлений, законов их последовательности, сосуществования, структуры и функциональных зависимостей между этими правовыми явлениями. Юридическая наука и ее законы, утверждают позитивисты вслед за Ог. Контом, отвечает на вопрос «как», а не на вопрос «почему». Тем самым известная формула творца позитивизма «знать — чтобы предвидеть, предвидеть — чтобы обладать силой» приобретала весьма ироническое значение, ибо главным тезисом юридического позитивизма являлся феноменализм и агностицизм. В. И. Ленин с полным основанием подчёркивал в этой связи, что агностик — это позитивист

Позитивизм закрывал дорогу познанию классовой сущности буржуазного права, его эксплуататорской

[49] См.: Ленин В. И. Полн. собр. соч., т. 19, с. 168; см. также: Современная буржуазная философия, с. 75.

[50] См.: Ленин В. И. Полн. собр. соч., т. 18, с. 107.

природы, объявляя все подобные попытки метафизикой и религией, несовместимыми с наукой. Тем самым юридический позитивизм скатывался к агностицизму и субъективному идеализму: понятия, принципы и категории юриспруденции рассматриваются им как субъективные абстракции мышления, которые не могут отражать объективную сущность права. Попытка позитивистов встать и над спекулятивно-метафизической философией права, и над диалектико-материалистическим учением о праве оказалась в конечном счете очередным вариантом идеалистического понимания права.

3 Одна из основных черт юридического позитивизма заключается в том, что наука права фактически сводится к юридической догматике. Социологический, этический и т. п. подходы к праву в принципе не отрицались этим направлением, но они при этом или выводились вообще за рамки юридической науки, или считались дисциплинами вторичного и прикладного характера.

В России эту точку зрения одним из первых обосновал С. В. Пахман. Попытку выработать «синтетическую» теорию права и выйти за рамки формально-догматического обобщения, связать право с его социальным содержанием и на основе этого дать понятие права как социального явления в контексте других явлений С. В. Пахман считает посягательством на чистоту юриспруденции как науки «догматико-систематической», стремлением лишить юриспруденцию «значения науки и права на самостоятельное существование»[51].

С. В. Пахман исходит из противопоставления двух по их содержанию и задачам теорий права (наук о праве): во-первых, так называемой «бытовой», или «историко-философской», и, во-вторых, «юридической теории», «юридической науки в собственном смысле», «юриспруденции как самостоятельной науки»[52].

С. В. Пахман не отрицает, что право тесно связано с интересами и потребностями, которые оно защищает и охраняет; что право выступает как одно из средств для достижения тех или других жизненных целей. Но эти

[51] Пахман С. В. О современном движении в науке права. Сиб., 1882, с. 13, 19.

[52] Там же, с. 20, 24, 25, 43, 50—51, 66—67.

жизненные отношения, интересы, цели и т. п. — все это, по его мнению, является лишь *«внешней»* стороной права, фактической жизненной почвой, на которой оно существует[53]. Изучение этих «внешних» аспектов и составляет задачу «бытовой» теории права, утверждает С. В. Пахман.

Юридическая же теория, или «наука права в собственном смысле», по его мнению, изучает право «само по себе», «независимо от вопроса о происхождении и развитии права, от тех жизненных целей, которые в нем осуществляются, или вообще от тех сил, которые порождают право». Эта теория должна изучать «не цели и силы, служащие двигателями в развитии права, а те элементы, из которых слагается содержание права»[54]. Парадокс состоит в том, что под «содержанием» права в данном случае С. В. Пахман имеет в виду формально-логический аспект права, право как «чистую» форму в отрыве от содержания. Именно здесь проявляется наиболее ярко формализм юридического позитивизма. Напротив, подлинное содержание права он считает чем-то «внешним», посторонним для права. Тем самым его рассуждения направлены против социологической юриспруденции (С. А. Муромцев и др.). «Так, по взгляду исследователей «бытовой» теории права, — пишет С. В. Пахман, — они изучают внутреннюю (жизненную) сторону права, а юристы — внешнюю (формальную); по взгляду же юристов, наоборот: юридическая теория изучает внутреннюю область права, а бытовая — внешнюю». Юридическая теория «не выходит за пределы права, замыкаясь исключительно в его сфере. Такова задача юридической науки, изучающей, так сказать, внутреннюю область права»[55].

Юридическая теория, призывает он, должна быть строго формальной наукой, она «изучает право не с точки зрения интереса, а с точки зрения меры, грани, величины». В этом смысле юридическая наука, по его мнению, подобна математике: «элемент математический лежит в основе всей юридической науки в собственном

[53] Пахман С. В. О современном движении в науке права, с. 21, 25, 43.
[54] Там же, с. 21.
[55] Там же, с. 21, 25, 43.

смысле»; она исследует право как «меру, как математическую величину». В понимании права как «логической величины» юридическая теория должна отрешиться от всяких «социальных примесей»[56]. С этой точки зрения С. В. Пахман отвергает социологическое понятие права как интереса (Р. Иеринг, С. А. Муромцев, Н. М. Коркунов) и отстаивает формально-догматический подход к праву. Задача «юриспруденции как самостоятельной науки», по его мнению, состоит не в изучении жизненных основ права и социальной природы права в связи с другими социальными факторами, а в исследовании «внутренней природы права как права и, следовательно, лишь в логической конструкции юридических понятий; она не выходит за пределы этих понятий, имея в виду лишь выяснение внутреннего, логического между ними соотношения». Цель юридической теории — «не в непосредственной интерпретации положительных норм, а в создании общей системы юридических понятий... по своему существу она есть логическая система юридических понятий»[57].

Следовательно, С. В. Пахман отстаивает два взаимосвязанных и характерных для юридического позитивизма положения: формалистическое понятие права и ограничение юриспруденции формально-догматическими задачами исследования[58].

Формально-догматический подход к праву составляет главную особенность юридического позитивизма и его основную задачу. Социологическое, политическое, философско-этическое изыскания в праве признаются важными, но они выходят за рамки «юриспруденции в собственном смысле», отходят на второй план, составляют предмет вспомогательных, «прикладных», «не чисто юридических» наук. «Бытовая» теория права и «собственно» юридическая теории, по С. В. Пахману, соотносятся как «чисто теоретическая часть» и «прикладная», «систематика, статика, анатомия» и «физиология, динамика». «Историко-бытовые и «философско-политические» исследования, несмотря на их важность в прак-

[56] Там же, с. 24, 26.
[57] Там же, с. 49, 63.
[58] Там же, с. 20, 38, 67.

тическом движении права, объявляются лежащими вне юриспруденции в собственном смысле слова[59].

Положение о формально-догматической, «чистой» теории права, вслед за С. В. Пахманом, отстаивали также другие представители данного направления в России.

Так, А. Х. Гольмстен, разделяя точку зрения С. В. Пахмана, противопоставлял «юридическую статику», или «юриспруденцию в собственном смысле слова», под которой понималась формально-догматическая юриспруденция, «юридической динамике», или «бытовой» теории права[60]. Таким образом, позитивистский тезис о науках «статических» и «динамических» А. Х. Гольмстен пытается применить для оправдания формально-догматического характера юриспруденции.

К позиции С. В. Пахмана и А. Х. Гольмстена примыкает также и Г. Ф. Шершеневич. Он выделяет две главные задачи философии права: во-первых, теоретическую — познать «право, как оно есть» и, во-вторых, практическую — представить «право, каким оно должно быть»[61].

Теоретическая задача философии права, по мнению Г. Ф. Шершеневича, заключается в исследовании всех тех главных понятий, которые лежат в основе юридических наук и которые принимаются ими большей частью догматически. Высшим и основным понятием является понятие права. Сюда же относятся вопросы об образовании права, о нарушении права, о применении права, о создаваемых правом отношениях. Теоретическая часть философии права ориентируется на позитивное право, «право, как оно есть», познает его догматически и воздерживается от критики и идеальных построений. Философия в своей теоретической части «не должна подставлять под реальные понятия свои идеальные представления, выдавать за право то, что, по ее мнению, должно бы быть правом»[62]. Философия права

[59] См.: Пахман С. В. О современном движении в науке права, с. 25, 37, 43, 45, 66.

[60] См.: Гольмстен А. Х. Юридические исследования и статьи. Спб., 1894, с. 6. См. также: Рождественский А. Основы общей теории права. М., 1912, с. 5—9.

[61] Шершеневич Г. Ф. Общая теория права, вып. 1, с. 20.

с теоретической стороны «ограничивается установлением отличительных признаков тех явлений общественной жизни, которые носили и носят в разное время и у разных народов название права, государства, преступления и т. п.»[83].

У философии права, по Г. Ф. Шершеневичу, есть и практическая задача, поскольку вообще наука рядом с теоретическими ставит и практические цели. «Отказываться от этой практической задачи — значит пренебречь настоятельными запросами переживаемой действительности. Современное правоведение тоскует по идеалу»[64]. «Правоведение, — упрекает Г. Ф. Шершеневич, — несомненно провинилось перед обществом тем, что, порвав с традициями естественного права, пренебрегло своими задачами в сфере критики и политики и за это потеряло общественные симпатии. Восстановить свою истинную высокую роль еще не поздно. И не в догматике должно происходить это обновление, не заменою догматики социологическими исследованиями, не путем разных приемов свободного толкования, а именно в критике существующего, в политике долженствующего. Тогда юриспруденция перестанет быть «служанкой у законодателя», как внушал ей Б. Виншайд, а станет гласной советницей законодателя, руководительницей всей социальной жизни»[65].

В соответствии с этими двумя главными задачами философия права, по Г. Ф. Шершеневичу, распадается на две самостоятельные составные части: теоретическую (общая теория права) и практическую (политика права). К ним присоединяется еще третья — историческая, которая выясняет юридические понятия и практические цели в области политики и права в их историческом развитии на протяжении различных эпох и тем самым помогает рассмотреть современные юридические понятия как продукт исторического развития. В результате философия права представляет собой три самостоятельные дисциплины: общую теорию права, историю философии права, политику права[66].

[62] Там же, с. 20.
[63] Там же, с. 21.
[64] Там же, с. 25.
[66] Шершеневич Г. Ф. Общая теория права, вып. 4, с. 805.
[66] Шершеневич Г. Ф. Общая теория права, вып. 1, с. 24.

Позиция Г. Ф. Шершеневича на первый взгляд весьма резко отличается в своей постановке от юридического позитивизма второй половины XIX в., ограничивавшего область юриспруденции формально-догматическим рассмотрением права. Однако это различие не следует преувеличивать. Уступки «критико-политическому» подходу к праву в принципе не выходят за рамки общих методологических установок юридического позитивизма. В духе традиционной аналитической юриспруденции Г. Ф. Шершеневич сводит общую теорию права к догматике права, к формально-догматической юриспруденции. Г. Ф. Шершеневич против замены догмы права (которую он отождествляет с общей теорией права) социологией права, а также против синтетической общей теории права, соединяющей догматический и социологический подходы. Он отвергает попытку внести социологическую точку зрения в общую теорию права. Социологический подход к праву, по Г. Ф. Шершеневичу, возможен лишь в рамках общей социологии, но отнюдь не в качестве социологической общей теории права. Нельзя допустить, заявляет профессор, чтобы социологическое изучение правовых явлений «составило особую от социологии науку»[67]. «О вытеснении догматики, составляющей сущность юридических наук, социологическим правоведением не может быть и речи, потому что задачи их слишком различны... Нельзя говорить о социологическом правоведении, как науке, стоящей рядом с догмой того или другого права. Социологическое изучение правовых явлений возможно только для общей науки социологии. Социологически нельзя исследовать какую-либо сторону общественной жизни, например право. Исследование какой-либо стороны в связи с прочими сторонами общественной жизни не может составлять предмета специальных наук, вроде правоведения, потому что это сама социология и есть»[68].

Г. Ф. Шершеневич резко выступил против тех ученых, которые, как, например, Г. Канторович и другие[69], критикуя юридический позитивизм, предлагали создать

[67] Шершеневич Г. Ф. Общая теория права, вып. 1, с. 54.
[68] Там же.
[69] Kantorowicz H. Rechtswissenschaft und Soziologie. Karlsruhe, 1962, S. 27—33, 92, 134—139.

самостоятельную науку — социологию права, опирающуюся на социологическое, а не формально-догматическое понятие права. Полагая, что социологическая юриспруденция и юридическая социология в принципе тождественны друг другу, Г. Ф. Шершеневич пытался оторвать социологический метод от правоведения, от общей теории права. «Социология, — заявлял он, — изучает социальные явления в их взаимодействии, и изолирование той или другой группы общественных явлений для обособленного изучения противоречит задаче социологического исследования. Можно с социологической точки зрения рассматривать хозяйство, мораль, религию, право, но нельзя говорить об экономической, этической, религиозной или юридической социологии. Социология едина и самостоятельна. Юрист, работающий, например, над вопросом о процессе дифференциации норм и обособлении права, превращается в социолога. Следовательно, социологический метод, строго говоря, не есть метод правоведения, а метод социологии, применяемой к правовым явлениям ввиду интереса такого их освещения в правоведении»[70].

Отсюда следует, что на долю общей теории права и всей юридической науки как таковой, по Г. Ф. Шершеневичу, приходится лишь догматическая обработка, формально-логическое обобщение правовых явлений. Общая теория права, с его точки зрения, есть не социологическая, а догматическая наука, наука догмы права, формально-догматическая юриспруденция. Социологическим же изучением права должна якобы заниматься не общая теория права, а общая социология. Социологическая по духу теория права, с точки зрения Г. Ф. Шершеневича, не имеет права на существование в рамках юриспруденции.

В социологической юриспруденции догме права отводилось весьма скромное, подчиненное место. Так, у С. А. Муромцева догма права является прикладной наукой, юридической техникой, «юридическим искусством» с целью облегчения практического применения права[71]. Напротив, в юридическом позитивизме общая теория права и вся «теоретическая» юриспруден-

[70] Шершеневич Г. Ф. Общая теория права, вып. 4, с. 793.
[71] См.: Муромцев С. А. Что такое догма права?, с. 11.

ция исчерпывается догмой права, формально-догматическим подходом. Юридическая наука и в ее рамках общая теория права сводятся именно к догматике, к формально-догматической юриспруденции.

Что касается так называемой «практической», «прикладной» юриспруденции (практической философии права, бытовой теории права, политики права, социологии права и т. д. и т. п.), то она выводится за рамки юридической науки, за рамки теории права и рассматривается как прикладная наука на стыке философии, социологии, психологии, этики. «Если философия права, в своей практической части, ставит вопрос, какие цели желательно достигнуть при помощи того мощного оружия, которое называется правом, она выходит за границы правоведения и почерпает свои положения в этическом источнике»[72]. «Политика права, предлагающая в систематическом виде объединенные общей идеей меры достижения социальных целей, не есть наука, а искусство, или, лучше сказать, является не чистой наукой, а прикладной. Теоретическую основу для политики права составляют догматика, история, социология, психология»[73].

Поскольку «практическая» часть философии права (политика права), по мнению Г. Ф. Шершеневича, находится вне общей теории права, то вся в целом «философия права», считает он, является не юридической дисциплиной, а составной частью общей философии[74].

Таким образом, общей чертой юридического позитивизма является отождествление теории права (теоретической юриспруденции) с догмой права (формально-догматической, аналитической юриспруденцией). При этом социологический, политический, этический и т. п. аспекты права выносятся за рамки общей теории права и образуют так называемую «прикладную» дисциплину — политику права (или законодательную политику, политику законодательства, «бытовую» теорию права и т. п.), которая занимается оценкой действующего права и предлагает систему мер, направленных на изменение существующего порядка законодательным путем.

[72] Шершеневич Г. Ф. Общая теория права, вып. 1, с. 25.
[73] Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. вып. 4, С. 804—805.
[74] Шершеневич Г. Ф. Общая теория права, вып. 1, с. 25.

Политика права или политика законодательства с точки зрения юридического позитивизма является уже не юридической дисциплиной как таковой, а составной частью политики (у других — моральной философии или социологии и т. п.).

Этот подход свойствен юридическому позитивизму не только в России (С. В. Пахман, А. Х. Гольмстен, Г. Ф. Шершеневич), но также аналитической школе права (Дж. Остин и его последователи) и континентальному позитивизму (К. Бергбом, А. Меркель и др.).

Так, по мнению К. Бергбома, «юриспруденция учит нас не практическому, она есть нечто теоретическое, чистое знание абстрактных понятий о праве, как оно есть, а не каким оно должно быть (идеальное право завтрашнего дня). Право, каким оно должно быть, — это предмет не юриспруденции, а политики, которая оперирует не догматическим, а критическим методом»[75].

Другой представитель юридического позитивизма А. Меркель, который так же, как и К. Бергбом, сохраняет за общей теорией права название философии права, считает, что общей теории права, или философии права (понимаемой в духе формально-догматической юриспруденции), чужда якобы практическая сторона, она лишь познает мир таким, каков он есть[76]. Оценка и критика права, суждения о его желательном изменении — все это, по мнению А. Меркеля, является задачей не теоретической юриспруденции, а прикладной, политики права.

Эта позиция в принципе была обоснована еще родоначальником юридического позитивизма Дж. Остином. Отсюда критика Дж. Остином естественного права и различных попыток соединить теоретическую юриспруденцию как «чистую» науку с прикладной «наукой законодательства» (the science of legislation), а также против аналогичных попыток в области морали смешать «чисто научную» теорию позитивной морали с деон-

[75] Bergbohm K. Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Bd 1, S. 103.

[76] Merkel A. Uber das Verhaltnis der Rechtsphilisophie zur «positiven» Rechtswissenschaft and zum allgemeinem Teil derselben — In.: Griinhuts. Zeitschrift fur das Privat- und offentliche Recht der Gegenwart, Bd 1, 1874, S. 418; Он же. Gesummelte Abhandlungen aus dem Gebiet des allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts. H. 1, Strassburg, 1899, S. 291—323,

тологией[77]. Наука юриспруденции (the science of jurisprudence), или кратко юриспруденция (jurisprudence), по его мнению, имеет дело с позитивным правом, с позитивными законами, изданными государством, т. е. с правом и с законами в «точном и строгом смысле слова», без рассмотрения того, хороши ли они или плохи. Наука позитивного права, или юриспруденция, не касается оценки права и справедливости в праве. Этим последним занимается особая, так называемая «наука законодательства» (the science of legislation) как отрасль этики. Ее предметом . является установление субъективных масштабов, с помощью которых измеряется и оценивается позитивное право и вырабатываются принципы, с позиций которых одобряется или осуждается действующее позитивное право[78]. Дж. Остин не отрицает влияния морали, различных социологических аспектов в создании, функционировании и изменении права, но в своей теории он считает возможным обойтись без этого элемента и создать особую, морально и политически нейтральную, «чисто научную» аналитическую (формально-догматическую) теорию права.

Таким образом, в юридическом позитивизме политика права не только отделяется, но даже противопоставляется общей теории права и выводится за рамки науки права вообще, обосновывается как отрасль или часть философии, этики, политики и т. д., а не юриспруденции. В этом аспекте в юридическом позитивизме, с одной стороны, намечается тенденция к методологическому плюрализму, развитому впоследствии неокантианцами, а с другой стороны, — путь к деидеологизации юридической науки.

В отличие от Дж. Остина, К. Бергбома и А. Меркеля, Г. Ф. Шершеневич включает политику права в философию права, но зато сама философия права, в его концепции, в этой «практической» своей части не является юридической наукой и превращается в часть общей философии, опирается на этику, социологию, историю и т. д. Следовательно, существенная общность

Positive Law, vol. 1, 5th ed. London, 1911, p. 86, 214.

[78] Austin J. The Province of Jurisprudence Defermined. Ed. by H. L. A. Hart. London, 1954, p. 126—127.

теории Г. Ф. Шершеневича с юридическим позитивизмом остается в неприкосновенности.

Иная точка зрения по этому вопросу высказана С. А. Пяткиной. На рубеже XIX—XX вв., когда эксплуататорское государство вынуждено было активно защищаться от пролетарской идеологии и Россия тоже стала империалистической страной, в этих условиях, по мнению С. А. Пяткиной, происходит «модификация юридического позитивизма». Его сторонники, в частности Г. Ф. Шершеневич, «стали обращаться к социологии», пытались «изучать право не только с точки зрения систематики, но и во взаимосвязи с другими общественными факторами»; юридический позитивизм от политического индифферентизма, который он ранее отстаивал, переходит к открытой борьбе. «Это означало существенное перерождение основных принципов позитивистской теории права. Так, Г. Ф. Шершеневич, конструируя философию права, свел ее к общей теории права, истории философии права и политике права»[79].

Данное мнение представляется не вполне точным. Теория права Г. Ф. Шершеневича примечательна тем, что она позволяет увидеть юридический позитивизм в его наиболее развитом виде, причем в период, когда он вынужден был защищаться от активных нападок со стороны социологической юриспруденции и идеалистической философии права и поэтому, вполне естественно, вынужден был большее внимание уделить взаимоотношению общей теории права в юридико-позитивистском понимании (т. е. догмы права) с «метаюридическими» (с точки зрения юридического позитивизма) аспектами права, более того, с методологических позиций, разработанных еще Дж. Остином, попытался перейти от теоретического признания политики права к ее практической разработке, по крайней мере ее основных принципов. Преждевременная смерть Г. Ф. Шершеневича помешала ему осуществить этот замысел: не увидела свет запланированная им политика права, опубликованы были только две части философии права — общая теория права и история философии права. Все же общие принципиальные соображения о политике права

[79] Пяткина С. А. О правовой природе теории русского юридического позитивизма. — «Правоведение», 1964, № 4, с. 120,

Г. Ф. Шершеневич успел изложить в первой части своей трилогии и в более ранних произведениях, посвященных методологии юридических наук. Во всяком случае его положения о соотношении общей теории права (догмы права) и политики права в основном совпадают с позицией по данному вопросу и Дж. Остина, и более поздних позитивистов — К. Бергбома, С. В. Пахмана, А. Х. Гольмстена и др. Иными словами, эта позиция является типичной для всего юридического позитивизма второй половины XIX в.

Рассматривая данное направление, следует учитывать, что оно не тождественно последующему неокантианскому нормативизму или юридическому неопозитивизму, основанному на лингвистической философии, как более радикальным попыткам обосновать формально-догматическую юриспруденцию, «очистить» ее от «социологических», «метаюридических» элементов, которые имелись в юридическом позитивизме. Методологические позиции юридического позитивизма принципиально не исключали некоторых метаюридических аспектов в понятии права. Можно сказать, что юридический позитивизм обосновывал формально-догматическую юриспруденцию не абсолютно, а лишь в виде *тенденции.* Это было связано с несколькими моментами, в том числе с характером философии позитивизма, на которую опиралось рассматриваемое направление.

С одной стороны, юридический позитивизм не мог обосновать социологический подход, последовательную социологическую теорию права, ибо последняя не совмещалась с формально-догматическим понятием права, поэтому юридический позитивизм подвергся резкой критике со стороны социологической юриспруденции. Причем эта критика активизировалась в начале XX в., в период 'кризиса буржуазного правосознания, в преддверии общего кризиса капитализма. Формально-догматическая юриспруденция уже не могла в этих условиях представлять всю юридическую науку, социология права и философия права властно заявили о своих правах и существенно потеснили юридический позитивизм.

С другой стороны, юридический позитивизм был в глазах сторонников «чистой» теории права недостаточно формалистичен, предполагал некоторые метаюридические элементы в теории права, впадал в противоре-

чия и тавтологии при определении права (об этом см. ниже). Подобный путь обоснования формально-догматической юриспруденции был связан с особенностями философии позитивизма, на которую опиралось рассматриваемое направление. Философия позитивизма второй половины XIX в. не давала возможности обосновать «чистый» нормативизм. Дело в том, что, несмотря на несомненные уступки агностицизму, позитивизм (О. Конт, Г. Спенсер, Дж. Ст. Милль), в отличие от неокантианского методологического и гносеологического плюрализма, исходил из положения о принципиальном единстве предмета познания. Применительно к изучению права последовательная реализация этого методологического положения в совокупности с другими принципами «первого» позитивизма XIX в. должна была вести к рассмотрению права и понятия права как социального факта во всех его аспектах и опосредованиях. Понятие социального факта, положение о взаимосвязи и взаимодействии (структурной и функциональной, статической и динамической) социальных явлений и другие принципы позитивистской философии скорее вели к социологической, нежели к формально-догматической интерпретации права. Не случайно поэтому становление социологии происходило в значительной степени на основе философского позитивизма. Методологические позиции позитивизма не давали возможности автоматически обосновать абсолютно «чистую» теорию права. Для этого предварительно необходимо было совершить определенную методологическую операцию: оставить гносеологию философского позитивизма, но в то же время отбросить его социологические идеи, поэтому для обоснования формально-догматической юриспруденции с позиций позитивизма недостаточно было применить принцип феноменализма (ограничение научного исследования наблюдением, описанием и систематизацией явлений, отказ от познания их сущности). Кроме того, предмет познания должен был быть истолкован целиком формалистически, т. е. все прочие «точки зрения» и грани предмета познания (социологическая, этическая, философская и т. д.) элиминируются из данного предмета исследования и рассматриваются не как аспекты теории (науки) права в собственном смысле, а как задачи других наук — соответственно со-

циологии, философии, этики, политики, истории, психологии. С позиций формализма представители юридического позитивизма отождествляли право с нормативными суждениями законодателя (об этом см. п. 5), стремились к максимальному формализму и в то же время вводили метаюридический аспект (определение права через государство).

Все это приводило сторонников юридического позитивизма к многочисленным противоречиям и вызывало недовольство этой теорией как со стороны буржуазной социологической юриспруденции, так и со стороны защитников более радикального и последовательного формализма. Именно в этом заключается одна из причин кризиса юридического позитивизма в начале XX в.

4. Отрицание спекулятивно-метафизической философии права и возможности познать сущность права представители юридического позитивизма использовали для отрицания естественного права. Дуализм естественного и положительного (позитивного) права они считали фикцией и заблуждением прежнего правоведения.

Получается, по мнению Г. Ф. Шершеневича, ошибочное удвоение правового порядка, которое напоминает удвоение реального мира в философии Платона.

Критику естественного права Г. Ф. Шершеневич строит на том, чтобы показать абсурдность утверждения о существовании одновременно двух правопорядков — естественного и позитивного. «Если естественное право нормирует жизненные отношения так же, как и положительное право, а не так, как это делает нравственность, приличие, то мы имеем перед собой несомненный и непостижимый дуализм. Если же естественное право выполняет свою задачу нормирования не так, как положительное право, то объект философии права рассматриваемого направления лежит где-то вне права. Что бы ни понимать под естественным правом, но одно несомненно для всех: оно резко противополагается положительному праву»[80]. В таком случае, спрашивает Г. Ф. Шершеневич, «где же двум совершенно различным понятиям присваивать одно и то же название права?» В любом случае «истинное право» будет только одно. Если им назвать так называемое

[80] Шершеневич Г. Ф. Общая теория права, вып. 1, с. 33.

«естественное право», тогда позитивное право теряет качество «права». Напротив, если право — это *позитивное* право, то «название «право» должно быть отнято у естественного права... На -почве дуализма, — полагает он, — происходит постоянно взаимное непонимание, столь вредное для науки и для жизни»[81]. Поэтому философия права, которая ставит своей задачей объяснить действительность, чтобы ее оценить, должна, по мнению Г. Ф. Шершеневича, прежде всего устранить дуализм в изучаемом объекте, а именно: отбросить понятие о естественном праве[82].

Естественное право в смысле права, параллельного с позитивным и являющегося источником, фундаментом, прообразом или идеалом позитивного права, Г. Ф. Шершеневич и другие представители юридического позитивизма решительно отвергают. Существует, по их мнению, только *позитивное* право, а все остальное, называемое правом, в том числе и естественное право, есть лишь этическая оценка действующего права с точки зрения того, каким право должно быть. Прежние естественно-правовые школы часто рисовали полный законопроект, который и предлагали взамен действующих законов. Новое естественное право, рассуждает Г. Ф. Шершеневич, отказывается от такой задачи и ограничивается нахождением общего принципа. Таким принципом для одних является нравственное сознание, для других — идея добра, для третьих — вечная справедливость. В любом случае, полагает он, философия естественного права уходит полностью в область этики. Представители естественного права, в его глазах, запутываются в противоречиях вследствие дуализма между естественным правом и правом позитивным, а также потому, что само выражение «естественное право», по мнению Г. Ф. Шершеневича, также двойственно[83].

Этически должное, на его взгляд, есть проявление субъективных оценок, изменчивых, различных, неустойчивых и не общеобязательных. Предметом же теории права должны быть не субъективные оценки права, а

[81] Там же, с. 33.
[82] Там же, с. 34.
[83] См.: там же, с. 35—38.

само право как действительный факт, как реальное явление. Задачи общей теории права заключаются в том, чтобы «определить понятие о положительном праве. Вниманию исследователя подлежит только то право, которое действует, но не то право, которое должно бы действовать. Этим ограничением избегается при определении понятия опасность смешения права с правовым идеалом, со справедливостью»[84].

Здесь Г. Ф. Шершеневич воспринимает тезис юридического позитивизма об установленности, позитивности права. Предметом науки юриспруденции, утверждал, например, родоначальник данного направления Дж. Остин, является «позитивное право», или «право в собственном смысле», независимо от того, является ли оно хорошим или плохим, независимо от так называемого «божественного права» и «позитивной морали». Существование права, заявлял Дж. Остин, — это один вопрос. Другое дело — хорошее или плохое это право, нравится оно нам или нет. Право, которое «актуально существует», есть право, хотя бы оно и не нравилось нам или отличалось бы от образца и масштаба, по которым мы измеряем наше одобрение или неодобрение позитивного права[85].

Таким образом, отрицание естественного права и всей рационалистической философии права XVII—XVIII вв. означало ближайшую реализацию исходных методологических принципов юридического позитивизма: исключения, во-первых, сущностных проблем права, во-вторых, аксиологического подхода к праву.

Эта черта юридического позитивизма имела двойственное значение. С одной стороны, она была некоторым шагом вперед в развитии общей теории права. Вслед за исторической школой права (и в этом смысле можно говорить о преемственности между этими двумя направлениями) позитивисты разрушали наивно-дуалистические варианты естественного права. Позитивисты показали, что в соответствующих теориях естественного права и основанных на них законодательных актах есть много несоответствующего действительности и служащего в качестве идеологической фикции, вместо

[84] Шершеневич Г. Ф. Общая теория права, вып. 1, с. 273.

[85] Austin J. Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. vol. 1, 4th ed. London, 1873, p. 177.

бога прикрывающегося разумом. Уже И. Бентам утверждал, что Декларации прав человека и гражданина представляют собой не что иное, как кодекс «анархических софизмов», не осуществляющихся в действительности. В этой связи призыв позитивистов исследовать право в реальной действительности как опытное явление, как данный, позитивный факт наносил удар по априорной, спекулятивно-метафизической философии права и способствовал оживлению эмпирических исследований права, без которых было немыслимо дальнейшее развитие юридической науки.

В то же время критика юридическим позитивизмом естественного права шла рука об руку с искусственным ограничением поля зрения юриспруденции. Позитивисты отрицали научную значимость сущностных и аксиологических аспектов правовой действительности. Поэтому они были не в состоянии оценить важность той проблематики, которую поставили и пытались решить новейшие течения естественного права. Позитивисты сосредоточили удар на очевидных просчетах и легко уязвимых местах естественного права, основанного на рационалистической философии XVII—XVIII вв. После критики в адрес естественного права со стороны исторической школы права не составляло большого труда опровергнуть наивно-дуалистические варианты естественного права, которое представлялось в виде готового действующего кодекса наряду с позитивным правом. Но дело в том, что не все теории естественного права XVII—XVIII вв. признавали дуализм правовых систем в столь наивной форме, как это изображали позитивисты. Кроме того, представители возрожденного на рубеже XIX—XX столетий так называемого естественного права снимали подобный дуализм, равно как и отвергали (например, Б. Н. Чичерин, Р. Штаммлер и др.) вывод о естественном праве как совокупности неизменных норм. Так, Б. Н. Чичерин, выдающийся представитель неогегельянской философии права, выдвинул концепцию естественного права с изменчивым содержанием (впоследствии сходная доктрина на неокантианской основе была развита Р. Штаммлером). Согласно этой концепции естественное право является умозрительным метафизическим началом, развивающимся в общественном сознании и соответственно в

правовой практике, и в то же время идеалом, к которому человек как разумное и свободное существо должен стремиться. «Приложение этого идеала к жизни зависит, с одной стороны, от развития сознания, с другой стороны, от разнообразия жизненных условий, с которыми необходимо сообразовываться»[86]. Изменчивость естественного права не означает, по Б. Чичерину, что в нем нет ничего, кроме неустойчивых положений, которые каждый народ и даже каждое поколение понимают и применяют по-своему. Правда, или справедливость и свобода, является разумным, постоянным началом права, с развитием которого в сознании и жизни развивается и право. Ступени развития свободы суть ступени развития права, так что полное раскрытие идеи права, «установление вполне разумного нравственного порядка, является не началом, а плодом исторического движения»[87]. Теория естественного права Б. Н. Чичерина была высоко оценена и поддержана видными философами права в России: П. И. Новгородцевым, Е. Н. Трубецким, Н. А. Бердяевым, Н. Н. Алексеевым, Б. А. Кистяковским, И. В. Михайловским и другими, которые продолжали начатую Б. Н. Чичериным борьбу с позитивистами[88]. Главный упор эти теории делали именно на сущностные и аксиологические аспекты права, на несводимость права к закону, на те объективные закономерности и основы, которые определяют позитивное право и направляют его развитие. Вся эта проблематика приобретала специфическую форму естественно-правовой философии в ее неогегель-

[86] Чичерин Б. Собственность и государство ч. 1. М., 1881, с. 87.

[87] Там же, с. 87—88; Он же. Философия права. М., 1900, с. 94—95. Более подробно о философии права Б. Н. Чичерина и ее антипозитивистской направленности см.: Зорькин В. Д. Из истории буржуазно-либеральной политической мысли России второй половины XIX — начала XX в. М., 1975, с. 20—39.

[88] См.: Михайловский И. В. Очерки философии права, т. 1. Томск, 1914, с. 36, 170—220; Новгородцев П. И. Из лекций по общей теории права. М., 1904; Он же. Кризис современного правосознания. М., 1909; Кистяковский Б. А» Социальные науки и право. М., 1916; Бердяев Н. О новом русском идеализме.— «Вопросы философии и психологии», 1906, кн. 5 (75); Он же. Опыты философские, социальные и литературные. М., 1907, с. 207; Трубецкой Е. Н. Учение Б. Н. Чичерина о смысле и сущности права. — «Вопросы философии и психологии», 1905, кн. 80.

янском, неокантианском и прочих вариантах. Находясь в плену феноменалистической догмы и формализма, юридический позитивизм оказался не в состоянии бороться с новым течением естественного права, представленного в начале XX в. концепциями Б. Н. Чичерина, Вл. Соловьева, П. И. Новгородцева, Б. А. Кистяковского и др. Об этом бессилии свидетельствует как раз тот охарактеризованный выше набор аргументов, который выставлял Г. Ф. Шершеневич против естественного права. Фактически эта критика была направлена против уже отживших вариантов естественного права XVII—XVIII вв., но она была бессильна перед лицом его новейших вариантов. В принципе в этом состоянии оказался не только юридический позитивизм, но и вся позитивистская теория права в целом.

5. Кульминационным пунктом юридического позитивизма является формально-догматическое понятие права. С позиций феноменализма, формализма и догматизма представители этого направления считали, что понятие права должно быть сугубо формальным, вне связи с его содержанием, сущностью, функциями, целями и пр. По мнению Г. Ф. Шершеневича, понятие права и его признаки можно выяснить «только при условии, если философия права откажется от исканий сущности основных понятий в материальной стороне, а постарается открыть ее с формальной стороны. Без перехода к формальному моменту философия права не выполнит своей задачи дать правоведению основные понятия, независимо от исторического многообразия»[89]. Как видно, в позитивистской теории Г. Ф. Шершеневича, феноменализм тесно связан с формализмом. Понятие права, в концепции профессора, должно строиться без учета «содержания норм права», на основе всецело «формального момента». С этих позиций Г. Ф. Шершеневич отвергает понятие права как интереса, свободы, свободной воли и т. п. «От материального момента необходимо обратиться к формальной стороне права. Дело не в том, какое поведение требуется нормами права, а как требуется поведение, указанное в нормах права»[90].

[89] Шершеневич Г. Ф. Общая теория права, вып. 1, с. 21
[90] Там же, с. 280.

Это положение воспринималось в качестве основного звена и другими представителями юридического позитивизма. «Юридическая теория как логическая величина», считал С. В. Пахман, должна отрешиться от «социальных примесей», от попыток определить право по его содержанию. С этой точки зрения С. В. Пахман, так же как и Г. Ф. Шершеневич, критикует юриспруденцию интересов Р. Иеринга[91]. К. Бергбом тоже полагал, что «система философии позитивного права» как формально-догматическая система понятий и тезисов должна отказаться от описания «действующих агентов и мотивов правообразования», от определения «материального содержания права». «Понятие права всегда и повсюду, было и есть чисто формальное». Только в этом случае, заявлял К. Бергбом, достигается «чистота юридического метода»[92].

Юридический позитивизм отвергает диалектическую логику, и поэтому задачу теории права он видит не в том, чтобы выяснить содержание и сущность права как специфической воли господствующего класса, а в том, чтобы отличить норму права по ее сугубо формальным признакам от прочих социальных норм-приказов. Требование формальной логики — definitio fit per genus et differentiam specifica — здесь приспособлено в целях защиты формально-догматического понятия права. Весь юридический материал, заявляет Г. Ф. Шершеневич, должен быть обобщен с помощью единого *видового* формального понятия нормы права, которое, в свою очередь, подводится под *родовое* понятие социальной нормы, также определяемой чисто формалистически[93]. Определение права, выражал это общераспространенное положение юридического позитивизма К. Бергбом, покоится на выяснении differentia specifica, т. е. выделении видового отличия юридических норм от прочих социальных норм[94]. Содержание и сущность социальных норм *(какое* поведение, в чем его специфика, цель, функции и т. п.) в таком случае исключается из понятия права и, следовательно, из пред-

[91] Пахман С. В. О современном движении в науке права, с. 26.
[92] Bergbohm K. Op. cit., S. 74, 90.
[93] Шершеневич Г. Ф. Общая теория права, вып. 1 с. 277.
[94] Bergbohm K. Op. cit., S. 82.

мета юриспруденции. По мнению Г. Ф. Шершеневича, достаточно установить то, *как* требуется поведение и *кто* требует соблюдения норм[95]. Таким образом, проблема понятия права сводится к установлению (на феноменалистическом уровне) формальных отличий правовой нормы от норм моральных, религиозных и пр.

Юридический позитивизм упускает из виду самое главное: почему определенные отношения закрепляются с помощью правовых норм, а другие лишь с помощью моральных, религиозных и др.? Поэтому перед вопросом: «Что такое право?» — юридический, позитивизм оказывается в растерянности и в конечном счете находится в плену тавтологических определений. Образцом последних является утверждение К. Бергбома: «Только то, что функционирует в качестве права, есть право, ничего кроме этого; и все это есть право без исключения» [96].

Формализм был тесно связан с феноменализмом и агностицизмом. Однако эти общие положения философского позитивизма были специфически преломлены юридическим позитивизмом через призму формально-догматического метода. Отказываясь от познания сущности правовых явлений, ограничивая научное исследование плоским эмпиризмом, юридический позитивизм истолковал сами эти эмпирические «факты» чисто формалистически, т. е. отождествлял «явления-факты» с текстами писаных законов, с приказами суверена.

Юридический позитивизм понимает под правом нормы, правила поведения, приказы, выражающие требования, обращенные государством к подчиненным. Право трактуется юридическим позитивизмом как совокупность общеобязательных норм (понимаемых в формально-догматическом плане), или правил поведения, обеспечиваемых принудительной силой государства и адресованных членам данного сообщества. Это типичное для юридического позитивизма определение права через государство, причем именно в формально-догматическом духе, сформулировал еще Дж. Остин. В его теории право «в собственном и строгом смысле» есть «аг-

[95] Шершеневич Г. Ф. Общая теория права, вып. 1, с. 202.
[96] Bergbohm K. Op. cit., S. 82.

регат правил, установленных политическим руководителем, или сувереном»[97].

Г. Ф. Шершеневич в принципе воспринимает эту позицию. Право, определяет он, есть нормы поведения, сопровождающиеся угрозой на случай их нарушения страданием, причиняемым органами государства[98]. Право — это «правила общежития, поддерживаемые государственной властью»[99].

Это определение отстаивали в различных вариациях и другие представители юридического позитивизма в России. Так, А. Рождественский рассматривал право как «совокупность внешнеобязательных норм, или правил, гарантированных государственной властью»[100].

По мнению Д. Д. Гримма, право есть «совокупность норм, признанных обязательными со стороны подлежащих органов государственной власти»[101].

Е. В. Васьковский также видит в праве «совокупность принудительных норм, или правил», исходящих от государственной власти[102].

В свою очередь, норма права при этом сводится к приказу, повелению государственной власти, к нормативному суждению законодателя.

«Всякое право, — утверждал Дж. Остин, — есть команда, приказ»[103]. И эту формулу в большей или меньшей степени воспринимали его последователи. «Право, — заявляет Ш. Амос, — есть приказ верховной политической власти государства с целью контроля действий лиц в данном сообществе»[104].

[97] Austin J. Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law, vol. 1, 4th ed., p. 89, 399; 5th ed., p. 87; см. также: Markby W. Elements of Law. 6th ed. Oxford, 1905, p. 3; Bergbohm K. Op. cit., S. 81—82, 546.

[98] Шершеневич Г. Ф. Общая теория права, вып. 1, с. 290.

[99] Там же, с. 368.

[100] Рождественский А. Основы общей теории права. М., 1912, с. 19, 28, 31.

[101] Гримм Д. Д. Курс римского права. Учение об основных правовых понятиях. Спб., 1904, с. 39.

[102] Васьковский Е. В. Учебник гражданского права. Вып. 1. Введение и общая часть. Спб., 1894, с. 1.

[103] Austin J. Lectures on Jurisprudence, vol. 1, 4th ed., p. 98; 5th ed., p. 88, 96.

[104] Amos Sh. A systematic view of the Science of jurisprudence. London, 1872, p. 73.

Это положение, по сути дела, в неприкосновенности перекочевало и в концепцию Г. Ф. Шершеневича[105]. «Всякая норма, — полагает он вслед за своими предшественниками, — это приказ», «требование, исходящее от высшей власти»; «норма права, — пишет он в другом месте, — это требование государства»[106].

В юридическом позитивизме норма права — это не сложное многоаспектное социальное явление, а лишь нормативное суждение законодателя, закон-приказ государственной власти.

Юридический позитивизм рассматривает норму только в плане противопоставления ее индивиду, ограничивается некоторыми внешними проявлениями этого процесса. Поэтому в данной теории юридическая норма рассматривается как нечто чисто идеальное, находящееся исключительно в сфере субъективного сознания, как сформулированное нормативное суждение, приказ, предписание, требование. В значительной степени такой подход к норме права был результатом применения общих методологических позиций философского позитивизма по вопросу о социальной норме[107].

Таким образом, направленный против спекулятивной философии права тезис позитивистов о том, что надо рассматривать право, как оно есть (существует), а не каким оно должно быть, оказывается реалистическим лишь по видимости. На самом деле он трактуется глубоко формалистически и догматически. Право отрывается от обусловливающей его социальной действительности.

Юридический позитивизм, поскольку он ориентируется на методологические позиции философского позитивизма, не в силах преодолеть «абстрактное противопоставление «материальной» и «нормативной», «реальной» и «должной» сторон человеческой жизни»[108].

На основе формально-догматического подхода норма права может быть рассмотрена только как суждение о должном, что и было сделано юридическим позитивиз-

[105] Шершеневич Г. Ф. Общая теория права, вып. 1, с. 281, 282.
[106] Там же, с. 300.
[107] См.: Левада Ю. Нормы социальные. — В кн.: Философская энциклопедия, т. 4. М., 1967, с. 98—99.
[108] Левада Ю. Нормы социальные, с. 98.

мом. Тем самым юридический позитивизм фактически предвосхищал некоторые положения *нормативной логики.*

Однако одного этого недостаточно, чтобы понять норму права как сложное социальное явление. Норма права во всем ее объеме и актуальности является не просто нормативным суждением законодателя и не сводится к определенной части правосознания субъекта, норма права как таковая выражается и конкретизируется в действующем правопорядке. Она не сводится к абстрактной модели правоотношения, а существует объективно в правоотношениях и поведении людей (онтологический статус нормы) как реализованная в сети конкретных правоотношений воля господствующего класса, воля, содержание которой обусловлено материальным положением данного класса [109].

Характеристика нормы права только как приказа суверена, т.е. суждения о должном, явно обедняет само понятие нормы, ведет к отождествлению права, и закона. Кроме того, это служит гносеологическим источником теорий, противопоставляющих норму права фактическому правопорядку. Формальная логика не способна раскрыть сущность и сложную социальную структуру права, для этого необходима логика диалектическая. Применение последней обнаруживает полную несостоятельность юридического формализма.

Определяя право как приказ государства, юридический позитивизм упрощал и догматизировал соотношение права и государства. Констатируя неразрывную связь_государства и права, юридический позитивизм ограничивался некоторыми внешними проявлениями этой связи. «Государство, — пишет Г. Ф. Шершеневич, — есть источник права, а право,— произведение государства». Он игнорирует принципиальную обусловленность как права, так и государства материальными

[109] О диалектической взаимосвязи и единстве нормы и правоотношения как элементах права, о праве как сложной многоаспектной нормативной регуляции см.: Кечекьян С. Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. М., 1958, с. 5—40; Пионтковский А. А. Актуальные вопросы общей теории социалистического права. — В кн.: Проблемы советского социалистического государства и права в современный период. М., 1969, с. 89—106; Дробницкий О. Г. Понятие морали. Историко-критический очерк. Л., 1974, с. 228—253.

отношениями. «Государственная власть, — утверждает Г. Ф. Шершеневич, — есть тот начальный факт, из которого исходят, цепляясь друг за друга, нормы права». «Право, — заявляет он, — есть функция государства»[110]. В юридическом позитивизме XIX в. государство есть та конечная социальная база, на которой покоится право и откуда оно черпает свою силу.

Определение права как требования суверенной власти, обращенного к подданным, подчиненным, приводило к волюнтаристской трактовке права. Право и юридические нормы рассматривались всецело как продукт голого произвола государства, при этом сфера действительного правового регулирования значительно сужалась. Последовательно проведенный взгляд на право как приказ суверена, обращенный к подчиненным, отождествление права с законом приводили к тому, что значительная часть государственного права, международное право и другие исключались из его области.

Эту парадоксальную точку зрения, созвучную государственному праву римских юристов и феодально-абсолютистским теориям права, отчетливо развил еще Дж. Остин. Он утверждал, что сама государственная власть, будучи суверенной, не может быть подчинена Нормам права, не может быть регламентирована ими в своей деятельности. «Суверен, — по мнению Дж. Остина, — не может быть ответственным перед позитивным правом... Он свободен от юридического обязательства»[111]. Последовательно применяя взгляд на право как приказ суверена, адресованный членам политического сообщества, он исключил из области права конституционное и международное право.

В последующем сторонники юридического позитивизма более сдержанно отнеслись к этому тезису Дж. Остина. Во второй половине XIX в. господствующее положение заняла доктрина правовой связанности государства и юридическая теория государства. Постулат несвязанности государства правом был воспринят социологическим позитивизмом, который выработал

[110] Шершеневич Г. Ф. Общая теория права, вып. 1, с. 212, 300, 308, 310, 314.

[111] Austin J. Lectures on Jurisprudence, vol. 1, 4th ed., p. 279.

вульгарную теорию, сводившую право к голой силе государства[112].

—В условиях, когда юридический позитивизм прочно оккупировал государственное право, позиция Дж. Остина разделялась лишь немногочисленными его эпигонами. Г. Ф. Шершеневич, в отличие от большинства сторонников юридического позитивизма в области теории государственного права, отвергал юридическое понятие государства и пытался гальванизировать концепцию главы аналитической школы. «Правила, определяющие устройство и деятельность самой государственной власти, — заявляет Г. Ф. Шершеневич, — не могут иметь правового характера», и поэтому из области права должны быть устранены «так называемые основные законы... Государственная власть не подчинена праву, потому что требование, обращенное к самому себе под угрозой, не имеет никакого значения. В действительности государственная власть находится всецело под санкцией общественного мнения, и этим правила ее деятельности переносятся в сферу морали»[113]. Кроме того, из сферы права устраняются правила, поддерживаемые авторитетом церкви (каноническое право), так как они исходят не от государства, то же самое относится и к международному праву[114].

В начале XX в., т. е. в период становления империализма, потенциальный политико-идеологический акцент подобной этатистской теории права, тем более в контексте формально-догматического понятия права, был в еще большей степени, чем в эпоху свободной конкуренции середины XIX в., чреват антидемократическими выводами. В таком случае тезис о том, что — государственная власть, творящая право, сама стоит вне правовой досягаемости [115], фактически сводит право к произволу государства и поэтому глубоко антидемократичен. Фактическая редукция права к голой силе государства не только упрощала реальный механизм взаи-

[112] Gumplowicz L. Allgemeines Staatsrecht. 3 Aufl. Innsbruck, 1907, S. 357; Он же. Zur Kritik der juristischen Methode im Staatsrecht. — In: Geschichte der Staatstheorien (Anhang). Innsbruck, 1905, S. 585—586.

[113] Шершеневич Г. Ф. Общая теория права, вып. 1, с. 299.

[114] Там же, с. 299—300.

[115] Там же, с. 308.

мосвязи права и государства, но и, в идеологическом аспекте, вливалась в поток официальных доктрин, апологетизировавших и восхвалявших государство, а также стремившихся навязать культ государства и направленных против демократии и законности. В условиях царской России подобная установка типичным образом выражала позицию либералов, стремившихся предотвратить революцию, боявшихся народных масс и связывавших осуществление своих идеалов с реформистским дирижированием «сверху».

В тесной связи с этатистским решением вопроса о понятии права стоит в юридическом позитивизме и проблема его возникновения. Чуждый принципов историзма, материализма и диалектики, юридический позитивизм весьма абстрактно и догматически решал этот вопрос. Государство, по Г. Ф. Шершеневичу, не только является источником права, но »и, кроме того, «предшествует праву исторически и логически»[116]. Здесь положение о правотворческой роли государства гипертрофируется и доводится до абсурда: сначала появляется государство, а потом право. Средневековая схоластическая проблема о том, что появилось раньше: яйцо или курица, — выдается за плод последних научных достижений.

Понятие права как нормативного суждения законодателя несостоятельно и в другом аспекте. Оно приводит сторонников данного направления к искажению связи нормы права и правоотношения, права в объективном смысле и права в субъективном смысле.

Поскольку Г. Ф. Шершеневич и другие представители юридического позитивизма понимают под правом лишь право в объективном смысле, т. е. совокупность юридических норм, постольку при этом субъективные права и правоотношения рассматриваются как простое производное от нормы права, как автоматическое творение права в объективном смысле, т. е. приказа суверена. «Объективное право составляет основное понятие, а субъективное право — производное. Определение понятия права должно быть направлено на объективное право[117]. Логическое и генетическое соотношение

[116] Шершеневич Г. Ф. Общая теория права, вып. 1, с. 308.
[117] Там же, с. 274.

нормы права и правоотношения полностью искажается в этой концепции. Механически противопоставляя эти два аспекта права, Г. Ф. Шершеневич приходит к выводу, что субъективное право есть простое производное от нормативного приказа суверенной власти. «Если у нас имеется представление, что должник обязан платить занятые деньги, а кредитор имеет право их требовать, то оно создалось не путем отвлечения от наблюдаемых случаев, когда должник платил, а кредитор требовал, а путем вывода из правила, кем-то установленного и нами познанного»[118]. Если буржуазная социология права была склонна гипертрофировать значение генетического примата правоотношения и противопоставляла фактический правопорядок закону, умалила нормативное начало, значение правотворческой роли законодателя, то юридический позитивизм впадает в противоположную крайность, а именно: он преувеличивает и догматизирует значение нормативного приказа законодателя. С позиций формализма и догматизма юридический позитивизм игнорирует материальную обусловленность права, обусловленность права фактическими отношениями и вследствие этого схоластически противопоставляет нормативный приказ фактическим отношениям.

Отмеченная черта является типичной для юридического позитивизма. Уже Дж. Остин, формулируя взаимоотношение права в объективном смысле и права в субъективном смысле, считал, что всякое субъективное право есть «создание позитивного права», что суверенное правительство «устанавливает позитивное право» и через это позитивное право оно «дарует юридическое право и накладывает соответствующую обязанность»[119]. Также и его последователи рассматривали правоотношение как «агрегат прав и обязанностей», которые «делегируются личности верховной политической властью государства»[120].

Таким образом, юридический позитивизм переносит в формально-догматическую плоскость реальную взаимосвязь права с фактическими общественными отношениями, которые оно закрепляет. Этатистский и догма-

[118] Там же.
[119] Austin J. Op. cit., p. 290—291
[120] Amos S. Op. cit., p. 79.

тический подходы к норме права открывали возможность игнорировать самостоятельное значение, реальность субъективного права. Логическим завершением подобной точки зрения, как это видно на примере концепции Г. Ф. Шершеневича, является исключение субъективного права из понятия права. Это положение юридического позитивизма перекликается с доктриной правового солидаризма Леона Дюги, который, вслед за Ог. Контом, считал субъективное право «метафизическим- понятием», признавал реальность лишь «объективного» права (так называемой «социальной нормы солидарности»), а субъективное право свел к «социальной обязанности», «социальной функции», «юридической ситуации», создаваемой нормой права[121].

На самом же деле субъективное право — это не автоматическое производное приказа суверена, а один из аспектов права как сложного социального явления, вытекающий из диалектической взаимосвязи общества и личности. Объективное и субъективное право находятся в диалектическом единстве, однако они не сводятся одно к другому, являются самостоятельными аспектами, гранями права, или правовой регуляции. Как удачно отметил болгарский ученый Нено Неновски, субъективное право выражает «определенный аспект правовой «реальности», как явление... право в его отношении к индивиду, право, обращенное к конкретной личности, право в его динамике, в системе общественных отношений». Понятие субъективного права связано с понятием права вообще, даже в определенном смысле входит в него; но оно не совпадает по содержанию с последним[122]. Этого не учитывают теории, которые противопоставляют, разрывают эти два аспекта или вообще игнорируют самостоятельный характер субъективного права.

Г. Ф. Шершеневич выступил с попыткой модернизировать формально-догматическую теорию права, приблизить юридический позитивизм к «социологическим» проблемам, поставить теорию юридического позитивиз-

[121] См.: Дюги Л. Социальное право, индивидуальное право и преобразование государства. М., 1909, с. 18, 25; Он же. Общие преобразования гражданского права со времен Кодекса Наполеона. М., 1919, с. 14, 20—22.

[122] См.: Неновски Н. Буржоазният правен солидаризъм. Критика на теорията на Леон Дюги. София, 1973, с. 164—165.

ма в связь с позитивистской социологией. «Основные понятия, которыми пользуется правоведение, — пишет Г. Ф. Шершеневич, — выходят за пределы области, отведенной ему для специального изучения. Право есть одно из проявлений общественности, и, чтобы его понять, необходимо его отграничить от других проявлений той же области познания. Отсюда следует, что право, в его целом, есть понятие социологическое, а не юридическое»[123]. «Определить основное юридическое понятие, — признает Г. Ф. Шершеневич, — задача совершенно невыполнимая для юриста. Без социологии и этики общей теории права никогда не удастся выяснить, что такое право или что такое государство. Основные юридические понятия выходят за границы специальных юридических наук и потому-то они нуждаются в философском освещении»[124].

Однако эти многообещающие заявления отнюдь не означают перехода Г. Ф. Шершеневича на позиции социологического позитивизма в теории права, фактически они находятся в резком противоречии с его теорией, прежде всего с понятием права. Выхода на социологическое понятие права не получилось. В целом Г. Ф. Шершеневич остался в рамках формально-догматического понятия права. Он отказался от исследования сущности и содержания права, от исследования права в связи с другими социальными явлениями и дал сугубо формалистическое понятие права. И в соответствии с этим он ограничил теорию права формально-догматическим аспектом. Так называемый «социологизм» в теории Г. Ф. Шершеневича свелся лишь к утверждению об обусловленности права государством и к отрицанию «юридического» понятия государства и связанному с этим исключению государственного права из сферы правоведения (поскольку Г. Ф. Шершеневич отрицает юридический характер конституционных норм и вообще норм государственного права).

Конструируя формально-догматическую систему юридических понятий, или «юриспруденцию понятий», Г. Ф. Шершеневич не считал возможным найти источ-

[123] Шершеневич Г. Ф. Общая теория права, вып. 1, с. 24—25.
[124] Там же, с. 47.

ник значимости права как формальной системы в ней самой. Юридический позитивизм второй половины XIX в., опиравшийся на «первый» философский позитивизм (Ог. Конт, Дж. Ст. Милль, Г. Спенсер), не давал для этого соответствующих методологических и теоретико-познавательных конструкций. Поэтому источник значимости права Г. Ф. Шершеневич, как и Дж. Остин и другие представители юридического позитивизма XIX в., видит вне этой системы, в государстве. Именно это и имеет в виду Г. Ф. Шершеневич, когда говорит о «социологическом» понятии права.

Таким образом, существенной чертой юридического позитивизма второй половины XIX в., типичным выражением которого была теория права Г. Ф. Шершеневича, является то, что ему не удалось при обосновании формально-догматической юриспруденции дать абсолютно формалистическое, «чистое» понятие права. Методологические позиции позитивизма не давали возможность обосновать право как всецело и абсолютно самодовлеющую, «чистую» систему норм, формальный и самодовлеющий нормативный порядок, как это сделали, например, Г. Кельзен или Х. Л. А. Харт. Юридическому позитивизму не удалось избежать глубоких внутренних противоречий. Выдвигая в качестве главного постулата формально-догматический анализ права, он в то же время не мог в самом понятии права обойтись без метаюридических элементов. В центральном положении теории юридического позитивизма допущен метаюридический аспект, выход на внеправовые реалии, на социальные «явления-факты» внеправового характера (государство), признается неразрывная (и в генетическом и в логическом аспектах) причинно-следственная (в позитивистском истолковании) связь между государством и правом в качестве существенного момента самого понятия права.

В качестве «социологического», точнее, метаюридического момента понятия права юридический позитивизм берет государство. Государство в этой теории есть источник и творец права. Понятие права дается через государство и, следовательно, предполагает метаюридический аспект. «Чистоту» теории права, исключение из нее «социальных примесей» не удалось провести строго методологически, само понятие права поэтому в

концепции юридического позитивизма лежит за рамками догмы права. Подобно тому как в религиозных теориях бог является первоначалом, источником мироздания, так и в юридическом позитивизме право, понимаемое формалистически и в отрыве от его социального содержания и социальной обусловленности, все же нуждается в метаюридическом первотолчке, в государстве.

Следовательно, обоснование формализма, формально-догматической юриспруденции в юридическом позитивизме сделано лишь в виде *тенденции.* Именно за эту непоследовательность, за «недостаточную» «чистоту» и «недостаточный» формализм в обосновании понятия права юридический позитивизм XIX в., как он представлен в теориях Дж. Остина, Г. Ф. Шершеневича, С. В. Пахмана и других, был затем подвергнут критике со стороны юридического неопозитивизма.

Допущение метаюридических моментов в понятии права свидетельствовало о непоследовательности, несовершенстве и противоречивости методологии юридического позитивизма. Последний, как было показано, понимал право как волеизъявление компетентной суверенной власти без объяснения того, откуда происходит эта компетенция и, следовательно, значимость юридических норм. Ответ на этот вопрос буржуазная юриспруденция искала или в социологии права (признание социальной обусловленности права, отказ от формализма и догматизма, рассмотрение права в связи с его содержанием и в контексте социальной жизни), или в метафизических, естественно-правовых теориях, в положениях о философском праве, о надпозитивном, идеальном праве, идее права: неогегельянстве (Б. Чичерин, Т. Х. Грин), неокантианстве (Б. А. Кистяковский, Г. Радбрух), феноменологизме (Н. Н. Алексеев, А. Раинах, Г. Гуссерль, Р. Циппелиус).

Поставив задачу сохранить «чистоту» формально-логического, нормативистского подхода к праву, юридический неопозитивизм, разумеется, не мог принять ни один из этих вариантов. Поэтому он попытался найти источник значимости права не в каком-то внешнем, метаюридическом источнике, будь то бог, государство, суверенная власть и пр., а в самом праве как самодовлеющей, самодостаточной и абсолютно формализованной системе норм.

Так, по Г. Кельзену, универсальным логическим предположением значимости, обязательности права является так называемая основная .норма (Grundnorm, basic norm)[125]. Основная норма призвана ввести в контекст общезначимого нормативного порядка принуждения все официальные действия соответствующих должностных лиц, придать субъективным правосоздающим актам веления общезначимый характер. Основная норма в теории Г. Кельзена не является ни синтезом социальной базы права (как, например, норма социальной солидарности Л. Дюги), ни естественно-правовой нормой, которая обосновывает надпозитивное, идеальное право. Кельзеновская основная норма призвана интерпретировать право как закрытый, самодовлеющий, в самом себе находящий обоснование порядок долженствования, в полном отрыве от социальных взаимосвязей. Функция основной нормы, заявляет Г. Кельзен, не аксиологическая, этико-политическая и не социологическая, а познавательно-теоретическая. Как предпосылка и условие единства и значимости всех норм данной системы основная норма является трансцендентально-логической категорией познания[126]. Это согласуется и с понятием правового долженствования, которое в теории Г. Кельзена является не этической, а логической, притом априорной категорией сознания.

Право, достигающее единства в теории Г. Кельзена с помощью основной нормы, образует ступенчатый иерархический порядок, в котором одни нормы вытекают из других без отсылки их к какому бы то ни было метаюридическому основанию. Этому построению соответствуют концепции юридического неопозитивизма, основанные на лингвистической философии. Например, Х. Л. А. Харт рассматривает право как формально-логическую систему «первичных» и «вторичных» норм, восходящих к так называемой «высшей норме признания»[127]. Другой представитель этого направления,

[125] Kelsen H. Reine Rechtslehre. Wien, 1960, S. 197.

[126] Kelsen H. Reine Rechtslehre, S. 201—202, 204, 225; Он же. General Theory of Law and State. New York, 1961, p. XV, 110—112, 436.

[127] Hart H. L. A. The Concept of Law. Oxford, 1961, p. 75, 96, 107. Подробнее критику данной концепции см.: Туманов В. А. Указ. соч., с. 199—204.

Дж. Раз, видит основу значимости права как формально-логической системы «норм в имманентно присущей данной системе «нормативной силе» [128].

6. Юридическая теория государства. Формально-догматический метод исследования юридический позитивизм распространил также и на теорию государства и государственного права. Отсюда так называемая юридическая конструкция государства, юридическое понятие государства. Как было показано, Г. Ф. Шершеневич отрицал юридический характер норм, регулирующих деятельность государства. Вообще государство, с его точки зрения, должно объясняться социологически, а не юридически. «Понятие государства только одно — социологическое» [129]. Государство в его теории есть соединение людей под одной властью в пределах определенной территории [130]. В подходе к государству и государственному праву Г. Ф. Шершеневич занимает позиции скорее социологического, а не юридического позитивизма. Общей чертой социологического понятия государства (М. М. Ковалевский, В. В. Ивановский и др.) является отрицание юридической природы государства, рассмотрение в качестве основы государства не формально-юридических, а фактических социальных явлений, а именно явлений властвования. Это ориентировало на анализ государства и государственного права в тесной связи со всей общественной жизнью. Вследствие этого теория Г. Ф. Шершеневича не могла служить общей методологией для теории государственного права, ориентировавшейся на юридический позитивизм, на формально-догматический анализ государства и государственного права. Поэтому в целях полноты изложения основных черт юридического позитивизма необходимо обратиться к другим соответствующим теориям.

Представителями формально-юридического направления в теории государства и государственного права были К. Гербер, П. Лабанд, Г. Еллинек в Германии, А. Дайси в Англии, А. Эсмен во Франции, А. С. Алексеев, А. А. Жилин, А. Рождественский и другие в России.

[128] Raz J. The Institutional Nature of Law. — «The Modern Law-Review», vol. 38, September, 1975, N 5, p. 489—503.

[129] Першеневич Г. Ф. Общая теория права, вып. 1, с. 201.

Ранее всего юридический позитивизм в области государственного права и юридическая теория государства возникли в Германии и .получили там широкое распространение с оформлением конституционного строя во второй половине XIX в. Одним из первых представителей этой теории был К. Гербер. Государство, по его мнению, есть «правовая форма для совокупной жизни народа, которая принадлежит к первоначальным и очевидным типам нравственного порядка человечества». В государстве народ возвышается до осознания своей правовой целостности и воли, т. е. становится правовой личностью. С этой точки зрения государство — это верховная юридическая личность[131]. Один из наиболее выдающихся представителей юридического позитивизма в германском государствоведении, Пауль Лабанд, в своем четырехтомном неоднократно переиздававшемся курсе «Государственное право Германской империи» рассматривал государство как юридическую организацию народа, юридическую персонификацию народного общения[132]. По мнению выдающегося представителя юридического позитивизма во Франции А. Эсмена, государство есть юридическое олицетворение нации, юридическое лицо[133]. С точки зрения Г. Еллинека, государство как правовое понятие есть «снабженная первоначальной властью господства корпорация, или юридическая личность оседлого народа»[134].

Юридическая теория государства имела многочисленных представителей и в других странах, особенно в России. Юридическая теория государства, констатировал сторонник социологического позитивизма проф. В. В. Ивановский, по числу своих приверженцев является господствующей[135]. Видный представитель юридиче-

[131] Gerber C. F. von. Grundzuge eines Systems des deutschen Staatsrechts. 2 Aufl. Berlin, 1869, S. 1—2, 219.

[132] Laband P. Das Staatsrecht des deutschen Reichs, Bd 1. 3 Aufl. Tubingen, 1885, S. 50—85.

[133] Эсмен А. Основные начала государственного права. М., 1898, с. 2.

[134] Jellinek G. Allgemeine Staatslehre. 3 Aufl. Berlin, 1914, S. 183; Он же. System der Subjektiven offentlichen Rechts. 2 Aufl. Tubingen, 1905, S. 12—14.

[135] Ивановский В. В. Вопросы государствоведения, социологии и политики. Казань, 1899, с. 9.

ского позитивизма А. С. Алексеев видел задачу юридической науки в изучении государства в плане юридических связей, которые, на его взгляд, и составляют подлинную природу государства и государственной власти[136]. Профессор Петроградского университета А. А. Жилин придерживался такого же мнения, критикуя социологическую теорию государства (Л. Гумплович, В. В. Ивановский и др.), он утверждал, что государство как властный союз получает свое единство и бытие в праве как правовая организация, и поэтому необходимо говорить о юридической природе государства[137]. Даже Н. М. Коркунов, в целом тяготевший к социологическому понятию права (см. § 1 гл. 2), тем не менее вслед за Г. Еллинеком выделял не только социологическое понятие государства (властвующий союз, совокупность фактических отношений властвования и подчинения), но и юридическое (государство как юридическое отношение)[138].

Представители юридического позитивизма в определенной степени допускали, что юридическая сторона государства не исчерпывает всего его содержания. Наряду с юридическим рассмотрением государства они признавали возможность изучения государства и с социологической точки зрения как фактического властвования. «Возможны и иные разрезы при изучении государства, например, разрез социальный, который и служит для юриста, ввиду тесной связи права с жизнью, вспомогательным приемом исследования при изучении юридической, природы государства»[139]. Фактически это вело к дуалистическому и плюралистическому понятию государства, развитому на почве неокантианства Г. Еллинеком, Б. А. Кистяковским и др. Г. Еллинек, Н. М. Коркунов, А. Рождественский и другие выделяют два понятия государства — социальное и юридическое. С социальной точки зрения государство есть фактиче-

[136] См.: Алексеев А. С. К учению о юридической природе государства и государственной власти. М., 1894, с. 5.

[137] См.: Жилин А. А. Учебник государственного права, ч. 1. Общее учение о государстве. Пг., 1916, с. 44—45.

[138] См.: Коркунов Н. М. Русское государственное право. Изд. 8-е. Спб., 1914, с. 38—48.

[139] Рождественский А. Теория субъективных публичных прав. М., 1913, с. 290.

ский властный союз, а с юридической — юридическая личность (Г. Еллинек, Ф. Ф. Кокошкин, А. С. Алексеев и др.) или юридическое отношение (Н. М. Коркунов, Э. Линг, Э. Ленинг и др.)[140]. Дуалистическая теория государства явилась следствием сознания искусственности юридической конструкции государства, ее неспособности охватить реальное содержание государства и в то же время стремления удержать науку государственного права в рамках формально-догматического исследования, юридического позитивизма.

Доказывая особую (наряду с социальным срезом), юридическую природу государства, сторонники юридического позитивизма считали необходимым изучать государство и государственное право с формально-догматических позиций. Задача юриста-государствоведа, утверждали они, состоит в анализе, обобщении и классификации действующих норм государственного права и конструировании на основе этого общих понятий и определений, в том числе и понятия государства. Государство с юридической точки зрения должно исследоваться в полной изоляции от других социальных явлений в их взаимосвязи и взаимообусловленности. Только такое самоограничение, на взгляд сторонников юридического позитивизма, может дать успешный результат. Под флагом чистоты метода отбрасывались социологический, сущностный, аксиологический и т. п. подходы к государству и государственному праву. Юридическая теория государства с позиции агностицизма и субъективного идеализма превращалась в замкнутую формально-логическую систему понятий. Установить юридическую природу государства, говорят сторонники этой теории, — значит указать, как следует мыслить госу-

[140] См.: Коркунов Н. М. Русское государственное право, т. 1. Спб., 1914, с. 27, 43; Он же. Сравнительный очерк государственного права иностранных держав, ч. 1. Спб., 1906, с. 7, 23; Рождественский А. Указ. соч., с. 40—120; Gerber C. F. von. Op. cit., S. 1, 218,213—215; Jellinek G. Op. cit., S. 180—181, 183; Linggg E. Empirische Untersuchungen zur allgemeine Staatslehre. Wien, 1890, S. VII, 28; Loening E. Der Staat. Handwortetbuch der Staatswissenschaften, Bd 7. 3 Aufl. Jena, 1911, S. 692—711; Кокошкин Ф. Лекции по общему государственному праву. М., 1912, с. 7, 166, 172—180; Он же. К вопросу о юридической природе государства и органов государственной власти. М., 1898, с. 3, 13, 32.

дарству, под какую основную юридическую категорию его подвести, и дать такую юридическую конструкцию, которая бы без внутреннего противоречия охватывала все юридические отношения государства. Дать такое понятие — значит сделать государство и все его свойства юридически мыслимыми без каких бы то ни было противоречий [141]. «Ни социальное, ни историческое изучение государства не входят *в* качестве составных частей в чисто юридический метод, который ставит свои особые задачи — юридического постижения государства на основании изучения государственно-правовых норм данной культурной ступени развития» [142]. Юридический анализ государства при этом строится на принципах юридического позитивизма, формально-догматического анализа [143]. Юридическое познание государства призвано дополнить социальное, но никоим образом не должно быть с ним смешиваемо. Анализ и обобщение, систематизация и классификация норм государственного права в их чистоте, в сфере должного, вне социальных связей — такова методологическая основа юридического изучения государства. Изоляция права от социальной жизни, подведение низших норм и понятий под высшие в рамках формально-догматического метода вели к необходимости замкнуть их в единую, самодостаточную систему при помощи такого принципа, который вытекал бы из самих правовых связей. Таким принципом, средством синтеза и являлось в юридическом позитивизме юридическое понятие государства.

Дуалистическая трактовка государства фактически означала дуализм не социального и юридического, а субъективно-психологической конкретности и формально-логической абстракции и отражала невозможность свести объективные общественные связи к психике

[141] См.: Рождественский А. Теория субъективных публичных прав, с. 40; Коркунов Н. М. Русское государственное право, т. 1, с. 38—39; Он же. Сравнительный очерк государственного права иностранных держав, ч. 1, с. 3, 19—24; Алексеев А. С. Указ. соч.; Gerber C. F. von. Op. cit., S. 215, 219; Jellinek G. Op. cit., S. 163; Laband P. Op. cit., S. VI—IX.

[142] Рождественский А. Указ. соч., с. 290.

[143] Гносеологической основой подобной трактовки был не контистский, а кантианский вариант позитивизма, который противопоставлял сущее (государство-факт) должному (государство—юридическое лицо или юридическое отношение).

субъекта [44]. Государство и право не в сфере должного, а в их конкретном эмпирическом существовании рассматриваются позитивистами (Г. Еллинек, Н. М. Коркунов, А. Рождественский и др.) как акты субъективной психики в физиологическом смысле [145]. В этом плане невозможно отличить не только государство от права, политические отношения от правовых, но и реальное от вымысла. Именно с этой трудностью и столкнулись Г. Еллинек, Н. М. Коркунов, Л. И. Петражицкий в своих психологических трактовках власти. В сфере же должного (формально-логический аспект) проблема дуализма государства вообще снимается, поскольку государство рассматривается как правовой субъект, и его отношения к другим субъектам берутся не в реальном, а в формально-логическом плане. Но дело в том, что позитивисты стоят на позициях феноменализма и агностицизма, т. е. в конечном счете субъективного идеализма, и поэтому в их теории государство как социальное единство есть также лишь мыслимая абстракция, форма упорядочения психических актов субъекта, логическая форма субъективного разума, а отнюдь не объективная связь. Это последнее обстоятельство также препятствовало четкому разграничению права и государства и предрасполагало к подмене политических связей и отношений формально-юридическими. Стремление разрешить это внутреннее философско-методологическое противоречие вело к отделению психологического от формально-логического подхода к двум «чистым» теориям, отождествлявших право и государство и тем самым отрицавших дуалистическое понятие государства: нормативистской (Г. Кельзен) и психологической (Л. И. Петражицкий). Таким образом, с возникновением новых направлений судьба дуалистической теории государства как средства обоснования формально-догматического подхода к государственному праву была

[144] Более подробно критику данной теории и ее гносеологических основ см.: Зорькин В. Д. Юридическая теория государства в Германии на рубеже XIX—XX вв. — «Вестн. Моск. ун-та. Сер. Право», 1973, No 4, с. 19—29.

[145] См.: Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. Изд. 7-е. Спб., 1907, с. 241—246; Он же. Указ и закон. Спб., 1894, с. 123, 181, 188-193, 195-197; Петражицкий А. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности, т. 2. Спб., 1910, с. 198-199, 211; Jellinek G. Op. cit., S. 177-179.

решена. Она уступила место, с одной стороны, социологическому позитивизму, социологической трактовке государства и государственного права (М. М. Ковалевский, В. В. Ивановский и др.), а с другой стороны, более строгому формализму (нормативистская, «чистая» теория права и государства Г. Кельзена).

Г. Кельзен поставил своей целью исправить несовершенства и противоречия юридического позитивизма XIX в. и «очистить» понятие права и теорию права, в том числе государственного права, от «социальных», метаюридических элементов. Поэтому он отбрасывает социологическое понятие государства как ненужную фикцию. При этом он критиковал, порой справедливо, вульгарно-социологическую (биологическую, психологическую) трактовку государства [146].

Государство, рассуждает Г. Кельзен, рассматривают как отношения господства и подчинения, т. е. отношения, в которых воля одних выступает как мотив поведения других, так что множество таких 'отношений образует связь, единство[147]. Спрашивается, в чем заключается существо этих отношений? Ответ на этот вопрос Г. Кельзен строит на основе подмены политических отношений юридическими, т. е. на основе методологического положения своих предшественников (К. Гербер, П. Лабанд, А. С. Алексеев и др.).

Экзистенция государства, по Г. Кельзену, — это мир нормативной значимости, а не каузальных взаимодействий. То специфическое единство, которое кладется в основу понятия государства, лежит не в сфере природной фактической действительности, а в сфере норм и ценностей. Поэтому государство, по его мнению, есть правопорядок, выражение единства системы правовых норм. Государство как нормативный принудительный порядок человеческих отношений идентично праву[148].

Правильно отмечая невозможность объяснить властные отношения психикой индивида, сам Г. Кельзен

[146] Kelsen H. Allgemeine Staatslehre. Berlin, 1925, S. 8, 14; Он же. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz. Tubingen, 1911, S. 42; Он же. Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Tubingen, 1922, S. V, 3—9.

[147] Kelsen H. Allgemeine Staatslehre, S. 10.

[148] Kelsen H. Reine Rechtslehe. Wien, 1960, S. 289; Он же. Allgemeine Staatslehre, S. 16, 18, 91, 95.

ищет обоснование этих отношений не в экономике, а в их форме — отношениях юридических. Мысли о господстве, утверждает он, предшествует представление о том, что одни *должны* (долженствование в нормо-логическом смысле) приказывать, а другие — повиноваться[149]. В свою очередь, право рассматривается как сфера чистого долженствования, противопоставленная сфере каузального. Право, по Г. Кельзену, в конечном счете поглощает политическую сферу и выступает как упорядочивающее и первичное начало всей социальной жизни. Более того, поскольку государство, по его мнению, идентично праву (причем идентифицируется государство через право, а не наоборот), постольку говорить о политических отношениях, о государстве и политических отношениях как самостоятельных явлениях наряду с правовыми отношениями, правом — значит впадать в дуализм. Право — это и есть государство. Поэтому теория государства фактически является теорией государственного права или учением об «обозначаемом в качестве государства (правовом) порядке», в тесной связи с вопросом о «значимости и изготовлении» этого порядка. Экзистенция этого порядка заключается в его объективной значимости, и так как порядок суть правопорядок, то теория государства, заявляет Г. Кельзен, — это теория объективного права[150].

У К. Гербера, П. Лабанда, А. С. Алексеева, Ф. Ф. Кокошкина и других представителей юридического позитивизма в теории государственного права юридическое понятие государства не исключало социологического понятия и было вспомогательной конструкцией для того, чтобы представить государство субъектом права. Государство при этом все же не отождествлялось с правом, хотя путь к этому и открывался через подмену политических отношений юридическими. Сознательно или неосознанно эти теоретики в какой-то степени признавали фиктивный характер юридического понятия государства. Это понятие у них охватывает лишь часть бытия государства, насколько оно связано с правом. В основном оно было искусственной конструкцией для анализа государства в рамках формально-

[149] Kelsen H. Allgemeine Staatslehre, S. 10.
[150] Kelsen H. Allgemeine Staatslehre, S. 47.

догматической науки государственного права и не исключало возможность существования общей теории государства как относительно самостоятельной дисциплины наряду с теорией права.

Г. Кельзен отвергает социологическое понятие государства и признает только одно — юридическое. Введенное на основе идентификации государства и права юридическое понятие государства у Г. Кельзена является основным звеном не просто государственного права, а общей теории государства. Т. Кельзен стремился исключить из общей теории государства какие бы то ни было социологические и метаюридические моменты и поэтому критически отнесся к методологическому дуализму юридического позитивизма XIX в. При помощи кантианской категории должного он вырвал право из контекста социальной жизни и построил «чистую» теорию государства, или права. Разумеется, попытка определить понятие государства в «чистой» сфере нормативного долженствования, без связи не только с экономикой, но и другими социальными явлениями не могла привести ни к чему иному, как к отождествлению государства и права, ибо уже с самого начала круг исследования понятия государства ограничивался одной нормативно-правовой формой политической жизни.

В этом аспекте теория Г. Кельзена представляла по своим методологическим установкам смесь юридического неопозитивизма и неокантианства марбургской школы (Г. Коген, Р. Штаммлер, в России — В. А. Савальский), поскольку в них право как трансцендентально-логическая категория выступало первичным, упорядочивающим, творческим началом «хозяйственной» жизни и отождествлялось с государством. Так, по Р. Штаммлеру, «государство — это особый правовой порядок, собственно такой, который значим для оседлых людей известной области» Г. Коген также отождествляет государство и право и, следовательно, учение о государстве с теорией государственного права[152]. Последователь Г. Когена и Р. Штаммлера в России профессор В. А. Савальский также видел в государстве правовую организацию —«деятельность моральных существ под

[151] Stammler R. Lehrbuch der Rechtsphilosophie. Berlin und Leipzig, 1922, S. 278.

[152] Cohen H. Ethik des reinen Willens. Berlin, 1921, S. 64.

законами свободы», т. е. «деятельность, связанную нормами, правом в широком смысле этого слова» [153]. «Субстанциальной основой социального бытия является не экономический феномен, а правоотношение» [154]. С этой точки зрения структура общества и государства тождественна праву.

Таким образом, в результате гипертрофии правового аспекта государства юридический позитивизм, во-первых, выдвигает особое юридическое понятие государства; во-вторых, на основе этого понятия исследует государство лишь через призму права и ограничивает теорию государственного права формально-догматическими рамками; в-третьих, политические отношения и государство подменяет юридическими отношениями; в-четвертых, метаюридическую сторону государства сводит к явлениям индивидуальной психики или же к онтологическим основам государства (народ, территория, хозяйство, культура и т. д.). Поскольку государство отождествлялось с народом, территорией, биологическими и психическими комплексами, постольку оно должно было быть предметом наук биологии, психологии, политической экономии, географии и т. п. наук. Общая же теория государства как таковая подменялась государственным правом. «Чистая» теория Г. Кельзена лишь усугубляла эту тенденцию.

Рассмотрение государства через призму права имеет давние истоки. Право в качестве главного признака государства было выдвинуто еще Цицероном и затем через Гуго Гроция воспринято буржуазными идеологами. Значительное влияние на позитивистскую юридическую концепцию государства оказало определение государства Кантом: «Государство (civitas) — это объединение множества людей, подчиненных правовым законам»[155]. Гипертрофизация правового признака привела в идеологическом плане к концепции правового государства, а в философско-методологическом — к анализу государства исключительно с юридической точки

[153] Савальский В. А. Государственное право общее и русское, ч. 1. Варшава, 1912, с. 137.
[154] Там же, с. 101.
[155] Кант И. Соч., т. 4, ч. 2. М., 1965, с. 223.

зрения и в конечном счете к отождествлению государства и права. Классовая природа государства, все богатство его содержания подменялись правовым аспектом, который к тому же трактовался формально-догматически. Теоретические изыскания были направлены не на раскрытие социальной обусловленности государства и государственного права, а на решение формально-схоластического спора: к какой из трех основных категорий права отнести государство как формально-юридическую мыслимую конструкцию (объект — субъект — отношение). Отказ от философских, сущностных и аксиологических проблем государства и права позитивисты пытались компенсировать построением логически замкнутой системы формально-догматических категорий.

Гносеологически истоки юридических и тяготеющих к ним доктрин государства восходят к констатации неразрывной связи права и государства. «Закон есть мера политическая, есть политика» [156]. «Помимо того что господствующие при данных отношениях индивиды должны конструировать свою силу в виде *государства,* они должны придать своей воле, обусловленной этими определенными отношениями, всеобщее выражение в виде государственной воли, в виде закона» [157].

Однако юридический позитивизм как крайнее воплощение юридического мировоззрения буржуазии гипертрофирует правовой аспект государства и заменяет политические отношения их формой — отношениями юридическими. Так что государство понимается исключительно как правовая конструкция, чаще всего как субъект права — юридическое лицо.

Значительно больший удельный вес права, демократии, законности в буржуазной государственности по сравнению с феодальной способствовал тому, что формально-правовая оболочка буржуазных политических отношений рассматривалась как нечто самодовлеющее, и притом первичное, главное. Отсюда — определение государства (и всей общественной организации) преимущественно в категориях права.

Юридические концепции государства ошибочны, поскольку политическое содержание они подменяют юри-

[158] Ленин В. И. Поли. собр. соч., т. 30, с. 99.
[157] Маркс К. и Энгельс Ф. Соч., т. 3, с. 322.

дической формой. Государство иногда может выступать особым субъектом права, причем далеко не во всех отношениях, в которых выступают его органы, оно может быть субъектом права в государственно-правовых отношениях федеративных единиц, международно-правовых и некоторых имущественно-правовых отношениях. Но даже в имущественно-правовых отношениях государство «выступает не в качестве обычной фигуры гражданского права — юридического лица, а остается властным субъектом» [158]. Следовательно, понятие государства должно базироваться на анализе политической власти и политических отношений как таковых, а не их формально-правовой оболочки.

Юридическая теория государства перекликается с концепциями «правового государства», «господства права» и т. п., собственно, она была логическим их завершением как отражение либерально-конституционной позиции юридического позитивизма. Отдельно от этой буржуазно-либеральной связи формула позитивистов о том, что право есть совокупность велений государства, приобретала явно реакционный, антилиберальный и антидемократический смысл.

Выдвинув юридическую конструкцию государства, позитивисты создали порочный круг в вопросе о соотношении государства и права. С одной стороны, право творится государством и есть совокупность велений, приказов государства, с другой стороны, само государство есть правовое явление, субъект права. Выход из этого противоречия позитивизм искал в концепции публичных политических прав и доктрине самоограничения государства (Г. Еллинек в Германии и такие его последователи в России, как А. Рождественский, А. С. Алексеев и др.). Буржуазно-либеральные по своей идеологической направленности, эти конструкции были весьма искусственны и уязвимы с познавательной точки зрения, приводили позитивистов к еще большим противоречиям и ярко подтверждают несостоятельность формально-догматической юриспруденции.

[158] Кечекьян С. Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. М., 1958, с. 126—129; см. также: Мицкевич А. В. Субъекты советского права. М., 1962, с. 95—109.

3. Путь к неопозитивизму. «Реформированная общим языковедением юриспруденция» (В. Д. Катков)

Отождествление права с законом, нормативным суждением законодателя, рассмотрение субъективного права как простого, автоматического производного от закона (право-закон) логически вело к тезису о ненужности самого понятия права как специфической нормативной регуляции в классовом обществе. Данное обстоятельство гносеологического свойства подкреплялось также практико-политическими соображениями: в эпоху монополистического капитализма, т. е. в период обострения социальных конфликтов и классовой борьбы (а именно таким клубком противоречий и была Россия в начале XX в.), буржуазные идеологи все настойчивее обращаются к идеям солидарности и критикуют прежнюю, рассчитанную на период свободной конкуренции индивидуалистическую концепцию абсолютных субъективных прав (неограниченное право частной собственности), противопоставленных обществу и государству. Не случайно поэтому идеи правового солидаризма, противопоставленные марксистскому учению об эксплуататорской сущности буржуазного права, находят благожелательную почву среди буржуазных правоведов России (М. М. Ковалевский, А. С. Ященко и многие другие). Причем положение о правовой солидарности (социализация права, отрицание самостоятельной роли субъективного права и т. п.) как конкретно-исторический взгляд обосновывалось самыми различными направлениями. Задачу теоретического обоснования правового солидаризма и умаления субъективного права поставили перед собой не только социологические концепции права (Леон Дюги и его последователи в России), но также идеалистическая философия (аксиология) права и даже юридический позитивизм. В рамках последнего это проявилось особенно ярко у предшественника юридического неопозитивизма В. Д. Каткова.

В. Д. Катков воспринимает кредо юридического позитивизма второй половины XIX в. Под правом он разумеет всецело и исключительно закон, юридическую норму, опирающуюся на авторитет государственной власти. «Цивилистика, — заявляет он, — есть наука о

гражданских законах, понимая закон в широком смысле: в смысле всякой нормы, пользующейся охраной государства» [159]. «Право есть закон в широком смысле» [160].

Однако, по мнению В. Д. Каткова, прежний юридический позитивизм «недостаточно позитивистичен», в нем якобы полно «метафизических выражений и понятий», которые олицетворяются и наделяются реальностью[161]. Аналитическая школа права и другие представители формально-догматической юриспруденции XIX в., полагает профессор, не сумели обосновать достаточно позитивную, неметафизическую юриспруденцию. В. Д. Катков поэтому призывает к «реформированию» юриспруденции на основе новейших для его времени достижений языковедения, истолкованного через призму субъективно-идеалистической философии (линия средневекового номинализма, Беркли — Юма, махистского позитивизма). Отсюда весьма помпезное и претенциозное название его основной работы — Jurisprudentiae novum Organon. Однако претензия на то, чтобы сыграть роль Бэкона в юриспруденции, явно несостоятельна.

Языкознание, полагает В. Д. Катков, позволяет реформировать юриспруденцию, понять ее не вульгарно-натуралистически, биологически или психологически, а как «создание слова» [162]. Здесь он опирается на восходящую к субъективному идеализму, в том числе махистскому позитивизму, концепцию лингвистики А. И. Томпсона, Ф. Маутнера, Крейтона, Бирне, Эрдманна, Бизе.

В отличие от юридического позитивизма второй половины XIX в., В. Д. Катков идет дальше по пути субъективно-идеалистической трактовки права. Представители юридического позитивизма второй половины XIX в. (Дж. Остин, Г. Ф. Шершеневич и др.), опираясь на философию так называемого «первого» позитивизма (Ог. Конт, Дж. Ст. Милль, Г. Спенсер и др.), исходили из феноменалистической догмы. Сущность права, с их точ-

[159] Катков В. Д. Jurisprudentiae novum Organon. (Реформированная общим языковедением логика и юриспруденция). Т. 1. Цивилистика. Одесса, 1913, с. 404; см. также его более ранние произведения: Наука и философия права? Берлин, 1901; Кое-что о критике в юриспруденции. Одесса, 1909.

[160] Катков В. Д. Jurisprudentiae novum Organon, с. 407.

[161] Там же, с. 405—406.

[162] Катков В. Д. Указ. соч., с. IX.

ки зрения, непознаваема. В. Д. Катков же вообще снимает проблему существования права как реального явления общественной жизни. Вопрос о праве как действительном общественном явлении, по его мнению, есть псевдопроблема, порожденная неверным истолкованием языка науки. Наделение права объективным и реальным существованием, персонификация права происходят, по его мнению, вследствие «антропологического, антропоцентрического мышления» [163]. С позиций крайнего номинализма он не только отрицает объективный характер права, более того, в его концепции, оно превращается в «бессодержательное», «безыдейное» «слово-метафору», которое лишь дублирует понятия «закон», «норма» и потому якобы запутывает действительную картину юридической жизни, создавая иллюзию о существовании права наряду с законом и нормой [164]. Точку зрения, согласно которой право представляет собой самостоятельное объективное общественное явление, «институт» и пр., В. Д. Катков объявляет «наивно-реалистической» и «метафизической». Под флагом борьбы с метафизикой снимается вообще попытка познать право как самостоятельное объективное общественное явление и проникнуть в его сущность. С помощью субъективно-идеалистической трактовки лингвистики он полагает возможным доказать «нелепость метафизических соображений о существовании особого явления «права» [165]. «Нет, — заявляет В. Д. Катков, — особого явления «право», в том смысле, в каком существуют такие особые явления, как «закон», «государство», «правило» или «норма поведения». Понятие права (гражданского права, обязательственного права и т. п.) — все это, по его мнению, есть «плод схоластики и рабства мышления перед дурно понятой грамматической категорией субстантива в группе индоевропейских языков» [166]. Права как особого явления «рядом или выше закона», делает он вывод, не существует. Это лишь «выдумка», некритическое использование слова «право» [167]. Право, в концепции В. Д. Каткова, есть всего-навсего «дурно вы-

[163] Там же, с. 400—401.
[164] См.: там же, с. 400—401.
[165] Там же, с. 507.
[168] Там же, с. 391.
J[87] Там же, с. 487—488.

бранный термин для обозначения законов, ведущий к смешению этического и юридического (легального)»[168].

Таким образом, в данной концепции право превращается в «субсидиарное понятие для выражения наших суждений об оценке действий людей: их отношения к масштабу, называемому законом, правилом или нормой. «Право» — это такое же подсобное по значению слово, как и те части речи, которые мы называем предлогами»[169]. Оно, утверждает В. Д. Катков, «создано языком, чтобы играть ту же роль, что и «под» и «над», «справа» и «слева» и означает, что, оценивая какое-либо действие или состояние лица, мы находим его согласным закону, правилу или норме поведения. Не извращенный схоластической язык к слову «право» никогда не прибегает. Всю европейскую юриспруденцию можно было бы написать без употребления слова «право», чего нельзя сделать без слова «закон» или его эквивалента»[170]. «Создав искусственную категорию субстантива, язык сделал ее носительницей чего-то объективного, какого-то предмета, явления, процесса». К категории субстантива, полагает В. Д. Катков, принадлежит и право[171]. Закон, юридическая норма, заявляет он, являются категориями общественной действительности, они действительно существуют. Напротив, право существует лишь так, как «существует» «вверх» и «вниз», как «существует» кентавр. Право в объективном смысле, заключает В. Д. Катков, есть «мифическое явление», «миф», который порожден незнанием законов семантики, законов языкознания[172].

Подобная трактовка права есть плод применения к теории права субъективно-идеалистически интерпретируемой лингвистики. Здесь В. Д. Катков предвосхищает некоторые положения, впоследствии развитые юридическим неопозитивизмом, основанным на логическом позитивизме, лингвистической философии, общей семантике и т. п. Марксистско-ленинская теория убедительно показала несостоятельность гносеологических основ различных направлений неопозитивизма. Субъективно-

[168] Катков В. Д. Указ. соч., с. 401.
[169] Там же, с. 397.
[170] Там же.
[171] Там же, с. 488.
[172] См.: там же, с. 407—408.

идеалистическая лингвистическая философия исходит из того, что языковые знаки (слова и предложения) являются осмысленными и имеют значение при условии, если можно указать на их референты (чувственные данные опыта), т. е. комплексы ощущений. Вследствие этого, как отмечает Л. О. Резников, «объективная действительность, существующая независимо от субъекта и применяемых им способов обозначения, с самого начала исключается при рассмотрении отношения знаков к обозначаемым «объектам»[173]. Ошибка В. Д. Каткова состоит не в том, что он подвергает осознание правовой действительности лингвистическому анализу. Напротив, последний, развитый на диалектико-материалистической почве, является важным вспомогательным средством исследования права, необходим для уточнения смысла юридических терминов и выражений научного и обыденного языка, который имеет большое влияние на образование и развитие философского и социально-практического осмысления права. Лингвистический анализ открывает много перспективных рубежей юриспруденции, связанных с развитием нормативной логики, юридической техники, историко-сравнительного метода, языка политики, права и т. п. Однако языкознание в его субъективно-идеалистическом варианте бесконечно удаляет от познания подлинной природы права, препятствует познанию права как объективной действительности. Право существует не как абстракция, оно существует в живой сети конкретных правоотношений, есть не абстракция, устанавливаемая языком, а результат и часть общественной жизни, общественных отношений.

В. Д. Катков напрасно пытается отождествить уровень «существования» и объективной значимости понятий «право», «правоотношение», с одной стороны, и «кентавр», «леший» — с другой. Конечно, и то и другое не является предметами материального мира, «реальными» вещами. И право и «кентавр» есть нечто «духовное», неразрывно связанное с субъектом и его созна-

[173] Современная идеалистическая гносеология. Критические очерки. Под ред. Г. А. Курсанова. М., 1968, с. 128. Критику соответствующих концепций неопозитивизма по данному вопросу см. также в работе: Богомолов А. С. Английская буржуазная философия XX века. М., 1973, с. 167—295.

нием и вне этого сознания не существует, как существует реальная вещь. Однако объективно существуют не только предметы материального мира (вещи, дома, лошади и пр., т. е. физическая и органическая жизнь), но и социальные отношения. Объективность последних специфична, она не отделена от субъекта, тем не менее эта объективность есть непреложный факт. Общественные отношения, в том числе правовые, есть сама объективная социальная действительность, не сводимая ни к психике субъекта, ни к его индивидуальному сознанию, ни к «метафорическим» словам-абстракциям, которым якобы в объективной действительности ничего не соответствует. Кентавр (конкретный или абстрактный — понятие кентавр вообще) есть порождение фантазии, вымысел. Напротив, правоотношение есть часть тех многочисленных социальных связей человека, которые отнюдь не являются пустыми фантазиями, а существуют объективно и с помощью которых человек бесчисленными нитями введен в контекст социальной жизни, определяет свою деятельность, поведение, поступки, место в обществе.

Право есть не «антропоцентрическая иллюзия», порожденная неправильным использованием субстантива и, следовательно, являющаяся лишь лингвистической проблемой, а сложная нормативная регуляция в классовом обществе, выраженная не только в нормативных суждениях законодателя, но и в живой сети конкретных правоотношений. Гипертрофия «языковедческого аспекта» исследования права приводит к тому, что В. Д. Катков не только отрицает существование права как самостоятельного общественного явления, но и узколингвистически трактует понятие закона, юридической нормы. Вслед за предшествующими представителями юридического позитивизма он рассматривает ее всецело как приказ, нормативное суждение законодателя. Тем самым существенно обедняется и искажается не только юридическая нормативная регуляция вообще, но и важнейшая ее часть — закон и юридическая норма, которые служат непосредственным и по сути дела единственным предметом исследования юридического позитивизма. Между тем юридическое правило отнюдь не сводится к нормативному предписанию государственной власти, к фиксированию его в соответствующих

языковых терминах (словах и предложениях). Юридическая норма неразрывна с деятельностью человека, с общественными отношениями, участником которых он является. Не может существовать сначала деятельность и отношения, а потом правила и нормы. Нельзя противопоставлять и разрывать норму и отношения, норму и деятельность без риска впасть в абстрактный формализм. Право как специфическая нормативная регуляция существует не только абстрактно, в виде нормативных суждений законодателя, оно существует и конкретно: конкретно существуют правоотношения и соответствующая деятельность человека в пределах нормативных установлений.

Другое дело, что юридические нормы не всегда формулируются и провозглашаются одновременно с их возникновением. В этом смысле иногда говорят о генетическом примате правоотношений по отношению к нормам права. Это положение может быть правильно понято только в том случае, если понимать норму в ее развитом, «цивилизованном» виде, когда она выражена не только в деятельности, но и соответствующим образом зафиксирована и провозглашена.

Гипертрофия возможностей и пределов лингвистического анализа явилась причиной того, что В. Д. Катков свел закон и юридическое правило к нормативному предписанию законодателя, истолковал не только право, но и закон только как лингвистическую проблему и тем самым чрезвычайно обеднил понятие права.

В. Д. Катков тщетно пытался решить (точнее, устранить) проблему объективности права, при этом он апеллировал к так называемым «чувственным данным опыта», «комплексам ощущений реальности» и т. д. Понятию «право» ничто не соответствует в мире материальных вещей. Но признать нематериальность права — это не значит доказать его иллюзорность, объективную ничтожность. Безусловно, право, норма и правоотношения — это не предметы материального мира вещей. И в этом смысле можно до определенной степени провести аналогию между терминами «право» и субстантивами «под» и «над», поскольку последние выражают определенные состояния и отношения объектов: человек на стуле, гроза над полями, мяч под столом и т. д. Есть основания полагать, что этимологически слово

«право» связано с этим его значением. В такой роли слово «право» используется и в современном русском языке («право» — «лево»). Но из посылок о том, что право нематериально и что слово «право» употребляется как субстантив, с точки зрения формальной логики отнюдь не следует, будто в научном языке слово «право» бессодержательно и что поэтому юриспруденция якобы может вполне без него обойтись. Из этимологического анализа слова «право» не вытекает, что оно есть неправильно употребленный субстантив, который неудачно дублирует слово закон. Такое заключение было поспешным и абсурдным с точки зрения формальной логики, кроме того, этимологический, семантический, лингвистический приемы исследования не в силах раскрыть природу такого сложного социального явления, как право.

В юриспруденции второй половины XIX в. (и в том числе формально-догматической) право традиционно употреблялось в двух смыслах: объективном (норма права) и субъективном (правоотношения и субъективные права). Очевидно, между кентавром и правоотношением в плане их объективной значимости существует огромная дистанция. Один есть порождение фантазии, другое — объективно выраженный, не сводимый к индивидуальной психике «пласт» сложной структуры социальных отношений, необходимый атрибут социальной деятельности человека. В этом аспекте правоотношение не менее объективно, чем закон и юридическая норма. Право не тождественно закону, а закон и юридическая норма не -исчерпывают всех сторон права. Сведение права к закону приводит к необоснованному сужению понятия права, сложных взаимосвязей его формы и содержания, сущности и формы и т. п.

Кроме того, следует учесть, что под «объективным существованием» законов и юридических норм В. Д. Катков имеет в виду отнюдь не их действительное существование, т. е. фактическое функционирование, воплощение в сети правоотношений, а лишь формально-догматический аспект этих явлений — фиксирование их в виде нормативных предписаний нормодателя, закрепление в соответствующих текстах и языке.

Гипертрофированный лингвистический анализ служит, таким образом, не преодолению «метафизики», как объявлял В. Д. Катков, а, напротив, подкреплению и

гальванизации пошатнувшихся догм юридического позитивизма.

Заметим, что его рассуждения о характере объективности права и закона весьма непоследовательны и противоречивы. Он считает, что право фиктивно, иллюзорно, не обладает объективной значимостью потому, что оно «нереально», т. е. ему не соответствует ни один из предметов объективного мира. Но ведь и закон, юридическая норма, государство и т. п. не менее «нереальны», чем право. С этой точки зрения можно было бы на равном основании говорить об иллюзорности закона, юридической нормы, государства, ибо все они также не являются предметами материального мира.

На самом деле весь пафос лингвистических упражнений В. Д. Каткова направлен не против права в объективном смысле. Для него, как и для других представителей юридического позитивизма, право в объективном смысле, поскольку оно отождествляется с законом, на самом деле отнюдь не является «метафизической фикцией». Напротив, закон в этой концепции является святой догмой, отождествляется с правом, так что кажется излишним само слово «право». И происходит это именно потому, что В. Д. Катков не приемлет понятие субъективного права как особого, не сводимого к закону и к юридической норме аспекта права.

Если право, по его утверждению, есть «фикция», «иллюзия», то как быть с тем, что в прежней юриспруденции традиционно получило название правоотношений и субъективного права? В юридическом позитивизме второй половины XIX в. они рассматривались как автоматическое производное закона, продукт произвола законодателя (отсюда известная формула аналитической школы о юридическом всемогуществе английского парламента). В. Д. Катков идет далее по этому пути. Через призму юридического позитивизма, формально-логических конструкций права, подкрепленных лингвистической философией, он пытается теоретически обосновать тот взгляд на субъективное право, который сложился в рамках правового солидаризма. Как известно, Леон Дюги, вслед за Ог. Контом, отрицал самостоятельное значение субъективного права, понимал его как «правовую ситуацию», порожденную «нормой объективного права», объективной

нормой солидарности. Норма объективного права, по его мнению, создает не субъективное право как таковое, а социальную обязанность, социальный долг[174]. Рассуждения В. Д. Каткова созвучны этой концепции, хотя и выполнены в формально-догматическом, а не в социологическом ключе.

Объективно, с точки зрения В. Д. Каткова, существует лишь закон, юридическая норма. А право не только в объективном, но и прежде всего в субъективном смысле есть иллюзия, фикция, фантазия, наивное и метафизическое олицетворение субстантива. Вместо субъективного права, по мнению профессора, следует говорить об «установлении закона». Право, утверждает он, есть якобы лишь суждение о качестве закона, отношение к юридической норме с точки зрения субъективной справедливости. В этом смысле право, как и обязанность, всецело и исключительно «определяется нормой, отношение к которой оно выражает»[175]. Фундаментом такого суждения, или оценки, выраженной в субстантиве «право», служит, по мнению В. Д. Каткова, норма (правило, закон), а коррелятом — долг (обязанность, повинность) [176]. Поэтому, заключает он, право есть ненужный эгоистический коррелят долгу, обязанности[177]. Продолжая начатое юридическим позитивизмом второй половины XIX в. противопоставление права и морали, юридического закона и морали, В. Д. Катков само право относит целиком к сфере субъективных оценок.

Тем самым в данной концепции право подменяется законом, юридической нормой в ее формально-логическом, лингвистическом аспекте, а субъективное право лишается самостоятельного значения, изображается как произвольное «установление закона», так что становится ненужным само понятие «право». В идеологическом аспекте, тем более в условиях царской России, где субъективные права попирались на каждом шагу, концеп-

[174] См.: Дюги Л. Социальное право, индивидуальное право и преобразование государства, с. 18, 25; Он же. Общие преобразования гражданского права со времен Кодекса Наполеона, с. 14, 20—22.

[175] Катков В. Д. Указ. соч., с. 407.

[176] Там же, с. 489.

[177] Там же, с. IX.

ция В. Д. Каткова вела к реакционным, промонополистическим и черносотенным выводам. Действительно, все перипетии языковедческого «обновления» юриспруденции, которое предпринимает В. Д. Катков, служат для того, чтобы сделать заключение о «вредном» и «опасном» практико-политическом значении «права» и «прав». В признании особого явления права он видит «целое государственное бедствие» [178] (заметим, что сказано это в годы столыпинской реакции!), которое, на его взгляд, подрывает авторитет закона и угрожает господствующим «хозяйственным и имущественным интересам». Опору этим интересам, утверждает В. Д. Катков, дает закон. «Если же рядом с законом мы поставим в качестве особого фактора общественной жизни мифическое «право» и признаем, что это право как особое общественное явление и есть настоящая реальность, достойная сделаться объектом особой науки, а закон — лишь фактор подчиненный, как бы явление второго сорта, мы откроем дверь для сил, стремящихся нарушить установленный законом строй имущественных отшений» [179]. Именно в признании права он видит идеологическую опору «разрушительных сил государства», «революционных сил», «революционной толпы», стремящейся «захватить чужую собственность» [180].

На место «эгоистических прав» В. Д. Катков, вслед за Ог. Контом и Л. Дюги, ставит «долг и справедливость». «Огюст Конт говорил, что позитивизм не знает никакого права, кроме права исполнять свои обязанности. Новейшее языковедение, наконец, дает нам возможность видеть всю пустоту учения юриспруденции о праве, как особом общественном явлении» [181].

Таким образом, «Новый органон юриспруденции» В. Д. Каткова есть не что иное, как формально-догматическое издание монополистических идей солидаризма, пересмотр прежней буржуазно-индивидуалистической юриспруденции, в том числе и юридического позитивизма второй половины XIX в., под углом зрения империалистической буржуазии.

[178] Катков В. Д. Указ. соч., с. 408.
[179] Там же, с. 408—409.
[180] Там же, с. 410
Там же, с. IX.

Гносеологически концепция В. Д. Каткова восходит к крайне номиналистической субъективно-идеалистической трактовке взаимосвязи общего, особенного и отдельного в праве. Общие понятия (закон, норма, собственность, договор, равно как и треугольник, лошадь и пр.), по В. Д. Каткову, не имеют объективного значения; в реальном мире, утверждает он, им ничто не соответствует. Их якобы нет в мире действительности, они существуют лишь в языке, в словах «закон», «норма» и т. д., т. е. имеют искусственное и условное бытие. Универсалии существуют «не среди мира внешних явлений и не среди представлений, а в потоке речи, среди акустических или оптических форм слова», «в потоке мышления, во фразе». Юридические институты есть лишь «слова», «произведение слова», «предложения». Так, «институт собственности, заявляет В. Д. Катков, — это абстракция, или совокупное обозначение (Summenwort) для ряда правил, а не как особая реальность или особое явление» [182]. «Язык конкретного строя обходится и без общих понятий; создание последних не вводит никаких изменений в действительный мир... В мире практических юридических отношений мы всегда имеем дело с конкретными образованиями, обусловленными временем, местом и обстоятельством». «Психических коррелятов к нашим словам-понятиям в действительности мы не имеем». «Мышление по своему существу есть процесс. И нельзя два раза войти в одну и ту же реку, как в один и тот же поток мысли». Поэтому в сфере «изучения явлений юридической жизни господствующая роль должна принадлежать конкретному и частному». «Человечество всегда выражается абстрактно и мыслит конкретно». С этой точки зрения юриспруденция, призывает В. Д. Катков, должна быть юриспруденцией не «абстрактных», а «конкретных» понятий [183]. В этом аспекте критика в адрес абстрактной, оторванной от живой практики схоластизированной «юриспруденции понятий», «счета понятий», «игры в понятия» (в чем особенно преуспела догматическая цивилистика в Германии) имеет определенное положительное значение. В то же время позиция В. Д. Каткова имеет глу-

[182] Катков В. Д. Указ. соч., с. 384, 386—387, 406.
[183] Там же, с. 415—416, 483, 437, 453, 473, 442.

боко антиматериалистический характер. Трактовка им универсалий выливается, в русле махистского позитивизма, в отрицание объективного характера правовой действительности, в отрицание возможности познать сущность права, в игнорирование принципов историзма. Все развитие права, по его мнению, означает только «изменение слов закона» [184]. Все это в конечном счете весьма приближается к иррационалистическому и крайне релятивистскому истолкованию права. Игнорируя общее в праве, В. Д. Катков с позиций крайнего номинализма приходит к отрицанию закономерностей правовой действительности и на основе этого отрицает необходимость и возможность историко-сравнительного социологического правоведения. «Психические корреляты» юридических терминов и понятий, заявляет он, «всегда различны у разных народов, в разное время и у разных индивидов одного и того же народа». Понятие живет только в вечно изменчивом потоке мышления, в «потоке предложений», в контексте конкретной жизни данного народа [185]. Используя неокантианское (Г. Риккерт) противопоставление наук генерализирующих (о природе) и индивидуализирующих (о духе), В. Д. Катков считает юриспруденцию наукой, которая призвана изучать лишь индивидуальные исторические факты, никогда якобы не повторяющиеся. Вотчина в России, русские законы о наследовании того или иного времени, собственность на землю и леса, законодательство о пользовании водами и недрами земли, семейное законодательство и т. д. и т. п. — все это, по его мнению, «факты однократные с бесконечным разнообразием индивидуальных черт в зависимости от времени, пространства и обстоятельств» [186]. Поэтому «термины-понятия юриспруденции» должны быть «конкретными», т. е. использоваться для того, чтобы «описать и объяснить то индивидуальное и однократное, которое мы называем юридической жизнью того или иного народа в ту или иную эпоху его существования. Национальный характер — неизбежная черта терминов-понятий юриспруденции». «Пользование научной мыслью чужого народа становит-

[184] Катков В. Д. Указ. соч., с. 386.
[185] Там же, с. 449—450, 453, 455, 485.
[186] Там же, с. 459—460.

ся затруднительным и опасным» Юридическое мышление всегда имеет «национальный характер», поэтому «изучение чужих законодательств может иметь только относительную и условную ценность». «Человечество всегда выражается абстрактно, но мыслит конкретно, понятие всегда конкретно»[188]. Так называемый индивидуализирующий метод становится в концепции В. Д. Каткова средством отрицания объективных закономерностей развития правовой жизни. Борьба с абстрактной юриспруденцией понятий за конкретную юриспруденцию понятий на самом деле означает прежде всего борьбу против диалектико-материалистической теории права и революционной правовой идеологии, которую эта теория обосновывала. Кроме того, номиналистический подход к понятию права у него становится средством отрицания интернационализации права на почве буржуазного строя, средством националистической апологетики, консервации «особого» пути России, т. е. в конечном счете орудием восхваления бонапартистской империалистической политики царизма в начале XX в.

Проблему общего, особенного и отдельного в праве В. Д. Катков понимает как сугубо лингвистическую проблему. Юридическую жизнь он пытается исследовать лишь средствами формальной логики, реформированной общим языковедением. Право как особая сфера общественных отношений, имеющая объективный характер, здесь совершенно игнорируется. Вслед за махистами В. Д. Катков понимает общее лишь как абстракцию, словесное выражение сходства явлений отрицает за общим какую-либо объективность. Только отдельное, по В. Д. Каткову, действительно существует, а все общее есть лишь «слова». И в этом смысле нет различия между «собственность вообще» и «кентавр». Конкретностью у В. Д. Каткова обладает только отдельное: тот или другой единичный закон, та или другая отдельная норма или юридическое отношение, сделка, договор и пр. Правовой же институт, по его мнению, есть лишь номиналистическая абстракция. (Заметим, что между нормой и правоотношением существует большое различие, но им-

[187] Там же, с. 462, 463.
[188] Там же, с. 455, 473.

манентная критика отвлекла бы нас от главной задачи исследования).

Несмотря на расхождение с прежней «юриспруденцией понятий», В. Д. Катков фактически развивает заложенные еще юридическим позитивизмом XIX в. феноменалистический и формально-логический подходы к праву, доводит их до абсурда, так что вся юриспруденция понимается только как лингвистическая проблема. Правовая действительность в этой концепции совершенно утрачивает объективный характер, а право сводится всецело к номиналистически трактуемому закону государственной власти.

Между тем общее в праве отражает объективно существующие свойства правовой действительности, ее объективные диалектико-материалистические закономерности развития. Общее не сводится только к слову, названию. Отдельное не существует без общего. Общее существует не просто в словах, а в самих объектах, процессах и т. д. Общее, особенное и отдельное неразрывны, взаимосвязаны и взаимно переходят друг в друга. Как отмечал В. И. Ленин, «отдельное не существует иначе как в той связи, которая ведет к общему. Общее существует лишь в отдельном, через отдельное. Всякое отдельное есть (так или иначе) общее. Всякое общее есть (частичка или сторона или сущность) отдельного. Всякое общее лишь приблизительно охватывает все отдельные предметы. Всякое отдельное неполно входит в общее и т. д. и т. д. Всякое отдельное тысячами переходов связано с другого рода отдельными (вещами, явлениями, процессами) и т. д.... Значит, противоположности (отдельное противоположно общему) тождественны, отдельное есть общее»[189]. В диалектическом единстве общего и отдельного выражается объективная связь, необходимость и сущность явлений. Следовательно, общее существует не просто в словах и не только как абстрактное общее, но и как конкретное всеобщее, как внутренняя сущность, закон существования и изменения явлений, как отражение объективных свойств реального мира природы и общества.

Поэтому подлинно научное понятие права не есть выражение абстрактного общего вне отдельного и осо-

[189] Ленин В. И. Полн. собр. соч., т. 29, с. 318.

бенного, а, напротив, в тесной связи с отдельным и особенным, на основе отражения всей конкретной практик ческой деятельности людей. «Не только абстрактно всеобщее, но и всеобщее такое, которое воплощает в себе богатство особенного, индивидуального, отдельного» [190].

На рубеже XIX—XX вв. в атмосфере кризиса буржуазного правосознания и натиска со стороны социологической юриспруденции и идеалистической философии права юридический позитивизм в его «классической» форме исчерпал себя не только в Западной Европе, но и в России, где он возник и развивался несколько позднее.

В России Г. Ф. Шершеневич пытался осовременить некоторые оставшиеся в тени моменты юридического позитивизма (идея политики права, или законодательной политики, и т. д.) и создать синтетическую «философию права» на стыке юриспруденции, этики, философии, политики и социологии. Однако, во-первых, формализм и догматизм и, во-вторых, методологические основы юридического позитивизма — так называемый «первый» позитивизм (Ог. Конт, Дж. Ст. Милль, Г. Спенсер), исходивший из единства предмета познания, из монистической интерпретации правового «факта-явления», — не позволяли обосновать плюралистическую, с широкими социологическими выходами теорию права, типа той, которая опиралась на трансцендентально-психологическую школу неокантианства (Б. Кистяковский и др.). В конечном счете социологический и этико-политический подходы к праву в теории Г. Ф. Шершеневича оказались, собственно, за рамками юриспруденции и общей теории права, и последняя как таковая осталась формально-догматической по своей направленности.

А в то же время обоснование формально-догматической юриспруденции в концепциях Г. Ф. Шершеневича и других представителей юридического позитивизма

[190] Ленин В. И. Поли. собр. соч., т. 29, с. 90; о соотношении общего и отдельного см. также: Шептулин А. П. Диалектика единичного, особенного и общего. М., 1973; Керимов Д. А. Философские проблемы права. М., 1972, с. 229—243.

в России было недостаточно последовательным (допущение метаюридических моментов в понятии права и т. д.). Поэтому юридический позитивизм был подвергнут атаке и «слева» и «справа». Социологи обвиняли его в догматичности, а сторонники более радикального формализма видели в нем уступку этатизму, социологизму и эклектизму.

В этой ситуации некоторые представители юридического позитивизма (например Н. И. Палиенко) склонялись к неокантианской плюралистической теории права, другие — к более утонченному и радикальному обоснованию формализма с учетом новых задач и проблем, вставших перед буржуазной юриспруденцией в период империализма.

Номиналистическая теория права В. Д. Каткова, пытавшегося с помощью субъективно-идеалистически трактуемого языкознания «реформировать» формально-догматическую юриспруденцию, явилась симптомом глубокого кризиса юридического позитивизма второй половины XIX в. Попытки В. Д. Каткова создать «Новый органон юриспруденции» оказались тщетными (и к тому же реакционными по своей идеологической направленности). Однако они типичным образом выражали те поиски, которые привели к юридическому неопозитивизму.

В результате на смену юридическому позитивизму пришел юридический неопозитивизм: «чистая теория права» Ганса Кельзена, лингвистическая юриспруденция К. Л. Харта и др.

Глава 2

СОЦИОЛОГИЧЕСКИЙ ПОЗИТИВИЗМ

В конце XIX в. наряду с юридическим позитивизмом возникло другое, ведущее направление современной буржуазной юриспруденции — социологическая юриспруденция, или социология права. Первоначально это была не социология права в собственном смысле, а скорее попытка выработать социологическое понятие права, тем не менее значение этого этапа было весьма существенным, поскольку на основе данного направления общей теории права намечался сдвиг всей буржуазной юриспруденции в плане ориентации на конкретные социальные эмпирические исследования. В определенной степени — в рамках противоречивого единства с другими направлениями — социологическая юриспруденция представляла собой тенденцию, противоположную юридическому формализму и догматизму.

Сама жизнь, живая практика, потребность более адекватно (в пределах самосознания буржуазии как класса) отразить объективное развитие политико-правовой действительности привели буржуазных правоведов к необходимости поставить иные, соответствующие новому этапу проблемы. Дальнейшее развитие капитализма, зарождение монополизма, обострение классовой борьбы, успешное распространение марксизма и мощный рост пролетарского движения — все это заставило буржуазную правовую науку начать активную разработку социологической теории права. Необходимо было дать интерпретацию фактам и наметить русло для выполнения тех задач, которые не умещались в прокрустово ложе формально-догматических построений юридического позитивизма.

Поэтому в конце XIX —начале XX в. (вместе с кри-

зисом всего буржуазного юридического мировоззрения — кризисом, вызванным переходом к империализму) происходит также кризис формально-догматической юриспруденции и юридического позитивизма. Попыткой выработать альтернативу формально-догматическому направлению было социологическое понятие права, социологический подход к изучению права. Это и выразилось в становлении социологической юриспруденции, которая длительное время по сути дела сводилась к выработке социологического понятия права.

При этом следует отметить, что новизна данного подхода была весьма относительной. Буржуазия выдавала за нечто оригинальное то, что начиная еще с 40—50-х годов XIX в. было сделано марксизмом. К тому же новизна сводилась фактически к постановке проблем. Решения же их в конечном счете были далеки от научности вследствие антинаучности философско-методологических основ (идеализм в широком смысле слова) и давлений идеологических установок, пришедших в противоречие с объективным ходом развития права.

В ходе критики юридического позитивизма и формально-догматической юриспруденции произошло не только размежевание, но первоначально даже и противопоставление догмы и социологии права. Кроме того, на данном этапе социология права противопоставила себя не только юридическому позитивизму, но также и идеалистической философии права (сущностному и аксиологическому подходу).

Господствующей философско-методологической основой правоведения второй половины XIX в., как было сказано выше, являлся позитивизм. Примененное к социологическим исследованиям права методологическое кредо позитивизма — ограничение предмета исследования «эмпирически данным», феноменализм и агностицизм — служило весьма удобным средством исключить аксиологический и сущностный подход и в то же время перейти от формально-догматических схем к изучению функционирования права, права в действии и с этой точки зрения выработать понятие права, нацеливавшее на широкие эмпирические изыскания, на конкретно-социальные исследования. Поэтому и социология в целом (и социологическое понятие права в том числе) в этот период обосновывалась по преимуществу с помощью

позитивизма. Социологическая юриспруденция в своем становлении была фактически тождественна социологическому позитивизму, или позитивистской социологической теории права.

Социологический позитивизм, в свою очередь, представлен двумя вариантами: натуралистическим позитивизмом (органическая теория, вульгарный социал-дарвинизм, теория насилия и т. п.) и социолого-психологическими трактовками права.

У истоков буржуазной социологической юриспруденции в конце XIX — начале XX в. стояли Р. Иеринг, Г. Канторович, Е. Эрлих и др. В России родоначальниками и крупнейшими, общеевропейского масштаба представителями социологической интерпретации права были С. А. Муромцев, М. М. Ковалевский, Л. И. Петражицкий, Н. М. Коркунов.

1. Право как разграничение интересов (Н. М. Коркунов)

Попытка, правда весьма робкая и половинчатая, отойти от ортодоксальных положений формально-догматической юриспруденции и формалистического понятия права была предпринята выдающимся представителем позитивистской теории государства и права в России Николаем Михайловичем Коркуновым (1853—1904). Н. М. Коркунов родился в семье академика, в 1874 г. окончил юридический факультет Петербургского университета. С 1878 г. читал лекции по энциклопедии права в Петербургском университете, а в период с 1889 до 1897 г. — лекции по государственному праву в этом же университете, а также в Александровском лицее и военно-юридической академии. В эти годы были опубликованы основные его работы, такие как «Лекции по общей теории права» (1886), «Русское государственное право» (1892, т. 1), «Указ и закон» (докторская диссертация, 1894 г.) и др. В 1895 г. Н. М. Коркунов был назначен помощником статс-секретаря Государственного Совета. В 1897 г. он оставил профессуру, а в 1898 г. — административную должность.

Н. М. Коркунов стремился представить формально-догматическую юриспруденцию не только как одно из

сосуществующих направлений теории права, но и **как** ее определенную историческую стадию, обусловленную рядом обстоятельств. В развитии теории права он выделяет три стадии: эмпирическую (собирание и описание материала), классификационную (систематизация и описание собранного материала) и собственно теоретическую, когда выясняются сами законы развития и сосуществования юридических явлений Принимая во внимание господствующее положение юридического позитивизма в странах Западной Европы и его начавшееся широкое распространение в России, Н. М. Коркунов полагает, что правоведение находится во второй из этих фаз, т. е. оно по преимуществу ограничивается комментированием, систематизацией и классификацией юридических норм, иными словами, формально-догматической трактовкой права. Но так как в «переходную эпоху», в которой оказалась Россия, важно, по его мнению, определить, в каком направлении и в каком объеме должны совершаться «ближайшие изменения общественного строя», т. е. появляется «настоятельная необходимость в научном выяснении процесса замены одного общественного строя другим», то наука права, призывает Н. М. Коркунов, должна «отрешиться от исключительно систематизирующего направления» и «обратиться **к** изучению права в его жизни, в его движении» [2]. «Пусть и в нашей общественной жизни, — восклицает Н. М. Коркунов, — не будет окаменелых форм, заслоняющих нам свет будущего! Заменим старое, отжившее — лучшим, но будем помнить, что и это лучшее, в свой черед, должно уступить место новому»[3]. Поэтому он выступает против превращения юриспруденции в раболепную «служанку законодательства», против отождествления права с законом. «Если бы право и закон были тож-

[1] См.: Коркунов Н. М. Сборник статей 1877—1897. Спб., 1898, с. И.

[2] Коркунов Н. М. Сборник статей 1877—1897, с. 15. Путь к «социологизму» у Н. М. Коркунова фактически ограничился лишь робкой попыткой отойти от формалистического понятия права, сделать в определении права упор на его содержание (интересы). В области теории государственного права уступки Н. М. Коркунова юридическому позитивизму были особенно значительны. В частности, он разделял так называемую юридическую теорию государства (см. п. 2 гл. 1).

[3] Там же, с. 16.

дественны, то было бы непонятно существование юридических теорий... Если бы норма делалась юридической только в силу облечения ее в форму закона, единственно возможная юридическая теория была бы теория составления законов» [4].

Философско-методологической основой теории Н. М. Коркунова является позитивизм, субъективный идеализм и индивидуализм в смягченном виде. Он выступает против крайностей как механистического индивидуализма XVII—XVIII вв., который сводил общество к механической сумме индивидов, так и этатистских теорий Гегеля и других авторов, которые всецело растворяют личность ,в обществе и государстве. Н. М. Коркунов выдвигает так называемую «психическую теорию», или теорию,' как он сам называет, «субъективного реализма», согласно которой общество есть «объективный общественный порядок», «психическое единение людей» (сравни с концепцией «коллективного сознания» Э. Дюркгейма). С другой стороны, личность, по Н. М. Коркунову, есть «особое самостоятельное начало», которое не растворяется в обществе, а сохраняет «свою самостоятельность, свои особые цели, не сливающиеся с общественными и не подчиняемые им» [5].

Содержание общественной жизни, по его мнению, составляет многообразие различных сталкивающихся между собой личных и общественных интересов в областях политической, экономической, религиозной и т. д. Для того чтобы обеспечить возможность совместного сосуществования интересов, необходимо, чтобы каждому субъекту была отграничена известная сфера, определены границы осуществления сталкивающихся между собой интересов, т. е. они должны быть разграничены. Отсюда вытекает необходимость права, задача которого заключается в том, чтобы обеспечить должный порядок в сталкивающихся между собой интересах. С этой точки зрения право есть «разграничение интересов». «Назначение права и заключается именно в разграничении сталкивающихся между собой интересов»[6].

[4] Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. Изд. 7-е. Спб., 1907, с. 66.

[5] Там же, с. 205—206, 221, 224—225.

[6] Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права, с. 39, 57; Он же. Сборник статей 1877—1897, с. 75,

«Превращение интереса в право совершается именно посредством ограничения другого, ему противоречащего интереса, установлением соответствующей обязанности. Право есть не всякая охрана интереса, хотя бы отдельно взятого, а только охрана одного интереса в отношении к другому»[7]. Поэтому право, по Н. М. Коркунову, представляя собой разграничение интересов, выражается в то же время как «должный порядок общественных отношений» [8].

В отличие от нравственности, право, полагает он, не дает мерила для оценки интересов в свете добра и зла. Оно лишь определяет границы осуществления интересов, устанавливает определенные права и обязанности субъектов отношений [9].

Данное Н. М. Коркуновым понятие права, с одной стороны, расходится с формально-догматической теорией юридического позитивизма, сводившего право в конечном счете к волеизъявлению политической власти, к приказу суверена, и в то же время налицо стремление преодолеть крайности теории Р. Иеринга, отождествлявшего право с интересом («право как юридически защищенный интерес») [10].

В соответствии с дуализмом индивидуального и коллективного, право, по Н. М. Коркунову, также имеет две взаимосвязанные, но относительно самостоятельные, не тождественные друг другу стороны: объективную (юридические нормы) и субъективную (юридические отношения) [11].

Н. М. Коркунов отвергает представление юридического позитивизма о том, что правоотношения есть простое производное, автоматическое порождение юридической нормы, изданной законодателем. Напротив, подчеркивает он, генетически, в исторической последовательности правоотношение предшествует норме. Исторически развитие всегда начинается с частного, а не с

[7] Коркунов Н. М. Указ и закон. Спб., 1894, с. 237.
[8] Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права, с. 227.
[9] Там же, с. 39.
[10] Ihering R. Geist des romischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seine Entwicklung, Bd 3. 2 Aufl. Leipzig, 1871, S. 326—328; Он же. Der Zweck im Recht, Bd 1. 2 Aufl. Leipzig, 1884, S. 435, 443, 511.
[11] Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права, с. 119.

общего, поэтому, рассуждает И. М. Коркунов, раньше создаются отдельные субъективные права, а уже потом — общие нормы. В древности суд для каждого случая творил новое право, и только путем постепенного и медленного обобщения этих частных решений слагаются со временем общие правила, носящие первоначально, вследствие невысокого уровня обобщения, казуистическую форму. И только тогда, когда юридические нормы сложились, они обусловливают собой субъективные права, так что определение каждого отдельного субъективного права может быть подведено под силлогизм: юридическая норма (большая посылка) — фактическое отношение, в котором выражено столкновение регулируемых нормой интересов (малая посылка), — определение соответствующих прав и обязанностей (заключение) [12].

Крен в сторону социологического подхода к праву у Н. М. Коркунова проявляется также в том, что юридическое отношение он отождествляет с фактическим отношением. «Юридическое отношение есть то же житейское, бытовое отношение, только регулируемое юридической нормой» [13]. В результате право слагается как бы из двух пластов: во-первых, из «чисто» фактического отношения («фактические основания взаимной зависимости» при осуществлении интересов); во-вторых, из того, что добавляется к этим отношениям в результате регулирования их юридической нормой. «Чисто» фактическая зависимость, фактические отношения при этом «превращаются» в собственно юридические, в «юридическую связь зависимости, в форме правообязанности, и обусловленное этой зависимостью правопритязание или право, правомочие»[14].

То, что правоотношение определяется в тесной связи с фактическими отношениями («бытовыми», «материальными» отношениями), само по себе еще не составляет специфику социологической юриспруденции. Еще Савиньи различал в юридическом отношении фактический и юридический элементы. Эту точку зрения

[12] См.: Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права, с. 119—120.
[13] Там же, с. 137.
[14] Там же, с. 139—140.

разделяли также Б. Виндшайд и Д. Д. Гримм [15]. По Г. Ф. Шершеневичу, юридическое отношение есть «та сторона жизненного отношения между людьми, которая определена нормами объективного права» [16]. Но представители юридического позитивизма весьма далеки от того, чтобы отождествлять правоотношение с фактическим отношением или включать фактическое отношение в качестве основы и составного элемента правоотношения. Последовательно развитый юридический позитивизм с позиций формализма вообще отвергает «фактический» элемент правоотношения. «Материальный элемент, — утверждает Г. Ф. Шершеневич, — потому не может считаться составной частью юридического отношения, что он лишен юридического характера. Юридическое отношение есть только одна сторона жизненного отношения, создаваемая нормами права и постигаемая путем отвлечения от цельного бытового явления» [17]. В принципе вопрос о включении фактического отношения в юридическое имеет для юридического позитивизма подчиненное значение. Намного важнее то, что юридический позитивизм не включает правоотношение в понятие права. Последнее сводится им всецело к юридической норме (в формально-догматической интерпретации), т. е. к нормативному приказу суверена, а юридическое отношение рассматривается лишь как продукт применения права, как автоматическое производное нормы [18]. Юридическому позитивизму чуждо положение о многоаспектном характере права, о праве как единстве норм и правоотношений, о праве как правопорядке. С этой точки зрения понятие права у Н. М. Коркунова существенно отличается от юридического позитивизма.

Расхождение Н. М. Коркунова с юридическим позитивизмом намечается также в трактовке некоторых моментов соотношения права и государства. Юридический

[15] Windscheid B. Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd 1. 9 Aufl. Dusseldorf, 1906, § 37a, S. 165; Гримм Д. Д. Курс римского права, т. 1, вып. 1. Основные правовые понятия. Спб., 1904, с. 121.

[16] Шершеневич Г. Ф. Общая теория права, вып. 3. М., 1912, с. 569.

[17] Там же, с. 570.

[18] См.: Шершеневич Г. Ф. Общая теория права, вып. 1. М., 1911, с. 274—275.

позитивизм не идет дальше констатации обусловленности права государством и в конечном счете склонен к волюнтаристской трактовке права. Для юридического позитивизма типично определение права как совокупности норм, изданных (или санкционированных) государством, сведение права к нормативным приказам суверена. Напротив, Н. М. Коркунов не включает в понятие права положение о креационистской миссии государства по отношению к праву. И это не случайно. Дело в том, что в теории Н. М. Коркунова государство как «общественный союз, обладающий самостоятельной властью принуждения», возникает и функционирует в качестве средства проведения права в жизнь. Исходя из этого проблему соотношения права и государства, «самоограничения» государства правом он пытается решить не формальным образом, а путем возведения и государства и права к так называемому «психическому единению людей», к «коллективному сознанию», к необходимости разграничения интересов. В этой связи он подчеркнул несостоятельность и внутреннюю противоречивость концепции юридического позитивизма о самоограничении государства созданным им правом: с одной стороны, право творится государством, с другой стороны, государство как субъект ограничивается этим правом, превращается в юридическую личность.

Выход из этого порочного круга Н. М. Коркунов искал в отрицании понятия государства как самостоятельной личности, волевого субъекта власти. Государство как политический союз, по Н. М. Коркунову, есть не лицо, не субъект, а отношение (с юридической стороны — «юридическое отношение») [19]. Поэтому Н. М. Коркунов отрицает традиционное для юридического позитивизма понятие о воле государства-личности как источника права. С позиций субъективного идеализма он пытался дать психологическую трактовку и права, и государственной власти. Их основу, по его мнению, следует искать в субъективном сознании, в психике индивида, вне связи с волей властвующего. Властвование,

[19] См.: Коркунов Н. М. Сравнительный очерк государственного права иностранных держав, ч. 1. Государство и его элементы. Изд. 2-е. Спб., 1906, с. 19—24; Он же. Русское государственное право, т. 1. Изд. 8-е. Спб., 1914, с. 43; Он же. Указ и закон, с. 195—198.

по мнению Н. М. Коркунова, предполагает сознание не с активной стороны, не со стороны властвующего, а со стороны подвластного. Более того, для властвования требуется только сознание зависимости, а не реальность ее. «Власть есть сила, обусловленная не волею властвующего, а сознанием зависимости подвластного». Поэтому, считает Н. М. Коркунов, нет надобности наделять государство волей, олицетворять его[20].

Таким образом, на основе субъективного идеализма и психологизма Н. М. Коркунов отрицает объективный характер государства и политических отношений.

На основе этой конструкции непосредственный источник права он видит не в государстве как таковом и не в государственном аппарате, а самом обществе, в сознании подвластных и вытекающей отсюда силы, с помощью которой обеспечивается право. «Государственная власть, — пишет Н. М. Коркунов, — не есть надо всем господствующая единая воля, проявляющаяся в деятельности органов власти. Государственная власть есть сила, основанная на сознании людьми своей зависимости от государства. Поэтому носителем государственной власти являются не одни органы власти, а все государство, все граждане. Их сознание своей зависимости от государства создает ту силу, которая объединяет государство в одно целое. Органы же власти суть только распорядители, диспозитарии этой силы. Единство государства не в единстве воли этих органов, а в единстве той силы, которой все они распоряжаются»[21].

В психологической интерпретации здесь нащупывается основная проблематика последующей социологической юриспруденции: несводимость права к государству, невозможность объяснить социальную природу права без исследования тех социальных сил, которыми обусловлено и право и государство. Тем самым намечается отход от одного из основных методологических кредо юридического позитивизма. Однако найденная Н. М. Коркуновым реальная проблематика социальной обусловленности права решается им в глубоко идеалистическом ключе. Он отрицает объективность права. «Основой всего права, — по его мнению, — в конце концов явля-

[20] См.: Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права, р. 246; Он же. Указ и закон, с. 181, 191, 193.

ется все-таки индивидуальное сознание», а не материальные интересы и не объективный ход общественной жизни. Право выражает собой «не объективно данное подчинение личности обществу, а субъективное представление самой личности о должном порядке общественных отношений» [22].

В идеологическом, практико-политическом план данная теория вела к оправданию буржуазного индивидуализма и либерализма. В условиях царской России конкретизация субъективно-идеалистического тезиса о сознании личности как источнике права означала обоснование более полного осуществления буржуазных прав и свобод. «Правильному развитию общественной жизни, — считает Н. М. Коркунов, — будут созданы серьезные препятствия, если, например, для предупреждения распространения опасных учений будет подавлено всякое свободное проявление личности. Быть может, внешний порядок и будет при таких условиях восстановлен скорее, но в будущем общество долгое время будет ощущать вредные последствия утеснения духовной свободы»[23]. Тезис о том, что право коренится не в воле государства, а что, напротив, и право и государство восходят к сознанию подвластных, данного общественного союза и что государство не может произвольно творить право, использовался Н. М. Коркуновым для обоснования *фактического* ограничения государства правом.

Эту общую концепцию Н. М. Коркунов конкретизировал применительно к условиям пробуржуазной эволюции русского абсолютизма. Учитывая расхождение фактической и юридической конституции и принимая во внимание эволюцию абсолютизма во второй половине XIX в., Н. М. Коркунов с позиций монархически настроенной контрреволюционной буржуазии предлагал путь к фактическому ограничению абсолютизма правом. Отсюда его известная формула так называемой «правомерной, но самодержавной монархии»: «Государь сосредоточивает в своих руках всю полноту верховной власти безраздельно, но осуществляет ее правомер-

[22] Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права, с. 227.
[23] Коркунов Н. М. Русское государственное право, т. I, с. 210, 217.

но»[24], т. е. строго подчиняется законам, принятым особым, в отличие от исполнительных актов, порядком (обязательное предварительное обсуждение в Государственном Совете, особый порядок подписания, взаимосвязь с прежним законодательством и др.).

При этом не только индивидуальные акты правоприменения, но и «юридические указы», т. е. общие правила, нормативные акты, принятые в порядке управления, не должны, по мнению Н. М. Коркунова, противоречить законам[25]. Тем самым якобы будет обеспечено верховенство закона и права по отношению к действиям государственных властей. «Для нормального развития государственной деятельности, очень важно, чтобы она определялась устойчивыми общими началами, чтобы преходящей потребности данной минуты, как бы она ни была настоятельна, не приносились в жертву эти общие начала»[26]. Именно для этого законы должны быть выделены из прочих нормативных актов.

Обособление законов, полагает Н. М. Коркунов, возможно и без ограничения власти монарха, потому что и абсолютный монарх может проявлять свою волю в различных формах, из которых одним может быть присвоено высшее значение[27]. Кроме того, «действительное обеспечение строгого разграничения законов и указов дается не участием в законодательстве народного представительства, а правом суда проверять юридическую силу указов и законов», т. е. фактическим разделением судебной и исполнительной власти. Иначе, повторяет Н. М. Коркунов вслед за Градовским, соотношение суда и исполнительной власти выражалось бы в формуле: «полиция указала, суд приговорил»[28].

Таким образом, во-первых, строгое разграничение закона и подчиненных нормативных актов (как высшей, так и подчиненных властей), во-вторых, право суда проверять «конституционность» законов и указов, соответствие указов законам — все это, по его мнению, приведет к тому, что различие между абсолютной и консти-

[24] Коркунов Н. М. Русское государственное право, т. 1, с. 215, 217.
[25] См.: Коркунов Н. М. Указ и закон, с. 270.
[26] Там же, с. 298.
[27] Там же, с. 299.
[28] Там же, с. 302, 389.

туционной монархией будет не качественное, а количественное[29]. В условиях антилиберальных, реакционных контрреформ 80—90-х годов XIX в. и катастрофического загнивания царского режима это была робкая и несостоятельная попытка предотвратить революционное развитие страны.

Монархические иллюзии Н. М. Коркунова окрашены в славянофильские тона. Он исходит из противоположности развития Запада и России и полагает, что «правомерность» осуществления государственной власти может быть достигнута двумя путями: созданием представительных, ограниченных монархий, как это произошло на Западе, или путем «правомерной, но самодержавной монархии», выработавшейся в России[30]. В такой монархии отсутствуют политические права граждан (участие в осуществлении государственной власти через народное представительство и т. д.), но в то же время, по мнению Н. М. Коркунова, обеспечены и гарантированы гражданские права (неприкосновенность собственности, независимый суд, самоуправление и т. п.)[31].

Было бы ошибкой причислять эту теорию к реакционным, феодально-абсолютистским, антибуржуазным. За хитросплетениями формулировок Н. М. Коркунова нельзя не видеть попытку направить развитие России на постепенный путь фактического ограничения абсолютизма в интересах обеспечения буржуазных гражданских прав и свобод. В то же время не следует преувеличивать значение этого дворянско-буржуазного либерализма резко правого и консервативного толка. Подобная позиция могла быть оценена как относительно прогрессивная в условиях 60-х годов XIX в., когда абсолютизм делал существенный шаг по пути превращения в буржуазную монархию. Но в условиях контрреформ и деморализации правящей верхушки, когда Россия, по выражению Б. Н. Чичерина, «управлялась отребьем русского народа», данная позиция оказывалась намного правее правого либерализма Б. Чичерина и других представителей буржуазно-дворянского либерализма,

[29] Там же, с. 307.
[30] См.: Коркунов Н. М. Русское государственное право, т. 1, с. 217.
[31] Там же, с. 219.

которые в обстановке контрреформ пришли к пониманию необходимости немедленного введения конституционного правления с целью предотвращения революции. В этих условиях проповедь «правомерного абсолютизма» объективно означала в какой-то степени независимо от субъективных намерений Н. М. Коркунова, маскировку прогнившего политического режима, попытку изобразить государство произвола правовым государством. В отличие от фрондирующих в конце XIX в. либералов-конституционалистов, таких как Б. Н. Чичерин, С. А. Муромцев, М. М. Ковалевский и другие, Н. М. Коркунов, по выражению Клауса фон Бейме, примыкает к «официальным коронным юристам автократии» типа К. Д. Кавелина и других[32]. Н. М. Коркунов не черносотенец, вооруженный дежурным лозунгом официальной религиозно-абсолютистской идеологии о мистическом единении царя с народом. Тем не менее его позитивистско-психологическая теория была в значительной мере приспособлена к идеализации status quo, через призму иллюзий и пожеланий промонархической, резко «правой» части либеральной буржуазии. Несмотря на свой пробуржуазный характер, теория Н. М. Коркунова по своей практико-идеологической направленности весьма значительно расходилась с политической программой «левого» буржуазного либерализма на рубеже XIX—XX вв.[33]. Оживление земского либерального движения, создание конституционно-демократической партии, курс буржуазии на постепенное развитие конституционного правления — все это не умещалось в рамки тех конкретно-исторических политических взглядов, которые защищал Н. М. Коркунов с помощью позитивистско-психологической теории права.

Несмотря на тесную взаимосвязь идеологического и познавательного аспектов политико-правовых доктрин, невозможность деидеологизированной политической и

[32] Beyme Klaus von. Politische Soziologie im zaristische Rufiland. Wisbaden, 1965, S. 89.

[33] С этой точки зрения представляется неубедительным мнение тех авторов, которые не видят умеренно-консервативного, праволиберального (в духе К. Д. Кавелина) характера политико-правовых взглядов Н. М. Коркунова и пытаются отнести их к леволиберальной платформе С. А. Муромцева и М. М. Ковалевского. См., например: Иванова В. Н. Учение Н. М. Коркунова о государстве и праве. Автореф. канд. дис. М., 1976, с. 11.

правовой наук, тем не менее эти аспекты имеют относительную самостоятельность. Это видно на примере Н. М. Коркунова. Позитивистская теория второй половины XIX в. на Западе, а также в России (Г. Ф. Шершеневич, С. А. Муромцев, М. М. Ковалевский, Л. И. Петражицкий) использовалась для защиты либерально-конституционного режима, основанного на разделении властей, и введения народного представительства. В то же время те же самые теоретико-познавательные конструкции, как это имеет место у Н. М. Коркунова, применялись для защиты несколько иного «существующего положения»: они идеализировали царистскую автократию. Конкретно-исторические политико-правовые взгляды Н. М. Коркунова в начале XX в. уже не разделялись господствующей частью дворянско-буржуазной либеральной оппозиции. Иной была судьба теоретико-познавательной позитивистско-психологической конструкции, выдвинутой им. Н. М. Коркунов оставил заметный след в буржуазной теории государства и права. Своей психологической трактовкой права и государства он оказал весьма существенное воздействие на психологическую теорию права Л. И. Петражицкого и других авторов [34]. Концепция «психологического единения» как источника и базиса права и государственной власти предвосхищала концепцию «коллективного сознания» Э. Дюркгейма. Теория «разграничения интересов» является одной из вех на пути эволюции юриспруденции интересов от Р. Иеринга к современным ее модификациям (сравни «согласование интересов» Р. Паунда и др.). Отрицание субъектности государства созвучно современным субъективно-идеалистическим попыткам обосновать государство как политическое (и правовое) отношение, восходящее к «психическому единению», «согласию» граждан [35].

В целом теория Н. М. Коркунова, несмотря на значительный удельный вес в ней формально-догматиче-

[34] Gurvitch G. Korkunov N. M. Encyclopedia of the Social Sciences, vol. 8. New York, 1935, p. 591—592, ed. 1959, p. 593—594; Laserson M. Die russische Rechtsphilosophie. Berlin—Grunewald, 1933, S. 32—33; Beyme Klaus von. Politische Soziologie im zaristische RuBland, S. 84—85, 89—90.

[35] Barsch C. E. Der Staatsbegriff in der neueren deutschen Staatslehre und theoretischen Implikationen. Berlin, 1974, S. 122.

ских моментов, была важной вехой на пути возникновения социологической интерпретации права в России[36],

С этой точки зрения представляется неоправданной позиция тех ученых, которые относят доктрину Н. М. Коркунова всецело к юридическому позитивизму[37]. Психологическая интерпретация права, понятие права как единства юридических норм и правоотношений, как правопорядка, возведение права к интересу — все это, очевидно, несовместимо с формально-догматической трактовкой права, с юридическим позитивизмом. Из одинаковых с последним философских предпосылок (феноменализм, агностицизм и т. д.) Н. М. Коркунов, как и другие представители социологического позитивизма, приходит к отрицанию формалистического взгляда на право. Позитивистское требование изучать право, как «очевидно данный» факт оказывается в его доктрине обоснованием понимания права в его связи с другими социальными фактами (сознание, психология и т. д.). Н. М. Коркунов не создал социологию права как таковую, в его теории много уступок юридическому позитивизму, однако само понятие права в его концепции является по преимуществу социологическим.

2. Генетическая социология права (М. М. Ковалевский)

Видное место в становлении и развитии социологического правоведения занимает Максим Максимович Ковалевский (1851—1916), выдающийся историк, социолог, правовед и деятель либерального движения. В 1877—1887 гг. М. М. Ковалевский был профессором

[36] Теорию права Н. М. Коркунова относят к числу социологических также такие авторы, как Gurvitsch G. Grundzuge der Soziologie des Rechts. Neuwied a. R., 1960, S. 45; Beyme Klaus von. Op. cit., S. 89; Hecker J. F. Russian Sociology. New York, 1915, p. 264.

[37] См.: Пяткина С. А. О правовой теории русского юридического позитивизма. — «Правоведение», 1964, № 4, с. 116; Она же. К критике методологии юридического позитивизма в России. — «Вестн. Ленингр. ун-та. Сер. экономики, философии и права», 1965, вып. 1, № 5, с. 118, 120; см. также: Иванова В. Н. Учение Н. М. Коркунова о государстве и права. Автореф. канд. дис. М., 1976.

государственного права в Московском университете. За либеральные тенденции он был удален из университета и почти 20 лет провел за границей. Во Франции и Англии он публикует различные книги и статьи, написанные им на основе курсов лекций, прочитанных в Стокгольме, Оксфорде, Брюсселе, Чикаго, Калифорнии и в Русской школе социальных наук, которую он основал в Париже в 1901 г. В ходе первой русской революции М. М. Ковалевский в 1905 г. возвратился в Россию, организовал буржуазно-либеральную партию «демократических реформ» (более умеренную, чем кадеты), был избран в I Государственную думу и в Государственный совет (с 1907 г.) как представитель университетов и возглавлял там либеральное меньшинство. Одновременно М. М. Ковалевский преподавал в Петербургском университете и других учебных заведениях.

М. М. Ковалевский ориентировался на позитивизм Ог. Конта и Г. Спенсера, сравнительно-исторический метод Г. Мена, психологию Г. Тарда, солидаристские доктрины Э. Дюркгейма и Л. Дюги. Находясь под влиянием этих концепций, он тем не менее не был эпигоном и вполне может быть назван оригинальным мыслителем. Современные буржуазные идеологи признают «существенное влияние» М. М. Ковалевского в истории права, политической теории, социологии, генетической социологии права и государства и историко-сравнительного правоведения[38].

М. М. Ковалевский внес большой вклад в обоснование и развитие так называемой *генетической социологии* как части общей социологии. Предметом генетической социологии является происхождение общественной жизни, семьи, собственности, государства, права, религии, нравственности и других социальных институтов. Опираясь на труды Г. Мена, М. М. Ковалевский развил историко-сравнительный метод изучения возникновения и развития права и государства и является одним из главных его представителей в конце XIX — начале XX в.

[38] Encyclopedia of the social sciences, vol. 8. New York, 1935, p. 595—596; 2 ed., 1959, p. 597—598; Beyme Klaus von. Politische Soziologie im zaristische RuBland, S. 26—30; Sorokin P. Contemporary Sociological Theories. New York, 1928, ch. VII; Gurwitsch G. Ubersicht der neueren rechtsphilosophie. Berlin—Grunewald, 1933, S. 34.

Он не уделяет специального внимания общему понятию права, у него нет работ, в которых охватывалась бы общая теория права. Однако в его произведениях по истории права и по государственному праву на базе генетической, социологии и историко-сравнительного метода развит именно социологический подход к праву[39]. В этом плане работы М. М. Ковалевского имеют выход и на проблемы общей теории права, прежде всего на социологическое понятие права, исследование зависимости права от социальных условий, механизма взаимосвязи его с окружающей средой, этапов развития правового строя и т. д. «Особое место, — отмечает в этой связи В. А. Туманов, — занимает историко-сравнительная школа, которая в лице таких ее представителей, как М. М. Ковалевский и П. Г. Виноградов, в значительно большей степени заслуживает наименования социологической, чем многие другие течения, афишировавшие свои социологизм» .

На основе историко-сравнительного метода М. М. Ковалевский сделал некоторые открытия и подтвердил ряд материалистических положений о закономерностях развития родового общества, государства и права. По словам Ф. Энгельса, М. М. Ковалевский и другие сторонники историко-сравнительного метода «отчасти дали новый материал, отчасти выдвинули новые точки зрения»[41]. Своими исследованиями М. М. Ковалевский подтвердил наличие родового строя у большинства народов, 'исследовал закономерности развития родового общества и, в частности, доказал, что патриархальная домашняя община образовала переходную ступень от семьи, возникшей из группового брака и основанной на

[39] В соответствии с профилем работы (см. Введение) здесь рассматривается не все политическое и правовое учение М. М. Ковалевского, а лишь его понятие права и роль последнего в становлении социологической юриспруденции в России. Подробнее о политических и правовых взглядах М. М. Ковалевского см.: Сафронов Б. Г. М. М. Ковалевский как социолог. М., I960, с. 93—195, 245—258; Казаков А. П. Теория прогресса в русской социологии конца XIX в. Л., 1969, с. 98—128; Бочкарев Н. И. В. И. Ленин и буржуазная социология в России. М., 1973, с. 22—28, 215—246; Федотова Г. А. Политическое учение М. М. Ковалевского. Автореф. канд. дис. М., 1973, с. 3—16.

[40] Туманов В. А. Буржуазная правовая идеология. К критике учений о праве. М., 1971, с. 248.

матриархате, к отдельной индивидуальной семье современного мира. На большом фактическом материале М. М. Ковалевский, в значительной степени под влиянием марксизма, показал, что в догосударственных общественных союзах господствует социальное равенство[42]. И лишь на последней ступени родовой организации «рука об руку возникает неравенство и (общественное) разделение труда, неравенство мужчин и женщин и присвоение первыми военных, а вторыми — хозяйственных функций, неравенство владельцев и не владельцев (скота, рабов, земли), и соответственно — обособление занятий пахарей и пастухов от тех, природу которых составляет начальствование и хозяйственное руководство. Мы стоим на самом рубеже перехода от недифференцированных групп людей к таким, в которых произошла вместе с дифференциацией и интеграция известных функций». Источник возникновения политической стадии развития, по мнению М. М. Ковалевского, кроется именно в этих изменениях[43].

С этих позиций М. М. Ковалевский рассматривал право как продукт исторического развития общества. Вслед за Р. Иерингом и другими сторонниками социологического позитивизма он считал, что право «не развивается само из себя». Поэтому за основу социологического понимания права, по его мнению, должна быть взята «идея внутреннего развития и тесной зависимости, существующей в каждый данный момент между

[42] Как известно, М. М. Ковалевский был лично знаком с К. Марксом и Ф. Энгельсом, способствовал знакомству прогрессивной русской интеллигенции с марксизмом. В свою очередь, К. Маркс в своих собственных обобщениях опирался на тот большой фактический материал, который содержался в работах М. М. Ковалевского (см.: Маркс К. и Энгельс Ф. Соч., т. 45. Здесь опубликованы записки К. Маркса, сделанные им при изучении работы М. М. Ковалевского «Общинное землевладение, причины, ход и последствия его разложения»). «Когда этого требовали обстоятельства, — отмечает Р. Конюшая, — Маркс не только привлекал своего «друга по науке» к обмену чисто интеллектуальными ценностями, но и просил его об услугах, которые касались русских революционеров, сподвижников Маркса по борьбе в Интернационале, в дни Парижской коммуны» (Конюшая Р. Карл Маркс и ученые России. — «Коммунист», 1976, № 7, с. 97). История взаимоотношений К. Маркса и Ф. Энгельса с представителями научной мысли России — это важный и пока еще не исследованный вопрос.

[43] См.: Ковалевский М. Социология, т. 2. Спб., 1910, с. 19, 191; Он же. Общее учение о государстве. Спб., 1909, с. 48, 50,

правом и экономическим, общественным, политическим и религиозно-нравственным укладом»[44]. Действующее право есть «результат развития гражданственности», т. е. «всего того, из чего, заодно с правом, слагается в каждый данный момент социальный уклад народа, его экономика и политика, религия и нравственность, наука и искусство»[45]. Именно взаимодействием этих факторов друг с другом объясняется и развитие права, которое, в свою очередь, также выступает одним из таких социальных факторов.

М. М. Ковалевский выступает против того, чтобы «найти критерий для оценки действующего законодательства в каком-то метафизическом представлении об абсолютной справедливости или в прирожденных человеку правах, слывущих под названием «прав естественных»[46]. Развитие положительного права, по его мнению, зависит не от «догматов метафизики естественного права, которое при косности общества делается элементом регресса, а при подвижности его только отражает на себе рост гражданственности. Развитие положительного права обусловлено всецело ростом гражданственности»[47]. Социология дает знание законов и последовательных стадий развития общества, в которых слагается и совершенствуется система юридических норм. Поэтому, делает вывод М. М. Ковалевский, историко-сравнительная и вообще социологическая юриспруденция при установлении различных этапов развития права должна опираться на социологию.

На основе этого сравнительное правоведение выясняет, «какие юридические порядки соответствуют родо-

[44] Ковалевский М. Сравнительно-историческое правоведение и его отношение к социологии. Методы сравнительного изучения права. — В кн.: Сборник по общественно-юридическим наукам. Вып. 1. Под ред. Ю. С. Гамбарова. Спб., 1899, с. 1, 3, 9; Он же. Социология, т. 1, с. 65—66.

[45] Ковалевский М. Сравнительно-историческое правоведение и его отношение к социологии, с. 6; Он же. Социология, т. 1, с. 66, 68.

[46] Ковалевский М. Социология, т. 1, с. 62; Он же. Сравнительно-историческое правоведение и его отношение к социологии, с. 2.

[47] Ковалевский М. Сравнительно-историческое правоведение и его отношение к социологии, с. 8; Он же. Социология, т. 1, с. 68.

вой, какие — государственной или мировой стадии общественности, в какой внутренней связи стоят между собой отдельные юридические нормы в каждый из указанных периодов, что в том или другом законодательстве может считаться переживанием прошлого, что — задатком будущего, что вымирает и что зарождается, что поэтому должно быть устранено со временем и что восполнено и усовершенствовано»[48]. Без общей социологии, отмечает М. М. Ковалевский, сравнительная юриспруденция обречена на неудачу. «Сравнение только тогда может быть плодотворно, если взяты будут законодательства двух или более народов, стадии развития которых тождественны»[49].

Устанавливая стадии развития права, юриспруденция, полагает М. М. Ковалевский, тем самым готовит почву для законодательной политики. Поэтому он резко критикует юридический позитивизм за то, что последний догматизирует существующее и не способствует дальнейшему развитию права. «Служебное положение, в какое история законодательства стала по отношению к догме, обратившей ее в своего рода архивный склад для справок о времени происхождения и последовательных видоизменений отдельных институтов, принесло свои печальные плоды»[50]. «Юристы, — характеризует М. М. Ковалевский представителей формально-догматической теории права, — утратили сознание той связи, в какой право стоит с ростом культуры и гражданственности»[51]. Помимо формально-догматической обработки права, правоведение, по его мнению, обязано также «преследовать цели историческую и социальную (в смысле предложения реформ в действующем законодательстве с целью согласования его с гражданским

[48] Ковалевский М. Социология, т. 1, с. 69; Он же. Сравнительно-историческое правоведение и его отношение к социологии, с. 10.

[49] Ковалевский М. Социология, т. 1, с. 69—70; Он же. Сравнительно-историческое правоведение и его отношение к социологии, с. 10.

[50] Ковалевский М. Социология, т. 1, с. 61; Он же. Сравнительно-историческое правоведение и его отношение к социологии, с. 1.

[51] Ковалевский М. Социология, т. 1, с. 62; Он же. Сравнительно-историческое правоведение и его отношение к социологии, с. 1.

бытом)»[52]. Все эти три аспекта (догматический, исторический и социологический) есть «не более, как ветви одного целого» и, следовательно, не должны обособляться в три самостоятельные и оторванные друг от друга дисциплины. «Что такое догма, как не возможно-логическая передача действующего права, не заключающего в себе самом никакого критерия для своей пригодности в настоящем и путей дальнейшего развития? Только при помощи истории можно ответить на вопрос, в какой мере данное право является продуктом всего предшествующего наслоения юридических норм и что в нем продолжает стоять в согласии или противоречии с намеченными жизнью решениями. Это значит, что без истории нельзя указать ни органического характера законодательства, ни скрывающихся в нем несовершенств, источник которых всецело лежит в том, что жизнь обогнала юридическое творчество»[53].

Социологический подход к праву и построенная на основе этого историко-сравнительная юриспруденция позволяли ставить и решать новые, не умещавшиеся в рамки юридического позитивизма проблемы, которые выдвигались самим ходом развития буржуазного общества. Как известно, именно глубоко социологическая по своему духу марксистская теория права, возникшая в 40-х годах XIX в., сумела адекватно отразить закономерности развития данного общества, показать неизбежность его крушения и наметить научные перспективы будущего, увидеть те реальные силы, которым суждено преобразовывать существующее и строить будущее. Без рассмотрения права в тесной связи со всей социальной жизнью юриспруденция не могла бы выполнить подобную задачу. Не удивительно, что вслед за марксизмом и некоторые буржуазные юристы, желающие исследовать механизм функционирования права, вынуждены были ориентироваться на социологическое, а не формально-догматическое понятие права.

[52] Ковалевский М. Сравнительно-историческое правоведение и его отношение к социологии, с. 2; Он же. Социология, т. 1, с. 62.

[53] Ковалевский М. Социология, т. 1, с. 62; Он же. Сравнительно-историческое правоведение и его отношение к социологии, с. 2.

Социологический подход позволил М. М. Ковалевскому сделать вывод о тесной взаимосвязи современной ему буржуазной классовой структуры общества, разделенного на капиталистов и трудящихся, имущих и пролетариев, с защищающими эту структуру правом и государством. До некоторой степени он готов даже признать верность вывода К. Маркса о том, что революционные события 1848—1851 гг. подтвердили обусловленность политического движения экономическим фактором[54]. Как видно, исследование древней человеческой истории, а также анализ расстановки классовых сил в XIX столетии неумолимо подводили ученых к материалистической интерпретации происхождения права и государства. Работы Л. Моргана, М. Ковалевского и других служат тому подтверждением.

Однако, несмотря на ряд правильных догадок о возникновении и развитии права и государства, М. М. Ковалевский в целом не поднялся до исторического материализма и остался на позициях позитивизма и буржуазного либерализма. Буржуазная ограниченность не позволила ему стать на сторону диалектико-материалистической теории права. Либерально-реформистские **иллюзии** ставили М. М. Ковалевского в ряды противников марксизма и пролетарской революции. Объективно его теория служила обоснованию программы контрреволюционной социал-реформистской либеральной буржуазии.

Принципиальные расхождения М. М. Ковалевского с диалектическим 'и историческим материализмом заключаются прежде всего в том, -что он отрицает надстроечный характер права и государства. В конечном счете М. М. Ковалевский отрицает определяющую роль базиса по отношению к политической и правовой надстройке. Как и другие позитивисты, он придерживается так называемой концепции факторов, согласно которой политика, государство, право обусловлены равным образом и одновременно не только экономикой, материальными отношениями, но и знаниями, идеями, психологией, «ростом гражданственности», влиянием открытий, приспособлений, подражаний и т. д.[55].

[54] См.: Ковалевский М. Общее учение о государстве, с. 176; Он же. Социология, т. 2, с. 191, 211.

[55] См.: Ковалевский М. Социология, т. 1, с. 1, 67—68.

Позитивистская претензия М. М. Ковалевского встать и над идеалистической и над материалистической теорией права, занять «среднюю» линию оказывается на самом деле лишь очередным вариантом идеализма.

Вслед за Г. Тардом, М. М. Ковалевский выдвигает психологические законы поступательного развития общества, которые он сводит к открытию и подражанию. «На любом юридическом институте можно проследить одновременно роль открытия, приспособления и подражания»[56]. Открытие, утверждает М. М. Ковалевский, есть лишь приспособление к обстоятельствам, «счастливый вывод из массы накопленного уже опыта и наблюдения»[57]. Пример первооткрывателя находит все более широкий круг подражателей, убеждающихся в удобстве и целесообразности нового порядка. Этот психологический механизм, по мнению М. М. Ковалевского, лежит в основе происхождения права, государства, частной собственности и других социальных институтов. Например, личное открытие и приспособление кладут начало частной собственности. «Захватное пользование, выражаемое поговоркой «владеть всем, куда топор и соха ходят», ввиду усиливающейся густоты населения, заменяется в той или другой общине то подворным владением, то периодическим переделом, — всякий раз по той или другой частной инициативе; мало-помалу, в силу подражания и при видоизменениях, вызываемых местными условиями, в соседних областях развивается... мирское пользование. Это последнее, в свою очередь, видоизменяется», постепенно превращается в частную собственность сначала на усадебную землю, а затем и на различные сельскохозяйственные культуры, так что в совместном пользовании остаются только пустошь и лес. «Начало положено и тут личным открытием и приспособлением; остальное сделано подражанием»[58].

[56] Ковалевский М. Сравнительно-историческое правоведение и его отношение к социологии, с. 7; Он же. Социология, т. 1, с. 67.

[57] Ковалевский М. Социология, т. 1, с. 66; Он же. Сравнительно-историческое правоведение и его отношение к социологии, с. 6.

[58] Ковалевскии М. Сравнительно-историческое правоведение и его отношение к социологии, с. 7—8; Он же. Социология, т. 1, с. 67.

На место материального, экономического развития М. М. Ковалевский ставит в качестве причины, обусловливающей возникновение и развитие права и государства, психологические качества индивидов и групп. Право возникает и видоизменяется в результате того, что прежде всего у отдельных выдающихся личностей вызывается состояние неудовлетворенности существующим положением вещей и появляются новые запросы, которые «переходят силой подражания сперва в общественное мнение, в юридическое сознание масс, а затем — в обычай и закон»[59]. Подобную роль выдающихся личностей и происходящей отсюда эволюции права и государства М. М. Ковалевский видит «в психической природе человека, в преобладании в ней чувств над разумом, в естественном отвращении к напряжению мыслительных способностей, в происходящей отсюда склонности держаться старого, в предпочтении пассивного восприятия самостоятельному творчеству. Отсюда готовность подчиняться чужому руководству тех, кто признается обладателем большей физической и психической энергии», т. е. «в психическом воздействии личностей, способных к инициативе, к творчеству, на массы, не способные ни к чему иному, как к подчинению своей деятельности чужому примеру и руководительству. Общераспространенная легенда о полубогах и героях, как основателях государственного общежития, заключает в себе, таким образом, некоторую долю истины; а это значит в конце-концов, что и в деле создания государства, как и в области религии, искусства и права, инициаторами являются изобретатели, лица, способные затратить избыток своей физической и умственной силы, нередко также взамен последней, одной только фантазии и хитрости, на действительное или мнимое служение пассивной массе, способной только к восприятию, т. е., другими словами, — к одним подражательным процессам»[60]. По своим умственным, физическим и другим естественным свойствам, рассуждает М. М. Ковалевский, люди неравны от природы и пото-

[59] Ковалевский М. Сравнительно-историческое правоведение и его отношение к социологии, с. 9; Он же. Социология, т. 1, с. 69.

[60] Ковалевский М. Социология, т. 2, с. 214—215; Он же. Общее учение о государстве, с. 94—95, 101.

му распадаются на две противоположные категории: с одной стороны, меньшинство, выдающиеся творческие личности, вожди-инициаторы, с другой — большинство, серая заурядная «масса», «толпа», которая испытывает «естественное отвращение к напряжению мыслительных способностей», «склонность держаться старого», «предпочтение пассивного восприятия самостоятельному творчеству», «готовность подчиняться чужому руководительству». Именно в «психическом», «гипнотическом» воздействии выдающихся творческих личностей на пассивную массу, способную лишь к «подражательным процессам», к «подчинению своей деятельности чужому примеру и руководительству», заключается, по мнению М. М. Ковалевского, причина возникновения права, политической власти и государства [61].

Данная концепция М. М. Ковалевского гипертрофирует психологические аспекты права и государства. Ученый, очевидно, отступает от своей «теории факторов» и возводит право, как и все общественное развитие, к «психике индивида, к психическим факторам. Тем самым его социологическая историко-сравнительная юриспруденция в своей основе оказывается пропитанной большой дозой психологизма. Основу возникновения права, политической власти, государства М. М. Ковалевский вместе с другими буржуазными социологами ищет не в развитии производительных сил и соответствующих им производственных отношений, не в материальном положении господствующего класса, а в свойствах человеческой психики, в природном неравенстве людей по уму, силе, находчивости и т. п., в разделении людей на предприимчивых инициаторов-вождей и безликую, безынициативную, ищущую пастыря толпу. В этом отразился поворот буржуазной социологии и ориентировавшейся на нее теории права и государства от натурализма (органицизм, биологизм, социал-дарвинизм) к психологизму.

С позиций позитивизма и агностицизма М. М. Ковалевский отрицает возможность познать сущность, объективную ценность и цели права и государства. Мы имеем дело только с явлениями, утверждает он, и «перечня

[61] Ковалевский М. Социология, т. 2, с. 214—215; Он же. Общее учение о государстве, с. 94—95, 101.

его существенных признаков, по которым оно может быть опознано, вполне достаточно для научного определения этого явления»[62]. Отсюда типичное для позитивизма объективистское определение права как совокупности норм, действующих в данном обществе[63].

Позитивистская методология чрезвычайно сужает социологические рамки теории М. М. Ковалевского и препятствует раскрытию подлинной социальной сущности права. В конечном счете такой подход оказывается отрицанием классовой и эксплуататорской природы буржуазного права.

Вместе с Ог. Контом, Л. Буржуа, Л. Дюги и другими представителями буржуазного солидаризма М. М. Ковалевский видит в праве не орудие эксплуатации, а средство обеспечения «общественной солидарности», создания «замиренной среды», из которой устранена борьба и в которой установлены мир, взаимозависимость и общность интересов.

Каждая социальная группа, утверждает он, является прежде всего «замиренной средой», в которой вместо борьбы водворяется «солидарность, или сознание общности интересов и взаимной зависимости друг от друга»[64]. На почве солидарности человеческих групп, предшествующих во времени образованию государства, «возникает право, еще ничем не отличающееся от нравственности и, подобно ей, имеющее религиозную окраску, что при всеобщем господстве анимизма заставляет смотреть на него как . на священный завет предков, тогда как на самом деле те или другие его нормы имеют источником третейское решение, вызвавший подражание приговор стариков-родственников или обособившихся в самостоятельную касту волхвов, кудесников, будут ли ими сибирские шаманы, индусские брамины или кельтские брегоны и друиды»[65]. «Как отражение стадии достигнутой обществом солидарности,

[62] Ковалевский М. Общее учение о государстве, с. 28, 113.
[63] Там же, с. 47.
[64] Ковалевский М. Сравнительно-историческое правоведение и его отношение к социологии с. 3; Он же. Социология, т. 1, с. 63.
[65] Ковалевский М. Социология, т. 1, с. 63; Он же. Сравнительно-историческое правоведение и его отношение к социологии, с. 3.

право изменяется вместе с расширением ее основ»[66]. Факт человеческой солидарности, ее требования признаются обществом и становятся социальными *нормами*[67]. Право — это «нормы, ставящие себе целью поддержание и развитие этой солидарности» и «приводимые в жизнь организованной силой общества — государством, также служащим осуществлению задач общественной солидарности и имеющим своих предшественников в целом ряде мелких общественных союзов, наделенных подобно ему принудительной силой»[68].

Критикуя юридический позитивизм за его формально-догматическую трактовку права как приказа государства, М. М. Ковалевский показывает, что право не сводится к произволу государства, а объективно обусловлено самим общественным развитием, общественными отношениями.

Особенностью его теории является то, что, в отличие от юридического позитивизма и некоторых социологических концепций второй половины XIX в., он рассматривал право как стоящее *вне* и *над* государством явление, непосредственно вытекающее из факта общественной солидарности, «замиренной среды» и потому обязательное (с точки зрения естественной необходимости) для самого государства. Закон правомерен только в том случае, если он соответствует социальной солидарности. Объективность юридических норм заключается в том, что они в концепции М. М. Ковалевского независимы от произвола не только отдельного индивида, но и от государства.

В этом положении М. М. Ковалевского отразилось то обстоятельство, что право действительно не сводится к государству, относительно самостоятельно и что его реальный базис в конечном счете находится не в самом государстве.

Однако он вместе с другими солидаристами (Л. Дюги и др.) абсолютизировал положение об относительной самостоятельности права. Право связывается им не с государством, а непосредственно с «организованной силой общества», «организованной силой союзов», другими словами, не только с государством, но и с

[67] Ковалевский М. Общее учение о государстве, с. 74.
[68] Там же, с. 47, 74.

иными общественными группами, обладающими возможностью применить принудительную силу для претворения в жизнь своих норм. С этой точки зрения право как принудительный порядок отношений создается не только государством, но и другими социальными соединениями, существующими как до возникновения государства, так и параллельно с ним. Это создавало теоретическую платформу для обоснования плюралистических правопорядков и для игнорирования правотворческой силы государства, обязательного опосредования права через волю государства и, следовательно, вело к умалению роли закона.

Эти положения, развитые М. М. Ковалевским в последней трети XIX — начале XX в. применительно к генетической «социологии и историко-сравнительной юриспруденции, были, как известно, обоснованы непосредственно в форме общей теории права Леоном Дюги.

Так, по Л. Дюги, объективное право основывается не на приказе и воле государства, а непосредственно на социальной солидарности[69]. Социальная норма солидарности включает в себя три взаимосвязанные и взаимопроникающие слоя: экономическую норму, норму морали и юридическую норму (верхний, высший слой)[70]. При этом юридическая норма, являясь верхним пластом социальной нормы, создается помимо законодателя спонтанно в условиях общественных взаимосвязей как непосредственное выражение фактической общественной солидарности. В конечном счете основой права оказывается сознание индивидов (сравни положение М. М. Ковалевского о творческой роли выдающихся личностей- и подражающей, приспособляющейся толпе), которое является выражением альтруистического «чувства общежительности» (результат факта солидарности) и эгоистического чувства справедливости (результат автономии личности).

[69] См.: Дюги Л. Конституционное право. Пер. с французского. М., 1908, с. 21.

[70] Duguit L. Traite de droit constritutionel. 2 ed., t. 1. Paris, 1921, p. 26. Подробнее о Л. Дюги см.: Луковская Д. И. Социологическое направление во французской теории права. Л., 1972, с. 101—116; Неновски Н. Буржоазният правей солидаризъм. Критика на теорията на Леон Дюги. София, 1973.

Подобная трактовка права вела к правовому плюрализму, согласно которому в обществе существует столько правовых порядков и систем права, сколько есть самостоятельных групп, союзов, институтов, обладающих принудительной силой, властью принуждения и наравне с государством создающих право. В результате игнорируется существенное различие между правовыми и прочими социальными нормами и правилами поведения. В сферу правовой регуляции включается то, что на самом деле к ней не относится, а является областью морали, этикета и т. д. В этом смысле правовой солидаризм М. М. Ковалевского, Л. Дюги и других авторов связан с социологическими концепциями институционализма и правового плюрализма О. Гирке, Е. Эрлиха, Ж. Гурвича, Г. Ласки, М. Ориу и др. Генетическая социология М. М. Ковалевского создавала исторический фундамент для общетеоретических выводов современной буржуазной социологии права. Г. А. Федотова правильно подчеркнула, что «в приложении к исследованиям современного М. М. Ковалевскому права упор на «нормы групп» совпадал с общей тенденцией буржуазной правовой идеологии того времени» [71].

По М. М. Ковалевскому, государство в собственном смысле *не создает*, а лишь *признает* право как результат *факта* общественной солидарности «в форме проводимых им положительных норм». Такую трактовку он считает не только социологической, но также и антиэтатистской. и либеральной по своей направленности. Тезис юридического позитивизма о том, что право есть производное от государства, служит, по его мнению, «оправданию государственного деспотизма». «Возможность признавать правом сегодня одно, а завтра другое, и признавать государственной изменой сегодня одно, а завтра совершенно обратное, показывает те практические последствия, которые вытекают из несвязанности государства им самим же издаваемым правом» [72] М. М. Ковалевский считает, что только с позиций со-

[71] Федотова Г. А. Политическое учение М. М. Ковалевского. Автореф. канд. дис. М., 1973, с. 16.

[72] Ковалевский М. Общее учение о государстве, с. 50—51, 59—60, 63—64.

идеологической трактовки права можно обосновать связанность государства нравом.

Однако эта общая для всей -буржуазной социологической юриспруденции попытка обосновать право путем непосредственного его возведения к обществу, к общественным союзам и группам приводит М. М. Ковалевского к игнорированию классового и политического характера права, к умалению взаимосвязи права и государства, в определенной степени даже к разрыву и противопоставлению этих двух на самом деле тесно взаимосвязанных явлений. Он полагает, что специфический характер праву придает принуждение, обеспечиваемое «организованной силой общества», но такой силой может быть, естественно, не только государство. Поэтому оказывается, что право может существовать без государства и до государства, например в родовом союзе. Тем самым ученый оказывается в плену имеющего давнюю историю трюизма эксплуататорской правовой идеологии: ubi societas, ibi ius. «Право встречается всюду, где есть общежитие, какую бы форму оно ни принимало»[73]. Такой подход гипертрофирует преемственность между нормами, складывающимися в недрах родового строя, и правом в собственном смысле как политическом явлении, ведет к отождествлению права с принудительной нормативной регуляцией вообще и тем самым препятствует познанию его классовой сущности.

Все это тесно связано с классовой позицией М. М. Ковалевского. Идеологический, практико-политический горизонт либерального буржуа ограничивал познавательные возможности ученого. Именно отождествление права с нормой социальной солидарности приводило к утверждению о том, что оно якобы вечно присуще обществу. Поэтому не случайно сакраментальную формулу буржуазной правовой идеологии — нет права без общества, нет общества без права — М. М. Ковалевский воспринимает без каких-либо оговорок, как само собой разумеющийся и не нуждающийся в особых доказательствах факт. Здесь он оказывается в одном лагере с такими апологетами буржуазного право-

[73] Ковалевский М. Общее учение о государстве, с. 46. Ср.: Дюги Л. Конституционное право, с. 677.

порядка, как Л. Дюги и другие солидаристы. С точки зрения М. М. Ковалевского и прочих солидаристов, право есть результат солидарности, а не классовой борьбы, продукт всего общества, а не экономически господствующего класса, который с помощью политического господства и государства навязывает свою возведенную в закон волю всему обществу. Попытка свести сущность права к социальной солидарности преследовала цель доказать его надклассовый характер, что стало особенно важным для буржуазии в эпоху ее конфронтации с марксистской идеологией. Идеологическая направленность теории солидаризма вполне очевидна. Она состоит в том, чтобы примирить рабочий класс с капиталистическими порядками, изобразить эксплуататорское право вполне соответствующим интересам трудящихся и дискредитировать марксистско-ленинское учение о классовом и антагонистическом характере права. В то же время следует отметить, что в конкретно-исторических условиях России формула М. М. Ковалевского о подчинении государства праву, о праве как средстве создания «замиренной среды», «общественной солидарности» использовалась также для обоснования буржуазно-либеральной реформистской программы, была направлена против самодержавия и полицейского режима.

Гносеологические корни солидаристской теории права М. М. Ковалевского заключаются в подмене (с позиций позитивизма) сущности права его проявлениями, в отрицании законов диалектики, прежде всего закона единства и борьбы противоположностей. Между тем «если бы форма проявления и сущность вещей непосредственно совпадали, то всякая наука была бы излишня»[74]. Сам факт наличия общества, комплекса необходимых (взаимосвязей и отношений между людьми, без которого общество не могло бы существовать и немыслимо как таковое, М. М. Ковалевский считал достаточным для доказательства солидаристского характера права, для доказательства солидарности интересов индивидов на уровне всего общества. Но в антагонистических формациях это далеко не так. В условиях «отчужденного» труда и эксплуатации человека чело-

[74] Маркс К. и Энгельс Ф. Соч., т. 25, ч. II, с. 384.

веком общественные связи и отношения, в том числе правовые и политические, интегрируются *по форме* в коллективность, но по своей *сущности* глубоко антагонистичны. «Мнимая коллективность, в которую объединялись до сих пор индивиды, всегда противопоставляла себя им как нечто самостоятельное; а так как она была объединением одного класса против другого, то для подчиненного класса она представляла собой не только совершенно иллюзорную коллективность, но и новые оковы»[75]. И право и государство возникают не как продукт солидарности или потребности осуществить функции «всего» общества, а как результат борьбы противоположных по своим материальным интересам классов. Антагонистический характер экономических отношений порождает институты (государство, право), лишь по форме выступающие от имени всего общества. На самом же деле они являются представителями того класса, который в качестве носителя господствующих производственных отношений один олицетворяет собой все общество.

М. М. Ковалевский, как и другие представители «раннего» солидаризма (например Л. Дюги в своих произведениях 900-х годов[76]), понимает правовую норму солидарности всецело лишь как опытный факт (в свете позитивистской философии), подобно тому как очевидным историческим фактом объявляется сама социальная солидарность. М. М. Ковалевский не объясняет, каким образом из факта, т. е. из сущего, образуется норма, т. е. должное. И это не случайно, потому что в принципе на почве позитивизма эту проблему и невозможно решить. Во всяком случае в конце XIX в. представители солидаризма не уделяли ей специального внимания. Лишь позднее Л. Дюги вынужден был обратиться к ней, когда в ходе общего кризиса капитализма стало ясно, что буржуазная правовая солидарность не столь уж непоколебимый и очевидный факт, как это утверждали позитивисты, начиная с Ог. Конта. К тому же обратиться к данной проблеме позитивистов заставила полемика с представителями естествен-

[75] Маркс К. и Энгельс Ф. Соч., т. 3, с. 75.

[76] См.: Дюги Л. Социальное право, индивидуальное право и преобразование государства. Пер. с франц. М., 1909, с. 21—22, 24.

но-правовой философии. Последние, критикуя позитивистскую методологию, заявляли, что из *факта* нельзя с помощью позитивистских методов познания вывести *долг,* должное, правовую норму и что факт социальной солидарности может быть к тому же наполнен различным этическим содержанием. Так, видный представитель теории естественного права в начале XX в. П. И. Новгородцев следующим образом критиковал позитивистскую методологию правовой доктрины Л. Дюги и его последователей в России: «Социальная солидарность есть *факт,* это бесспорно; но социальная солидарность, согласно этой доктрине, есть также и *долг»;* «доктрина солидаризма утверждает в качестве своего основания нечто большее, чем указанное фактическое положение: она говорит о *социальном долге* человека, о том, что его права суть лишь последствия его обязанностей»[77]. «И мы, — пишет П. И. Новгородцев, — вправе спросить, откуда это вытекает? Вывести долг из факта немыслимо; ab esse ad necesse non valet consequentia, и пока нам не указали иных оснований социального, мы имеем право утверждать, что доктрина солидарности покоится на априорном и недоказанном утверждении. Л. Дюги не знает другого основания социальных обязанностей, кроме фактического положения и силы вещей, и потому наше замечание всецело относится к его построению»[78]. В результате всего этого солидаристы обратились к истолкованию нормы права в свете теории ценностей (аксиологии) в буржуазном и антикоммунистическом духе. Так, Л. Дюги с помощью психологизма и идеалистической философии права стал трактовать правовую норму не только как факт, но и прежде всего как идеал. На социологический позитивизм был напластован ряд элементов, свойственных идеалистической философии права (неотомизм и пр.). Тем самым позитивизм продемонстрировал неспособность адекватно осветить важный аспект права, обративший на себя внимание и выдвинувший-

[77] Дюги Л. Конституционное право, с. 13.

[78] Новгородцев **П.** И. Предисловие к русскому переводу работы Леона Дюги «Конституционное право». М., 1908, с. XXIV; см. также: Новгородцев П. И. Нравственный идеализм в философии права. — В кн.: Проблемы идеализма. Под ред. П. И. Новгородцева. М., 1902, с. 268—269, 272—273, 280—281.

ся на авансцену буржуазной теории права в кризисной ситуации в начале XX в.

Смысл и ценность марксистской теории права заключается прежде всего в том, что оно рассматривается в неразрывной связи с отношениями к средствам производства, с исторически развивающимися производственными отношениями, в непосредственной связи с такими преходящими историческими явлениями, как частная собственность, классовая борьба, эксплуатация и революция, а не просто с разделением труда. Именно такой подход служит условием правильного понимания сущности права и политического господства. Искаженное через призму эксплуататорских интересов, иллюзорное понимание классового строения общества, отрицание диалектического его строения и развития является основной предпосылкой неправильной трактовки права, всех ошибочных, как не вполне осознанных, так и сознательно демагогических, рассуждений о праве. Выражая интерес буржуазии, М. М. Ковалевский и другие сторонники юридического солидаризма как раз полностью извращают классовую природу права, преувеличивают момент «общих дел», им защищаемых, не связывают определенные типы права с эксплуатацией и частной собственностью. Концепция правового солидаризма — это прямая реакция буржуазной идеологии на обострение классовой борьбы, развитие пролетарского движения и успехи социализма.

Концепция правового солидаризма использовалась М. М. Ковалевским для теоретического обоснования социал-реформизма и неолиберализма. Регулирующая деятельность права и государства по обеспечению общественной солидарности в теории М. М. Ковалевского исторически изменчива, причем резко возрастает в ходе общественного прогресса. На ранних ступенях она заключается в установлении внутренней и внешней безопасности и осуществлении правосудия[79]. Современное же ему буржуазное государство, т. е. государство начавшегося становления монополистического капитализма, М. М. Ковалевский характеризует как «государство

[79] См.: Ковалевский М. Общее учение о государстве, с. 100—101.

с широкими культурными задачами». «Современное культурное государство, — заявляет он, — призвано обеспечить всем жителям вселенной свободу физических и нравственных проявлений личности»[80]. Расширение социально-экономической деятельности капиталистического государства и соответствующих функций права на рубеже XIX—XX вв. М. М. Ковалевский с позиций неолиберализма истолковывал как стремление сгладить противоречия между пролетариями и капиталистами в интересах свободы индивида и общего благоденствия[81].

Эти либерально-реформистские иллюзии ставили его в ряды противников социалистической революции. Его социологическая теория права, в частности концепции правового солидаризма и политико-правового прогресса, объективно использовались для обоснования буржуазно-либеральной социал-реформистской программы. Увещевая царизм в пользе либеральной социологии, М. М. Ковалевский подчеркивал не только ее «прогрессивно-реформистский» характер, но и прежде всего ее направленность против сторонников социалистической революции. «Наука, проповедующая общественную солидарность, — заявлял он, — как бы подкапывается под их credo общественной борьбы... Социология тем уже вызывает опасение самых левых течений общественной мысли, что, повторяя завет своего основателя, она не видит возможности обеспечить прогресс или поступательное развитие человечества без прочного общественного порядка»[82]. Противник абсолютизма и черносотенной реакции, сторонник конституционного парламентарного строя, М. М. Ковалевский в то же время был весьма далек от революционных масс. В. И. Ленин отмечал в 1912 г.: «Либералы отличаются от консерваторов (черносотенцев) тем, что представляют интересы буржуазии, которой *необходим* прогресс и сколько-нибудь упорядоченный правовой строй, соблюдение законности, конституции, обеспечение некоторой политической свободы.

[80] Там же, с. 105, 135.
[81] Там же, с. 197—198.
[82] Ковалевский М. Социология на Западе и в России. — Новые идеи в социологии, сб. 1. Спб., 1913, с. 4.

Но эта прогрессивная буржуазия еще более боится демократии и движения масс, чем реакции. Отсюда вечные стремления либералов к уступкам старому, к соглашению с ним, к защите многих коренных устоев старины»[83].

М. М. Ковалевский пытался защитить не только в теории, но и на практике, в своей активной политической деятельности буржуазный либерализм и социал-реформизм. Основатель прокадетской партии «демократических реформ», депутат I Государственной думы, член Государственного совета (с 1907 г.), он, по словам В. И. Ленина, проявил себя «краснобаем либерализма», преподающим «уроки конституционализма» царским министрам и «давным-давно стоящим уже одной ногой в реакционном лагере»[84]. Не случайно поэтому антибольшевистскую и антимарксистскую по своей идеологической направленности социологическую юриспруденцию М. М. Ковалевского и его учеников (П. Сорокин и др.) современные буржуазные идеологи превозносят как якобы важный вклад в борьбу с «тоталитарными тенденциями» и «разрушительными революционными конвульсиями»[85].

Таким образом, идеологический и познавательные аспекты учения М. М. Ковалевского тесно связаны между собой. Социологический подход к праву представлял собой шаг в развитии буржуазной юриспруденции постольку, поскольку ставил новые проблемы и отражал новые условия и процессы, свойственные становлению монополистического капитализма. Однако теоретико-познавательный аспект социологической теории права М. М. Ковалевского был существенно деформирован идеологическими, социально-классовыми рамками. В гносеологическом аспекте реальные проблемы теории права решены им с позиций позитивизма, т. е. в конечном счете идеалистически; кроме того, теоретико-познавательная функция была подчинена консервативным практико-политическим целям.

[83] Ленин В. И. Полн. собр. соч., т. 21, с. 472.

[84] Ленин В. И. Полн. собр. соч., т. 13, с. 112—113; т. 22, с. 245; т. 24, с. 76.

[85] Beyme Klaus von. Politische Soziologie im zaristische Ru8-land, S. 30.

3. Право как правоотношения
(С. А. Муромцев)

Одним из ближайших предшественников новейшей буржуазной социологии права является Сергей Андреевич Муромцев (1850—1910), принадлежащий к старинному дворянскому роду. После окончания юридического факультета Московского университета (1870 г.) С. А. Муромцев был оставлен для подготовки к профессуре (1871 — 1875 гг.), стажировался у Р. Иеринга в Геттингене. В 1875—1884 гг. он — профессор юридического факультета Московского университета. Вся его педагогическая и общественная деятельность в эти годы подчинена подготовке профессионалов-юристов, способных к продолжению широких социально-политических реформ в духе либералов-западников. С принятием нового реакционного университетского устава 1884 г. судьба либеральных профессоров была решена. С. А. Муромцев получил отставку. В последующие годы он работал в Юридическом обществе, возглавлял «Юридический вестник». С начала 90-х годов приобретает широкую известность имя С. А. Муромцева как адвоката. 1904—1906 гг. — время его активной политической деятельности, сначала среди либеральных земских кругов, затем — в качестве одного из лидеров конституционно-демократической партии. Он был избран председателем I Государственной думы. С. А. Муромцев — один из авторов ряда программных документов буржуазно-либерального движения в России: «Записки 1880 г.», проекта конституции, «Выборгского воззвания». Основными его научными работами являются: «Очерки общей теории гражданского права» (1877), «Определение и основное разделение права» (1879), «Гражданское право Древнего Рима» (1883), «Что такое догма права?» (1884) и др. В 1910 г. были опубликованы в пяти выпусках его «Статьи и речи».

С. А. Муромцев испытал значительное влияние своего учителя Р. Иеринга, особенно его концепции о праве как юридически защищенном интересе, однако учение С. А. Муромцева вполне оригинально. Он может быть назван одним из основателей современной буржуазной социологической юриспруденции. В то время, когда С. А. Муромцев выдвигал идеи сближения науки

права с социологией и разрабатывал социологическое понятие права, это было новым словом не только для России, но и для Германии, которая традиционно рассматривалась русскими буржуазно-либеральными правоведами как «житница научных идей». Под непосредственным влиянием С. А. Муромцева формировалось последующее поколение представителей социологической юриспруденции в России (Ю. С. Гамбаров, Н. А. Гредескул и др.).

Буржуазные социологические концепции права, возникшие в конце XIX в., требовали изучать право в связи со всей общественной жизнью, с другими социальными явлениями. Данное положение обосновано С. А. Муромцевым в типично позитивистском духе. По своим методологическим позициям он примыкал к позитивистской философии Ог. Конта, Г. Спенсера, Дж. Ст. Милля. «Мы исходим из того воззрения на задачи правоведения, которое сложилось под влиянием позитивизма. С точки зрения этого воззрения задача правоведения как науки состоит в том, чтобы изучать *законы* определенной группы социальных явлений, которые своей совокупностью образуют право. Правоведение должно стать отделом социологии; как вообще законы социологии, так и законы правоведения были бы законами сосуществования (статики) и преемственности (динамики)»[86].

С. А. Муромцев вместе с другими представителями социологического позитивизма выступал против превращения правоведения в формально-догматическую дисциплину. В этом аспекте его теория существенно расходится с юридическим позитивизмом Г. Шершеневича и др. Юридический позитивизм, как было показано выше, имел тенденцию свести юридическую науку исключительно к догме права. Муромцев, напротив, полагает, что задача «научно-объективной» теории права заключается не в систематизации и классификации, т. е. формально-логической обработке действующего права, а в открытии социологических законов развития, преемственности и сосуществования (динамики и статики) права как определенной группы социальных явлений[87].

[86] Муромцев С. Что такое догма права? М., 1885, с. 6.
[87] Там же, с. 6, 8, 10.

В этом аспекте социологическая теория права как наука, по С. А. Муромцеву, строится в тесной связи с историко-сравнительным методом. Догма права заключается в описании, обобщении, определении и классификации юридических норм, законов. Все это, по его мнению, есть систематическое изложение начал, принципов, а не научно-объективных законов какого-либо действующего права в данной стране и в данное время в интересах его непосредственно-практического применения. Задача догмы состоит в том, чтобы дать правила и определения для руководства юристам-практикам (судьям и т. д.). И поэтому в догме «нет ничего общего с исследованием законов». «Догма составляет отрасль юридического искусства», а не науку в «объективном» и «строгом смысле». Догма не открывает законов преемственности или сосуществования правовых явлений, она лишь обобщает принципы данной системы права. В этом плане С. А. Муромцев противопоставлял юридический принцип объективному закону развития и сосуществования правовых явлений. На основе этого он полагал, что догма права есть не наука в собственном смысле, а «искусство», т. е. прикладная, технико-вспомогательная дисциплина[88]. В этой связи С. А. Муромцев находился в полемике (имевшей важное значение для размежевания юридического и социологического позитивизма) с теми сторонниками формально-догматической юриспруденции, которые пытались подвести под нее позитивистскую философско-методологическую основу. Так, А. Х. Гольмстен полагал, что догма права, ее формально-логическое изучение составляют «юридическую статику, или юридическую теорию права, или юриспруденцию в собственном смысле слова», которая исследует «законы сосуществования юридических явлений»[89]. В этом споре был прав скорее С. А. Муромцев, обоснованно полагавший, что догма с ее приемами описания, систематизации и классификации действующих норм права не является «статикой» как наукой в позитивистском ее понимании.

[88] Муромцев С. Что такое догма права?, с. 6, 8, 9; Он же. Определение и основное разделение права. М., 1879, с. 38—40.

[89] Гольмстен А. Х. Несколько мыслей о позитивизме в науке права. — В кн.: Юридические исследования и статьи. Спб. 1894, с. 9.

Таким образом, юриспруденция, по С. А. Муромцеву, не может ограничиться догмой права. Более того, по его мнению, догма права может успешно разрабатываться лишь тогда, когда она опирается на «научно-объективную» теорию права. «Догматическая работа стремится к точному определению юридических понятий и обобщению их, к определению данных норм и сведению их к общим принципам, к расположению их в правильный порядок и взаимному соподчинению их, наконец, к восполнению пробелов, которые окажутся в созданной таким образом системе»[90]. Для того чтобы успешно выполнить свое назначение, догма права должна опираться на изучение природы и развития правовых институтов, их свойств, значения и взаимного соотношения. Всякое определение, которое догматики считают выведенным на основе «чисто» правовых явлений вне связи с прочими социальными явлениями, на самом деле, справедливо возражает С. А. Муромцев, должно быть выведено на основе изучения природы того или другого института в его развитии и во взаимосвязи всех социальных отношений. Иначе данное определение не будет удовлетворять своему назначению.

Правоведение, по С. А. Муромцеву, не ограничивается догмой и «объективно-научным» исследованием права. Задача юриста, по его мнению, состоит не только в обобщении действующего, но и «реформе существующего и создании нового права». «Оставаясь на почве практических стремлений, нельзя ограничиться одной догмой. Кроме применения права существует еще другое практическое дело юриспруденции — реформа существующего и создание нового права... Без сомнения догматик не обязан относиться ко всем постановлениям положительного права с одинаковым уважением. Он имеет право на их критику и преднамеренное изменение, которое, смотря по обстоятельствам, совершается или открыто, или скрыто, — в форме искусственной интерпретации»[91]. Отсюда появляется другая прикладная отрасль юриспруденции — законодательная политика, или политика права как практиче-

[90] Муромцев С. Определение и основное разделение права, с. 40.

[91] Там же, с. 39, 42—43.

ское искусство. Но это изменение, заявляет С. А. **Му**ромцев, не должно совершаться произвольно. Необходимо опираться на «глубокое изучение и верную историко-культурную оценку изменяемого института, нужд, требующих его -изменения, и реформы, предлагаемой ради удовлетворения их... Искание ответа на вопрос, как улучшить современное гражданское право, приведет необходимо к исследованию общих причин образования и условий существования его»[92]. Таким образом, и догма, и политика права для успешной своей реализации требуют познания законов сосуществования и преемственности правовых явлений, т. е. науки права в собственном смысле. В результате правоведение, с точки зрения С. А. Муромцева, включает в себя следующие три части: во-первых, «объективно-научное» исследование права, или науку права в собственном смысле, подход к праву с «чисто научной», или «объективно-научной», позиции; наука изучает право «как оно есть»; во-вторых, политику права, или законодательную политику, — «практическую», «прикладную» отрасль, рассматривающую право с точки зрения «политической», «критической», т. е. в свете «определенного субъективного идеала», т. е. право, «как оно должно быть»; в-третьих, догму права, которая также является не наукой в строгом смысле, а искусством, технико-прикладной дисциплиной, занятой описанием, систематизацией, классификацией и комментированием действующего права[93].

Построения С. А. Муромцева, очевидно, в корне отличаются от юридического позитивизма. Науку в собственном смысле, «чистую» науку здесь составляет социологическое изучение права. Теория права выступает как часть социологии, и, напротив, догме права отводится производное, «практико-прикладное», «технико-вспомогательное» значение. Кроме того, в данном случае социология права не смешивается с политикой права, как это было у Г. Ф. Шершеневича, и в то же время не противопоставляется так называемой «чистой юриспруденции», под которой представители юридиче-

[92] Там же, с. 43.
[93] Там же, с. 14, 39, 135, 145.

ского позитивизма понимали всецело формально-догматическое исследование права. Напротив, теория права у С. А. Муромцева возможна лишь как глубоко социологическая дисциплина, и в этом плане она является частью социологии в широком смысле, т. е. как совокупности наук об обществе и человеке, в которую входят общая социология и частные науки (правоведение, наука о морали, психология и т. д.).

Вместе с тем С. А. Муромцева сближает с юридическим позитивизмом общность философско-методологических позиций (феноменализм, агностицизм и т. п.), а также стремление противопоставить «чистую», «объективную» науку (теория права) политике права как тактическому искусству, руководствующемуся субъективным политико-правовым идеалом. Здесь налицо стремление деидеологизировать науку права (см. гл. IV).

В концепции правовой политики ярко проявилась связь научных изысканий С. А. Муромцева с практико-политическим положением русского либерализма. В своей профессорской и общественной деятельности С. А. Муромцев ставил целью воспитать профессионалов-юристов в духе идеалов буржуазного либерализма и способных к продолжению реформ 60—70-х годов. Правовая политика, в концепции С. А. Муромцева, призвана стать теоретической платформой для реформистской трансформации полуфеодального права в буржуазное и тем самым предотвратить революционные катаклизмы в условиях активизации трудящихся крестьянских масс и пролетариата России. Последующая кадетская деятельность С. А. Муромцева явилась попыткой реализовать это, сформулированное им еще в 70-х годах, теоретическое кредо буржуазного либерализма.

Буржуазная социологическая теория права как новое направление, в противоположность формально-догматической и спекулятивно-метафизической юриспруденции, исследует право эмпирически, как опытный факт во взаимодействии с другими социальными явлениями. Исходную точку и центр права она видит не в законодательстве, а в самом обществе. Поэтому право должно изучаться, согласно этому направлению, не «само по себе, как таковое», как «частая форма», к че-

му призывала формально-догматическая юриспруденция, и в том числе юридический позитивизм, а, по словам С. А. Муромцева, «как одно из выражений всей социальной жизни общества либо ряда обществ», как проявление многочисленных «первоначальных и производных социальных факторов», которые управляют возникновением и развитием правовых институтов, прежде всего права частной собственности и др. К этим факторам принадлежат: «густота населения и плодородие почвы, {постепенные успехи земледелия, скотоводства и строительного искусства, степень умственного и нравственного развития отдельных лиц и классов населения, борьба интересов внутри городских и сельских общин, внешнее давление, производимое на них военным, торговым и промышленным сословиями сообразно с политическим состоянием страны, торговым и промышленным развитием ее, влиянием юридических и экономических идеалов, занесенных извне, соображения государственного блага, интересы культуры, толкуемые в наиболее широком смысле»[94].

При этом С. А. Муромцев отрицает определяющую роль экономики по отношению к праву. Он исходит из господствующей среди позитивистов теории факторов.

«Все стороны жизни человека находятся в некотором отношении ко всем способностям человека и элементам среды. Умственные, нравственные, физические способности человека, физические, этнографические и политические элементы среды участвуют в образовании, движении и разрушении всей социальной жизни. Военная, экономическая, политическая, юридическая, моральная, религиозная, научная, художественная деятельность народов управляется одними и теми же внутренними и внешними факторами... Вообще производные факторы, т. е. факторы, которые образованы самим ходом общественного развития, обладают столь же общим значением, как и первоначальные факторы. Каждый результат социальной деятельности индивидов и их групп становится условием образования последую-

[94] Муромцев С. Определение и основное разделение права, с. 37.

щих результатов ее, не только однородных с ним, но и разнородных»[95].

С. А. Муромцев резко критикует формально-догматический подход к праву и считает, что правоведение должно развиваться в тесной «взаимосвязи с общей социологией, психологией, политической экономией и другими общественными науками[96], в чем и выражается его разрыв с юридическим позитивизмом.

Тезис о социальной обусловленности права находится в тесной связи с другим, не менее важным положением социологической юриспруденции — о функциональном изучении права. Юрист, по мнению С. А. Муромцева, должен иметь «верное представление о функции, для выполнения которой норма предназначена. Познание же этой функции для своего осуществления требует историко-культурного исследования нормы»[97]. Но все это выходило далеко за рамки юридического позитивизма и было несовместимо с ним. «Потребность, которая дает толчок к исканию нормы, — содержание нормы и сила, с которой она выражается, настроение и способность правообразующих органов, отношение к искомой норме различных классов общества и высшей государственной власти, характер комбинаций, которые направляют развитие нормы после ее рождения, — все эта существенные моменты истории каждой правовой нормы и каждого правового института составляют продукт предшествующей и сопровождающей их культуры»[98].

В отличие от формально-догматической юриспруденции, социологическая теория права С. А. Муромцева претендовала на то, чтобы осознать право как активную социальную силу, или, по выражению Р. Паунда, «социальную инженерию». Именно на основе общей теории права как широкой социологической дисциплины создается прикладная наука политика права, задача которой заключается в том, чтобы выработать «предложения об исправлении недостатков существующего строя», т. е. обеспечить реформистское, безрево-

[95] Муромцев С. Определение и основное разделение права, с. 33, 34.
[96] Там же, с. 38.
[97] Там же, с. 41.
[98] Там же, с. 38,

люционное перерастание полуфеодальной права в буржуазное и затем развитие самого буржуазного права.

Таким образом, в социологической теории права С. А. Муромцева поставлена важная проблема взаимосвязи права и общества, обусловленности права фактическими общественными отношениями, в том числе экономическими отношениями, выдвинута необходимость системного и функционального изучения права. Именно эти положения составляют одну из характерных черт всей буржуазной социологической юриспруденции, пионером которой был С. А. Муромцев.

Новое направление с трудом пробивало себе путь, и лишь с начала XX столетия, в результате отмеченных выше объективных причин, оно стало оттеснять на задний план формально-догматическую юриспруденцию. Во всяком случае в 70—80-х годах теория С. А. Муромцева звучала диссонансом на фоне ставшего в то время господствующим в России юридического позитивизма.

Да и не только в России. Почти сорок лет спустя, в 1913 г., Е. Эрлих (1862—1922) по-прежнему обвинял правоведение в том, что оно находится в тисках схоластики и не знает иного права, кроме законов и кодексов и в исследовании социальной обусловленности права не идет дальше «мистической воли законодателя». В результате оно превратилось в буквоедство, надоедливое комментирование текстов законов. Юридическая догматика, заключал Е. Эрлих, страдает тем же недостатком, что и школьное обучение: вместо того чтобы черпать истину в жизни и опыте, оно ищет ее в сборниках законов и наукообразных к ним комментариях, подобно тому как школьник познает мир через букварь и учебник. В то же время Е. Эрлих предостерегал, что нельзя ограничиваться изучением деятельности суда. Судебный процесс — это лишь небольшая часть реальной правовой жизни общества с ее бесчисленными контрактами, сделками и другими правоотношениями. Источник познания права — это прежде всего непосредственное наблюдение жизни, поступков, обычаев и документов конкретного осуществления права (договоры, завещания, сделки и т. п.). Юрист должен наблюдать и взвешивать поведение людей. Например, изучение арендного права означает анализ соответ-

ствующих договоров, в том числе размера участков у данных владельцев (крупные землевладельцы, крестьяне и др.), как заключен договор (что стоит в формулярах и чего желают стороны на самом деле, помимо законодателя), каково значение и последствие договоров, хотят ли стороны изменений и каких именно и т. д. Изучение действующего, «живого» права является, по Е. Эрлиху, задачей новой науки — социологии права[99].

Другой выдающийся представитель социологии права, Р. Паунд (1870—1964), в отличие от юридического позитивизма, так же как и С. А. Муромцев и Е. Эрлих, призывал объяснить действие права в его взаимосвязи с другими общественными явлениями. Отсюда широкое использование философии, этики, истории, психологии и особенно социологии в теории права. Упор, однако, делается на исследование прагматически толкуемых функций права. Социология права, определяет Р. Паунд, есть изучение «юридической системы функционально... в свете преследуемых ею социальных целей»[100].

Если учесть, что работы С. А. Муромцева относятся к 70—80-м годам прошлого столетия, а деятельность другого главного представителя буржуазной социологической теории права, Е. Эрлиха, протекала в начале XX в., то можно сделать следующий вывод. Основные методологические позиции современной буржуазной социологической общей теории права, и прежде всего — исходные позиции для выработки понятия права социолого-позитивистской ориентации (акцент на функциональное изучение права в связи с социальной жизнью и в то же время отрицание базисной роли экономики, производственных отношений по отношению к праву; противопоставление «чистой» науки права политике права, или законодательной политике), высказаны весьма давно и в новейшее время не претерпели каких-либо существенных изменений. В этом смысле общая методологическая, основная линия в подходе к поня-

[99] Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. Munchen und Leipzig, 1913, S. 399; Он же. Recht und Leben. Berlin, 1967, S. 19—20, 25—26, 71—73.

[100] Pound R. Jurisprudence, vol. 1. St. Paul (Minn.), 1959, p. 20.

тию права у представителей новейшей социологической юриспруденции (Р. Паунд, Т. Гайгер, Н. Луман и др.) носит скорее эпигонский, нежели новаторский характер. Современное буржуазно-социологическое понятие права начинает свою историю с 70-х годов XIX в. Более успешной была новейшая деятельность этого направления в области конкретно-социальных исследований права. Волна конкретно-эмпирических исследований захлестнула буржуазную социологию права, так что в разработке «частных методик исследования» забывается общая социологическая теория, социологическое понятие права, служащее их основой и без дальнейшего развития которого обречена на стагнацию сама социологическая юриспруденция.

Новая методология, вырабатывавшаяся социологической теорией права (рассмотрение права в контексте других социальных явлений и взаимосвязей, функциональное изучение права и т. п.), вела к пересмотру самого понятия права. Изучение становления правовых систем показало, что юридические нормы, прежде чем достигнуть высокой степени устойчивости и абстрактности, проходят через стадии казуистического права, т. е. генетически правовые отношения предшествуют норме, как она формулируется в развитом правосознании законодателя. Исходя из этого положения социологи сделали существенный крен в сторону правоотношения как важнейшего элемента права, элемента, забытого и низведенного в глухую провинцию юридическим позитивизмом этатистской ориентации. Обращение к генезису и функциям права способствовало пересмотру соотношения «объективного» и «субъективного» права, нормы и правоотношения. Если формально-догматическая юриспруденция с ее пресловутой тавтологической формулой «закон есть закон», «право есть право» считала правом предписания, команды суверена, а субъективное право и правоотношения рассматривала как автоматическое порождение закона, то социологи вскрыли несводимость субъективного права и правоотношения к прихоти и произволу государственной власти, подчеркнули их обусловленность общественными отношениями. Это позволило изучать право не как систему формализованных нормативных суждений и понятий, а как «живой» правопорядок, сеть конкретных

правоотношений, систему действующих, функционирующих, а не «мертвых», «бумажных» норм.

Выражая специфическую черту социологической теории права, С. А. Муромцев делает акцент на изучении права в жизни, т. е. правовых отношений, как они воплощены в данном правопорядке. Поэтому выработку понятия права он начинает не с нормы и правила, а с лежащей в их основе простейшей социальной ячейки — общественного отношения. Непосредственный предмет социальных наук, по его мнению, составляют социальные отношения, но они существуют не разрозненно, а группируются в порядки. В частности, предметом правоведения являются правовые отношения и совокупность их — конкретно-исторические правовые порядки, которые существовали и существуют в действительности. «Вместо совокупности юридических норм, — полагает С. А. Муромцев, — под правом разумеется совокупность юридических отношений (правовой порядок). Нормы же представляются как некоторый атрибут порядка» [101].

Отношением человека к окружающим его предметам и людям он называет «возможность известного рода событий, которые обусловлены воздействием предметов и людей на человека и человека на них»[102]. Содержание отношения, т. е. «род возможных событий», определяется свойствами лиц и предметов, связанных с отношением, и окружающей их среды. Под свойствами понимаются качества как физические, так и духовные, как общие всем предметам или людям, так и индивидуальные, как постоянные и продолжительные, так и временные и быстро проходящие. Например, С. господствует над Д. или потому, что он физически сильнее Д., или потому, что имеет необходимый для этого перевес в нравственных качествах. Физическая или нравственная сила С. и бессилие Д., постоянное или временное (например вследствие несовершеннолетия), образуют между ними отношения господства и подчинения. Все подобные свойства, обусловливающие возможность известного рода событий, являются фактическими, и обусловленные ими отношения — фактически-

[101] Муромцев С. Определение и основное разделение права, с. 47—48, 56.
[102] Там же, с. 57.

ми отношениями. С точки зрения своих «причин», т. е. «с объективной точки зрения», фактические отношения, полагает С. А. Муромцев, являются выражением порядка, установленного природой для проявления взаимного воздействия лиц и предметов или, другими словами, выражением естественных законов материальной и духовной природы. Необходимыми элементами отношения являются субъект, объект и среда отношения. Субъектом является человек, о возможности действий которого идет речь в каждом данном случае. Под объектом понимается другой человек или иной предмет, которые играют пассивную роль в действиях субъекта[103]. Отдельный человек играет в своих отношениях активную или пассивную роль. В соответствии с этим выделяются активный и пассивный элементы отношения. Активный элемент состоит в открытой для человека (субъекта) возможности совершения известного рода (поступков относительно объекта отношения, размер возможной самодеятельности субъекта по отношению к объекту (другому человеку или предмету); пассивный элемент есть возможность событий (особое отношение), в которых данный человек играет страдательную роль, положение объекта [104].

Обусловливающее действие среды само выражается в существовании целого ряда *конкретных* отношений субъекта и объекта к отдельным частям среды, влияющим на существование данного отношения субъекта к объекту. И субъект и объект состоят в каком-либо отношении к каждому деятелю среды. Среда влияет на отношение в форме *сопровождающих* отношений. Отношение сопровождается другими многочисленными отношениями, каждое из которых, в свою очередь, может быть рассмотрено .как главное, сопровождаемое прочими. Мир фактических отношений предстает не механическим целым, а соединением, части которого связаны между собой органическим образом [105].

Результатом *усложнения* среды является общественный союз. В своей деятельности, в борьбе с природой

[103] См.: Муромцев С. Определение и основное разделение права, с. 58, 59—60.
[104] Там же, с. 59—60.
[105] Там же, с. 62.

и чужими союзами люди устанавливают и поддерживают друг с другом громадное количество отношений. Тем самым образуются различные социальные группы, которые С. А. Муромцев делит на две разновидности: 1) *кратковременные* и *специальные* соединения, каковы, например, союз охотников, отправляющихся вместе за добычей; разбойников, сговорившихся вместе ограбить кого-либо; путешественников, отправляющихся вместе в дорогу; артистов, соединившихся для представления; контрагентов, совершающих юридическую сделку, и 2) *постоянные* и *генетические* общественные союзы, каковы семья, род, товарищество, корпорация, общины, государство [106].

Защита господствующих в обществе отношений от нарушений со стороны внешних и внутренних врагов осуществляется, по мнению С. А. Муромцева, двумя способами: *организованно* и *неорганизованно.* Организованная защита осуществляется заранее определенным порядком, при помощи особых, специально предназначенных для этого органов. Напротив, неорганизованная защита происходит в формах, не определенных заранее, и определяемых в каждом конкретном случае, смотря по обстоятельствам. Ее способ, размеры, орудия определяются положением дела и настроением умов в данную минуту. Организованная форма защиты появляется, например, тогда, когда расправа всем обществом облекается в точные формы, выработанные путем обычая; когда самоуправство отдельных лиц предстает в торжественной, церемониальной форме либо, как в современных условиях, получает точное определение относительно случаев и пределов своего применения; когда требования истца о явке ответчика в суд и требование кредитора об уплате должником его долга сопровождаются содействием, например, определенного числа свидетелей, заранее назначенных служить органом понуждения; когда, наконец, защитником отношений является власть. «Организованную форму защиты, — говорит С. А. Муромцев, — мы называем формой юридической, или правовой»[107]. Защита порождает так называемые сопровождающие отношения (отношения

[106] См.: Муромцев С. Определение и основное разделение права, с. 65.
[107] Там же, с. 70—71

власти и подчинения) и «вынудительные» отношения, т. е. отношения, сопутствующие главному, защищаемому, фактическому отношению и гарантирующие его от нарушений[108]. Так, в отношениях собственности защищаемое отношение состоит в обыкновенном *фактическом* обладании вещью, в господстве над вещью, вытекающем из стремления освоить ее и обусловленном одними фактическими обстоятельствами, т. е. обстоятельствами, не входящими в состав юридической защиты. Содержание и пределы господства определяются свойствами обладателя, вещи и окружающей среды. При этом отношение субъекта к окружающим лицам служит предметом преобразования, когда к фактическому отношению примыкает юридическая защита[109]. Сущность защищаемого фактического отношения при этом, с точки зрения С. А. Муромцева, не меняется. Однако юридическая защита расширяет пределы и содержание фактического отношения. Последнее более гарантировано от нарушений, оно продолжительнее, прочнее, чем обыкновенное фактическое отношение. Юридическая защита ограждает фактическое отношение от случайности произвола, устраняет препятствия к обладанию, которые наименее подлежат предвидению и контролю со стороны обладателя. Вследствие этого действия субъектов отношений становятся полнее и увереннее, водворяется стабильность и прочность отношений. Образуются новые возможности воздействия субъекта на окружающих. Фактические отношения превращаются в «вынудительные», или принудительные[110].

Таким образом, общественное отношение, по С. А. Муромцеву, образуется из двух пластов: отношения фактического и отношения защиты. Первое он предлагает назвать «правовым», а второе — «юридическим». И, подчеркивая их взаимосвязь, считает, что они образуют единое целое и в этом качестве составляют право как таковое, т. е. право в субъективном смысле[111]. Так, например, право собственности состоит из фактического

[108] См.: Муромцев С. Определение и основное разделение права, с. 73—74.
[109] Там же, с. 75.
[110] Там же, с. 91, 120.
[111] Там же, с. 76.

отношений и отношения защиты (властного и вынудительного). Выделение этих двух элементов права, полагает С. А. Муромцев, есть лишь прием *аналитического* изложения. Было бы ошибочно, предостерегает он, представлять процесс исторического образования собственности так, что сначала образовалось вполне фактическое обладание вещью со стороны отдельных лиц, а потом к этому присоединилась юридическая защита. На самом деле, по его мнению, юридическая защита содействовала образованию фактических отношений собственности, оказавшихся таким образом защищенными уже с самого момента их образования. В действительности эти два момента права составляют единое целое. Без юридической защиты нет права. Правом признается лишь то, что сопровождается юридической защитой. «Юридическая (организованная) защита составляет основное отличительное свойство права, своим существованием обусловливающее и вызывающее другие характерные свойства его»[112]. Но и юридическая защита как таковая, сама по себе, без фактического отношения еще не составляет права. Эти две стороны — «правовое» отношение и «юридическое» отношение составляют, по мнению С. А. Муромцева, непосредственное содержание и существенные признаки права. Так, в праве собственности содержание составляют, с одной стороны, все акты воздействия на вещь с целью ее эксплуатации, а с другой — ее внешнее принуждение, организационное установление, организованная защита, т. е. воздействие на нарушителей через административные, судебные и другие органы власти и управления в данном обществе[113].

В этом аспекте С. А. Муромцев, как и многие другие представители социологической юриспруденции, находился под влиянием Р. Иеринга. Понятие права, по Р. Иерингу, состоит из двух моментов: во-первых, «субстанциального», лежащего в его практической цели, т. е. пользе или выгоде, доставляемой правом, и, во-вторых, «формального», который есть средство по отношению к указанной цели и который выражается в защите права,

[112] Там же, с. 122, а также 76, 131, 146, 160.
[113] Там же, с. 127, 144.

в иске. Отсюда понятие права как «юридически обеспеченного пользования», «юридически защищенного интереса»[114]. Эта концепция имела определенное достоинство по сравнению с юридическим позитивизмом, поскольку нацеливала именно на социологическое понимание права, изучение его социального содержания. Однако соотношение фактического и формального моментов в праве, соотношение фактического отношения и отношения юридического, должного и сущего, остается в ней неясным и противоречивым. В конечном счете Р. Иеринг и вслед за ним С. А. Муромцев, Н. М. Коркунов и другие правоведы отождествляют право с фактическими отношениями, например, Р. Иеринг отождествил право с интересом.

Правовые отношения, по С. А. Муромцеву, существуют не разрозненно, а группируются в определенную совокупность, единство, систему. «Вся совокупность прав, существующих в данное время в данном обществе, образует *правовой порядок* (право в собирательном смысле)»[115]. В составе развитого правопорядка он выделяет два элемента: правовые институты, определяющие характер всего правопорядка в целом, и более или менее разрозненные и немногочисленные отношения, еще не сложившиеся в институты и представляющие собой зарождающиеся или вырождающиеся части правопорядка.

Итак, исходя из единства фактического и защищающего отношений, С. А. Муромцев определяет право как порядок отношений, защищенных организованным (юридическим) способом[116]. Так как одно и то же фактическое отношение может быть предметом не только юридической, но также и других санкций (моральной ит. д.) и влияния, то правовой порядок «не существует отдельно как конкретное целое, но составляет элемент одного общественного порядка... Правовой порядок есть элемент общественного порядка, произведенный юриди-

[114] Ihering **R.** von. Geist des romischen Rechts auf den verschiedenen stufen seine Entwicklung, Bd 3. 2 Aufl. Leipzig, 1871, S. 326—328; Он же. Der Zweck im Recht, Bd 1. 2 Aufl. Leipzig, 1884, S. 435, 443, 511.

[115] Муромцев С. Определение и основное разделение права, с. 148.

[116] Там же, с. 70—71, 121.

ческой защитой»[117]. Тем самым С. А. Муромцев возвращается к своему исходному методологическому тезису. Право не может изучаться как замкнутая в себе, оторванная от социальных отношений формализованная структура абстрактных приказов законодателя. По его мнению, правоведение должно быть отделом социологии, который посвящен изучению юридической («организованной») защиты как одной из важнейших функций социального организма. «Предмет правоведения — юридическая защита отношений»[118].

Концепция С. А. Муромцева направлена против крайностей юридического позитивизма, который с формально-догматических позиций отождествлял право с юридической нормой, а последнюю свел к приказу, к нормативному суждению законодателя, игнорировал объективную обусловленность права, его нетождественность, закону, несводимость к произволу государственных властей и его относительную самостоятельность по отношению к государству. В целом взгляд на право как сложную многоаспектную систему, а не просто совокупность норм (тем более понимаемых в формально-догматическом плане), нормативных приказов законодателя, способствует развитию теории права, позволяет рельефно подчеркнуть, что право не сводится к произволу и не тождественно закону, а обусловлено объективными, прежде всего материальными, общественными отношениями, является их своеобразным закреплением в виде особых идеологических общественных отношений.

В то же время концепция С. А. Муромцева имеет существенную отрицательную черту, свойственную всей буржуазной социологической юриспруденции, а именно: она склонна отождествить правоотношения и право вообще с фактическими отношениями. Верно подчеркивая недопустимость отрыва права от закрепляемых им фактических отношений, данная позиция ведет к другой крайности — к отождествлению факта и права, фактического отношения и правоотношения. Между тем сущее и должное, факт и право — не одно и то же. Правоотношение есть не просто фактическое отношение,

[117] Муромцев С. Определение и основное разделение права, с. 164.
[118] Там же.

а такое фактическое *идеологическое* отношение, в котором выражено *долженствование* и которое в этом смысле соответствует норме права. С одной стороны, нельзя отрывать правовое от фактического, с другой. — было бы ошибочным не видеть различия между фактическим и правовым, между сущим и должным, нормативным. Право — это не просто фактические отношения (первичные и вторичные), а *идеологическое, волевое* выражение этих отношений в специфической форме, в форме долженствования, нормативности, закона.

В этой концепции фактические отношения, прежде всего отношения собственности (т. е. производственные отношения), выступают не как самостоятельное явление (в сложной взаимосвязи содержания и формы), а лишь как «бесформенная» материя, формой которой является право. Отсюда открывается возможность двоякого вывода: или логизирования формы, формально-логический подход к праву, или отождествление правовой формы с самим социальным содержанием. Именно к последнему варианту склоняются социологи, такие как С. А. Муромцев, Е. Эрлих и др. Не без влияния этого подхода развивал свою концепцию и П. Стучка, хотя в идеологическом аспекте его подход принципиально отличался от буржуазной социологии права[119].

Между тем фактическое отношение собственности и правоотношение собственности — далеко не одно и то же. Собственность как фактическое отношение есть нечто отличное от правоотношения собственности[120]. Соб-

[119] Под правом П. И. Стучка понимал «систему (или порядок) общественных отношений, соответствующую интересам господствующего класса и охраняемую организованной силою его (т. е. класса)» (Стучка П. Революционная роль советского права. М., 1931, с. 7; Он же. Классовое государство и гражданское право. М., 1924, с. 9—10). В этой связи П. И. Стучка отмечал позитивные моменты буржуазной социологической юриспруденции С. А. Муромцева и др. (см.: Стучка П. И. Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права. Рига, 1964, с. 295).

[120] Иного взгляда придерживается венгерский правовед И. Сабо. Он выдвигает положение о том, что отношения собственности являются не материальными, производственными отношениями как таковыми, а лишь формой производственных отношений, и в данном аспекте взаимосвязь «базис — надстройка» параллельна, аналогична и тождественна взаимосвязи «содержание — форма». Поэтому разделение собственности (отношений собственности) в экономическом смысле и собственности в юридическом смысле (правоотношений собственности) автор считает необоснованным. По его мнению,

ственность как фактическое отношение имманентно производственному отношению. Частная собственность является *экономической* основой товарного производства. В этом смысле фактическое присвоение людьми средств производства и предметов потребления есть акт такого же порядка, как и само производственное отношение, т. е. отношение фактическое, выступающее содержанием правового отношения, т. е. специфического идеологического отношения, а не просто и не только отношения защиты (отношения власти и принуждения в концепции С. А. Муромцева). Критикуя П. Прудона, К. Маркс в письме к И. Б. Швейцеру писал: «На вопрос: что она (буржуазная собственность. — В. З.) такое? — можно было ответить только критическим анализом «политической экономии», охватывающей совокупность этих отношений собственности не в их юридическом выражении как волевых отношений, а в их реальной форме, т. е. как производственных отношений» [121]. Производственные отношения — это и есть отношения собственности, закрепляемые правом с возникновением общественного разделения труда и классов. «Разделение труда и частная собственность — это тождественные выражения; в одном случае говорится по отношению к деятельности то же самое, что в другом — по отношению к продукту деятельности» [122]. Производственные отношения, т. е. отношения между людьми в процессе производства, распределения, обмена и потребления, являются отношениями присвоения средств производства и продуктов труда, т. е. выступают как отношения собственности. «Всякое производство есть присвоение индивидуумом предметов природы в пределах определенной общественной формации и посред-

отношения собственности являются юридическим выражением производственных отношений, так что между собственностью и правом собственности различий якобы не существует (см.: Сабо И. Основы теории права. М., 1974, с. 19, 21, 30). Также и В. П. Шкредов утверждает, что собственность является лишь «формой выражения» производственных отношений и как таковая, сама по себе не является экономической категорией (см.: Шкредов В. П. Право и экономика. М., 1967, с. 30—31; Он же. Собственность в системе категорий политической экономии. — В кн.: О системе категорий и законов политической экономии. Под ред. проф. Н. А. Цаголова. М., 1973, с. 56—57).

[121] Маркс К. и Энгельс Ф. Соч., т. 16, с. 26.

[122] Маркс К. и Энгельс Ф. Соч., т. 3, с. 31.

ством нее. В этом смысле будет тавтологией сказать, что собственность (присвоение) есть условие производства»[123].

Частная собственность является экономической основой товарного производства. В этом смысле фактическое присвоение людьми ;и средств производства и предметов потребления есть акт такого же порядка, как и само производственное отношение, т. е. отношение *фактическое,* выступающее содержанием правового отношения. Отношения собственности — это «отношения индивидов друг к другу соответственно их отношению к материалу, орудиям и продуктам труда»[124]. Вещь «становится действительной собственностью только в процессе общения и независимо от права»[125]. Примечательно само название раздела, в котором К. Маркс и Ф. Энгельс рассматривают этот вопрос: «Отношение государства и права к собственности».

Правом является не само фактическое отношение собственности в совокупности с отношением защиты, как это полагает С. А. Муромцев. О правоотношении собственности можно говорить тогда, когда фактическое отношение собственности (имеющее на этом фактическом уровне свои содержание и форму) приобретает, кроме того, другую форму, а именно: специфического волевого долженствования (своеобразное удвоение формы). Само фактическое отношение собственности не тождественно отношению долженствования, т. е. правоотношению собственности, не тождественно отношению правовому, хотя и тесно связано с ним, содержит в себе предпосылку и необходимость превращения в правоотношение.

Этот характер взаимосвязи правоотношения с закрепляемым им фактическим общественным отношением применим не только к сфере материальных экономических отношений. Например, лишение человека жизни как факт само по себе не является правоотношением, оно становится таковым лишь тогда, когда приобретает форму волевого отношения долженствования, в результате чего выступает либо как убийство, либо как смертная казнь и т. д.

[123] Маркс К. и Энгельс Ф. Соч., т. 12, с. 713.
[124] Маркс К. и Энгельс Ф. Соч., т. 3, с. 20.
[125] Там же, с. 64.

То, что факт и норма, сущее и должное хотя и тесно связаны, но не тождественны друг другу, соответствует самой природе правовых отношений как волевых отношений долженствования, долженствования и в аксиологическом и в нормологическом плане. Правовые отношения, как и моральные отношения, выступают лишь стороной других общественных отношений (экономических, политических, социальных отношений в узком смысле — отношений по воспроизводству природных данных человека, отношений по приобщению к производству и общению и др.) и в этом смысле не имеют онтологического характера. Другое дело, что правовые отношения нельзя отрывать от лежащих в их основе фактических отношений. Диалектико-материалистическая теория права возможна лишь как онтологическая теория права: нельзя разрывать и противопоставлять сущее и должное, факт и норму, фактические отношения и надстраивающиеся над ними правовые отношения без риска прийти к отождествлению права с законом, нормативным приказом суверена и в конечном счете к отождествлению права с произволом. В этой связи концепция С. А. Муромцева и других представителей социологического позитивизма имеет, по сравнению с юридическим позитивизмом второй половины XIX в., определенную положительную сторону. В ней поставлена важная проблема несводимости права к нормативным суждениям законодателя. Однако проблема эта решена в целом неверно.

Сделав своей главной целью изучение функционирования права, буржуазная социологическая юриспруденция выдвинула на первый план правоотношения, правопорядок и отодвинула в тень нормативный характер права и опосредствование норм в актах законодателя. Более того, эта тенденция была абсолютизирована. Многие представители буржуазной социологии права игнорировали его нормативный характер, *противопоставили* правоотношение норме права и закону и тем самым теоретически санкционировали расшатывание законности. Соотношение закона и правоотношения на ранних этапах развития правовых систем социологи перенесли на право в любой стадии его развития, т. е. часть выдали за целое.

Критикуя формально-догматический подход к праву,

С. А. Муромцев показал, что исследование нормы права в действии, в контексте социальной жизни вскроет реальную картину функционирования права. Юридические нормы — это «правила, которые, определяя должные пределы и способ юридической защиты отношений, предписываются властью, регулирующей правовой быт народа: так называемым сознанием общества (обычное право), законодателем (закон), юристами (право юристов)». Юридические нормы составляют «могущественный фактор правового порядка, и притом фактор непосредственный», потому что они «направляют в значительной степени действия тех органов и лиц, которые держат в своих руках юридическую защиту отношений: административных властей, суда, частных лиц (субъектов гражданских прав)»[126]. Направляющее значение юридических норм, их непосредственное влияние на правопорядок, констатирует С. А. Муромцев, обусловлено значительной силой той власти, которая формулирует нормы. Но эта сила никогда не бывает абсолютной. Она, по его мнению, есть *лишь один из факторов* образования и развития правопорядка, наряду с многими другими факторами. «Она действует рядом и совместно с другими силами, которые также оказывают влияние на образование правового порядка и могут расходиться с ней в своем направлении»[127]. К таким непосредственным факторам правопорядка С. А. Муромцев относит: «юридическое настроение» лиц и органов, через деятельность которых юридическая норма должна осуществиться; внешние условия, среду, в которой действует юридическая норма; способность данного отношения поддаваться именно юридическому регулированию.

Эти факторы, пишет он, могут действовать вразрез с юридической нормой и совершенно парализовать ее применение. Так, принятая норма может оказаться бездействующей, например, вследствие того, что встречает решительное и упорное сопротивление или нерасположение к ней со стороны общества или органов власти или когда она должна применяться среди неблагоприятных внешних обстоятельств (например, на территории, слишком обширной и малонаселенной, так что

[126] Муромцев С. Определение и основное разделение права» с. 149.

[127] Там же, с. 150.

становится невозможным успешный юридический контроль). Некоторые отношения в определенных условиях оказываются неспособными стать предметом юридической защиты вследствие своего положения среди прочих отношений. С. А. Муромцев ссылается на бессилие юридических норм, направленных против ростовщичества, разврата и т. п. при «известном экономическом и нравственном состоянии общества». Несоответствие нормы реальной практике наступает и тогда, когда в условиях разделения властей суд «из соображений справедливости» уклоняется от существующих норм, но, не имея власти на их изменение, прибегает для осуществления своих стремлений к скрытым средствам в обход закона. Таким образом, делает вывод С. А. Муромцев, «не всегда законодателю достаточно сказать, что то-то должно быть так-то, для того, чтобы такой порядок проявился в самом деле» [128]. То или другое предписание может продолжать выдаваться за юридическую норму, тогда как на практике оно полностью или частично не выполняется, т. е. юридическая практика не защищает того порядка вещей, который предписан нормой. С этой точки зрения, полагает С. А. Муромцев, необходимо различать нормы *«действующие»* и *«мертвые»* [129]. В этой связи он формулирует положение, имеющее важное методологическое значение как для теории, так и для истории права. Ни теория, ни история права не должны подменяться описанием текстов законов. Социологическая история права призвана показать возникновение и развитие права в его конкретной действительности [130]. Поэтому важно найти пути и способы для различения мертвых и действующих норм. Задача исторической

[128] Муромцев С. Определение и основное разделение права, с. 150.

[129] Там же, с. 153.

[130] Историю права, преимущественно древнеримского с широкими социологическими основами, С. А. Муромцев разработал в ряде своих произведений, в том числе в капитальном труде «Гражданское право Древнего Рима» (М., 1883), где он показывает, как право действовало и развивалось под влиянием различных социальных факторов: племенных различий, семейно-родового быта, военно-государственного быта, общественных различий, борьбы сословий, индивидуализма и т. п. (см.: Муромцев С. А. Гражданское право Древнего Рима, с. 10—14, 17—46, 47—61, 339, 362, 394—396, 434—437, 460—465, 492—494, 673—675).

критики состоит в том, чтобы выяснить, насколько данное постановление обычного права, закона или авторитетных юристов применялось на практике.

Необходимость разграничения «действующих» и «мертвых», фиктивных законов и предписаний не вызывает сомнений. Для 70-х годов XIX в. это был значительный шаг вперед по сравнению с юридическим позитивизмом. В настоящее время это тривиальное положение любой теории, стремящейся исследовать реальное, функционирование права и тем более адекватно отразить правовую действительность. Но дело в том, что из этого положения буржуазная социологическая юриспруденция сделала неправильный вывод. Во-первых, закон был *противопоставлен* правопорядку, во-вторых, фактическому правопорядку была противопоставлена и юридическая норма как таковая. Несмотря на признание важности юридических норм, С. А. Муромцев исключает их из понятия права, относит их лишь к «одному из факторов» права (правопорядка), считает их только «некоторым атрибутом порядка»[131]. Поэтому он отвергает включение в понятие права (право в «объективном смысле») совокупность юридических норм. «Право в субъективном смысле или, вернее, единичном смысле есть право в смысле отношения; его определение поставлено нами на первый план. Под правом в объективном (собирательном) смысле понимают совокупность юридических норм. Мы должны были отодвинуть юридические нормы на второй план, поставив на их место правовой порядок. Юридические нормы должно считать лишь некоторым атрибутом правового порядка, говоря точнее — фактором в процессе его исторического образования. Под правом же в собирательном смысле надо разуметь правовой порядок»[132].

Гносеологической причиной подобных рассуждений явилось то, что под юридической нормой здесь понимается не норма как таковая, имманентная правопорядку, воплощенная в сети конкретных правоотношений, а лишь нормативное суждение законодателя. На основе этого делается вывод о том, что правопорядок

[131] Муромцев С. Определение и основное разделение права, с. 47—48, 149, 159.
[132] Там же, с. 159.

и, следовательно, право может в действительности функционировать без нормы и даже вопреки ей. Степень несоответствия юридической нормы правопорядку, полагает С. А. Муромцев, может быть разнообразной: правопорядок может частично уклониться от нее полностью и даже «идти ей прямо наперекор», т. е. полностью противоречить норме, защищать нечто противоположное и даже «враждебное» норме [133].

Противопоставление юридической нормы правопорядку логически вело к понятию права, которое создается и санкционируется не законодателем и вообще не государством и даже вопреки им, но действует в качестве права. Действующее право может твориться помимо законодателя и даже вопреки закону.

Определение права, данное С. А. Муромцевым, не указывает источника права и органа, устанавливающего «юридическую» защиту. Профессор лишь упоминает, что «обыкновенно» юридическая защита устанавливается законодателем или другим органом, представляющим государство и правительственную власть[134]. Но, заявляет он, организованная, или юридическая, защита должна пониматься в «достаточно широком смысле». Критерием действительности права, с этой точки зрения, должно быть не наличие юридической нормы, а сам факт действительного существования правового отношения, реальное осуществление юридической защиты. «Как скоро для защиты какого-нибудь отношения *авторитетом общества* (курсив мой.— В. З.), хотя бы путем незаметно слагавшегося обычая, выработался правильный порядок, так отношение вступало в юридическую форму своего существования» [135]. Здесь кроется в зародыше концепция правового плюрализма, затем так ярко проявившаяся в доктринах Л. Петражицкого, Е. Эрлиха, Ж. Гурвича и др.

Ближайшее практико-политическое применение концепции С. А. Муромцева заключается в обосновании судебного правотворчества^ с помощью которого дискредитируется, обессиливается и фактически отменяет-

[133] Там же, с. 151—152.
[134] Там же, с. 144.
[135] Там же, с. 140.

ся, устраняется тот или другой закон. Социологическое понятие права служит здесь для обоснования похода против официальной законности.

С. А. Муромцев стоит на либерально-реформистских позициях. Суд и другие правоприменительные органы государства, по его мнению, должны быть способны постоянно приводить действующий правопорядок в соответствие со «справедливостью», которая трактуется С. А. Муромцевым в чисто позитивистском духе. Справедливость есть «присущая в данное время данной общественной среде совокупность субъективных представлений о наиболее совершенном правовом порядке»[136]. Несоответствие действующего права справедливости обусловлено несовершенством правовой организации и может простираться до «полной негодности» соответствующих органов, как это было с учреждениями абсолютистской Франции, павшими под ударами восставшего народа. С. А. Муромцев против революции, он берет на вооружение формулу мирной трансформации правопорядка. «Законодательная реформа — единственно верное средство для осуществления справедливости»[137]. Но, как показал пример России и других стран, такие реформы могут слишком долго задержаться. «Ожидать законодательной реформы, полагаясь во всем на нее одну, означает тоже допускать на долгое время накопления слишком большого числа отдельных несправедливостей. Резкие перевороты и крупные преобразования оживляют, но также и потрясают общественный организм»[138]. Поэтому в деле мирной трансформации существующего правопорядка С. А. Муромцев делает главную ставку на суд и другие органы, применяющие право. Во все времена, пишет он, «положительное право ограничивается, изменяется и дополняется под влиянием нравственных воззрений и чувства справедливости,

[136] Муромцев С. Определение и основное разделение права, с. 154—155.

[137] Муромцев С. Право и справедливость. — «Северный вестник», 1892, сн. 2, отд. 1, с. 251—260; см. также: Сборник правоведения и общественных знаний, 1893, т. 2, с. 1—13; Муромцев С. Суд и закон в гражданском праве. — «Юридический вестник», 1889, кн. 11, с. 377—393; Он же. О задачах гражданского правосудия. — «Юридический вестник», 1881, кн. 1, с. 49—53.

[138] Муромцев С. Право и справедливость, с. 258.

руководящих лицами, применяющими право»[139]. Фактически это происходит даже там, где формально суду запрещено изменять законы. «Из соображений справедливости суд уклоняется от существующих норм; но, не имея власти на их изменение, прибегает для осуществления своих стремлений к скрытым средствам в обход закона. Примеры этого рода весьма многочисленны теперь у нас в России»[140]. Такое положение, по его мнению, создается в результате несоответствия между застывшим законом и запросами развивающегося общества. В практике встречается большое разнообразие случаев. Но юридическая норма не в состоянии предвидеть всех индивидуальных особенностей субъекта, объекта и самого отношения. Задача суда заключается в «индивидуализировании права», в обеспечении «полной гармонии» между юридической нормой и конкретным случаем., «Если закон выражается общими правилами, то дело судьи в каждом отдельном случае придать такому общему правилу свой особый смысл, сообразный с условиями случая»[141]. Для этого судья должен «осуществить справедливость», т. е. «применить юридическую норму именно в той степени, в которой случай характеризуется типичными свойствами, служащими основанием нормы (индивидуализация решений)». По мнению С. А. Муромцева, необходимо «доверить суду постоянное и постепенное проведение в жизнь справедливости,— шаг за шагом, по мере возникновения отдельных случаев, обнаруживающих столкновения жизни с действующим законом»[142]. Таким образом, рассуждает С. А. Муромцев, суд превратится в арбитра между законом и конкретным правоотношением, он будет в соответствии с «господствующей справедливостью» (т. е. правосознанием либеральной буржуазии) проверять степень «современности», «жизненности» того или другого закона, т. е. приводить стабильный и негибкий закон в соответствие с изменчивыми запросами жизни,

[139] Муромцев С. Очерки общей теории гражданского права, ч. 1. М., 1877, с. 223.

[140] Муромцев С. Определение и основное разделение права, с. 151.

[141] Там же, с. 156; Он же. Право и справедливость, с. 258.

[142] Муромцев С. Определение и основное разделение права, с. 156; Он же. Право и справедливость, с. 258.

с «живым» правопорядком. Тем самым правоприменитель превращается на «самом деле в подлинного творца права. «Формальная теория проводит резкую границу между законом и судом: закон творит, суд осуществляет волю законодателя. Но в здоровой государственной жизни суд творит так же, как и законодатель, только при помощи иных приемов. Суд озабочен применением закона, который сохраняет свои корни в юридической совести общества, но он столько же озабочен видоизменением закона, когда этот последний перестал уже казаться справедливым. Судья — законодатель, судья — проводник в жизнь тех начал, которые сознание общества объявляет справедливыми и естественными»[143]. В результате юридический закон и официальная законность в концепции С. А. Муромцева полностью разрушаются. Закон фактически превращается в эскиз, более или менее вероятное предсказание того, что на практике решат суд и другие правоприменительные органы. Таково практико-политическое следствие понятия права как правоотношения и противопоставления правопорядка норме права, закону.

Источником правотворчества судей, по его мнению, является «справедливость», наполняемая буржуазно-либеральным содержанием. Теоретической же основой для ее отыскания и формирования правосознания судей и, следовательно, для изменения права, по мнению С. А. Муромцева, должна служить созданная на базе социологической теории права прикладная дисциплина — *политика права*, или *законодательная политика,* пользующаяся «критико-созидающим», «конструктивным» приемом и готовящая почву для видоизменения и развития права «сообразно современным потребностям гражданского оборота и воззрениям на справедливость... Кроме толкования, критики и развития положительных определений, юрист, — считает С. А. Муромцев,— уполномочен к свободному творчеству на самостоятельной почве. Судебная практика, обязанная найти всегда необходимый закон, хотя бы он не был написан в законах, дает реальную почву такому творчеству»[144]. Теория политики права вырабатывает законы и

[143] Муромцев С. Право и справедливость, с. 258—259.
[144] Муромцев С. Очерки общей теории гражданского права, ч. 1, с. 43, 45.

Принципы такого творчества, дает ему рациональную ориентацию, формирует правосознание правоприменителей и создает гарантию для устранения судебного произвола. В этом С. А. Муромцев 'видит реализацию «высшего права» юриспруденции, которое «блистательно осуществлялось полусознательным образом римскими юристами, о котором мечтали сознательные юристы девятнадцатого века, но которым до сих пор они не успели освоиться как следует» [145].

Теория права С. А. Муромцева была объективно направлена на реформистскую трансформацию абсолютистского полуфеодального политического и правового строя в буржуазный. Воспитанные в либеральном духе государственные чиновники и судьи, по его мнению, должны были постепенно превратить в «мертвые» те юридические нормы, которые противоречили «господствующей» в обществе идее справедливости, т. е. правосознанию либеральной буржуазии. Таким образом, по; своей идеологической направленности понятие права как фактического правопорядка имело в конкретно-исторических условиях царской полуфеодальной России некоторое прогрессивное значение, было направлено против отживших реакционных законов. Вместе с тем следует отметить, что та же самая конструкция в условиях империализма использовалась и используется реакционной буржуазией с целью ломки либерально-демократической законности. Поэтому выработанная С. А. Муромцевым концепция о судебном правотворчестве должна оцениваться строго конкретно-исторически, в связи с теми политическими и правовыми отношениями, на которые она была рассчитана.

Под непосредственным влиянием концепций С. А. Муромцева о праве как правопорядке и о правотворческой роли суда находились не только представители социологического позитивизма, такие как Ю. С. Гамбаров и Н. А. Гредескул, но и сторонники других направлений, например Б. А. Кистяковский [146]. При этом и сам

[145] Муромцев С. Очерки общей теории гражданского права, ч. 1, с. 45.

[146] См.: Гамбаров Ю. С. Задачи современного правоведения, Спб., 1907, с. 5, 17—18, 21, 32; Он же. Курс гражданского права, т. 1. Спб., 1911, с. 27—28, 31, 181; Он же. Право в его основных моментах. — В кн.: Сборник по общественно-юридическим наукам.

С. А. Муромцев, и его последователи выступили против иррационалистических и субъективистских обоснований судебного правотворчества и считали необходимым дать ему твердую рационалистическую и объективную основу. В этом плане представители социологического правоведения в России резко расходились с иррационалистическими и субъективистскими тенденциями «школы свободного права» на Западе.

Место и значение теории права С. А. Муромцева заключается в том, что в ней предвосхищены основные черты понятия права в современной буржуазной социологической юриспруденции. В XX в. усилиями таких ведущих правоведов, (как Е. Эрлих, Р. Паунд и другие, были доведены до логического конца, причем 'иногда в утрированной форме, те положения, которые содержались уже в концепции С. А. Муромцева. Противопоставление права в жизни (правопорядка) закону стало ходячим трюизмом буржуазной социологии права.

История права, заявлял Е. Эрлих, учит одной всегда забываемой истине, а именно: ни в одно время все право целиком не содержится в текстах законов. Сверх того, имеется существенное расхождение между правом, как оно выражено в законе (gesetzte Recht), и «живым правом» (lebende Recht), т. е. фактическим, действующим на практике, будь то арендный договор, отношения между землевладельцами, семейное право и т. п. Вряд ли мы встретим такую страну, где фактический правопорядок адекватен нормам закона и полностью в них записан. Живое право находится не в статьях закона, а в практических отношениях. Оно, патетически заключает Е. Эрлих отличается от сухих иероглифов закона так же, как стремительный водный поток от застойного пруда[147]. По Е. Эрлиху, живое право есть «внутренний порядок человеческих союзов» (государства, семьи, корпорации, товарищества и т. д.)[148]. При

Вып. 1 Спб., 1899, с. 31, 98. См. также: Гредескул Н. А. Современные вопросы права. М., 1906, с. 10, 14, 15—16; Он же. К учению об осуществлении права. Харьков, 1900, с. 235; Кистяковский Б. А. Социальные науки и право. М., 1916, с. 353.

[147] Ehrlich E. Recht und Leben. Berlin, 1967, S. 14—15; Он же. Grundlegung der soziologie des Rechts. Munchen und Leipzig, 1913, S. 399.

[148] Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts, S. 29—30, 170, 406.

этом в основе правопорядка лежит не волеизъявление суверена с его законом, а непосредственно только «факты права»: практика, отношения господства и собственности, предпринимательская деятельность, хозяйственная жизнь, повседневные договоры, сделки, завещания. Эти бесчисленные общественные отношения выкристаллизовываются в определенные фактические нормы или правила поступков. Общественный правопорядок устанавливается именно благодаря этим нормам. Такие фактические действующие нормы или совокупность упорядоченных фактических общественных отношений, господствующих в определенных социальных союзах, без каких-либо официальных словесных и письменных формулировок, по Е. Эрлиху, и есть правовые нормы в собственном смысле, как таковые (Rechtsnorm). Фактические нормы образуют внутренний порядок человеческих союзов через обобщение и приведение к единству хозяйственной и политической практики, т. е. всего комплекса общественных отношений [149].

Определение права как внутреннего порядка человеческих союзов, независимо от законодателя и его предписаний, закладывало основы правового плюрализма. Каждая организация, фабрика, банк, профсоюз, объединение предпринимателей и т. д. имеют свой порядок, свое собственное право, которое они сами создают [150]. Нормы, уставы, регламенты различных ассоциаций создаются не государством, но действуют в качестве права.

Живому праву общества Е. Эрлих противопоставлял «правовое установление» (Rechtssatz) — официальное, сформулированное в законе или кодексе обобщение, отражение «живой» правовой нормы [151]. Предписания закона, изданного государством, только тогда становятся нормой права в собственном смысле, когда они применяются, фактически упорядочивают общественные отношения [152].

Аналогично противопоставлял закон и действующее право родоначальник «движения свободного права» во Франции Франсуа Жени. По его мнению, формальные

[149] Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts, S. 170.
[150] Ibid., S. 110, 121, 406,
[151] Ibid., S. 29.
[152] Ibid., S. 170.

юридические источники не способны охватить все практически действующее право [153].

Герман Канторович, один из главных представителей «движения свободного права» в начале XX в., делил право на «оформленное» и «свободное». Первое выражено в законах и судебных прецедентах, второе — в проектах законов, в политических максимах, убеждениях и чувствах [154].

Усилиями Р. Паунда противопоставление закона и правопорядка стало евангелием американской социологии права. Р. Паунд выделяет три аспекта в понятии права: право как правопорядок — режим упорядоченных отношений между людьми посредством систематического применения силы политически организованного общества; (право как вся совокупность юридических предписаний (правил и норм) в данном политически организованном обществе; право как судебный и административный процесс, отправление правосудия[155]. Считая возможным унифицировать все три понятия посредством идеи социального контроля, социальной инженерии, Р. Паунд и его последователи отдают предпочтение первому аспекту, понимают под правом преимущественно правопорядок. И это не случайно, ибо основным звеном социологической юриспруденции Р. Паунда является противопоставление права в законе, книжного права (law in books) праву в действии (law in action). Его программная работа (1910 г.) так и называется «Право в книгах и право в действии». «Право в действии,— утверждает Р. Паунд, — не всегда совпадает с правом, как оно фиксировано в книгах, а иногда и не стремится к такому совпадению или даже к видимости совпадения»[156]. Противопоставляя «застывший» закон «динамической» жизни права, Р. Паунд под правом в настоящем смысле понимает правопорядок, как он складывается на практике главным образом под влиянием

[153] Geny F. Freedom of Judicial Decision. — In: The Science of Legal Method. New York, 1921, p. 35—36.

[154] Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts. Gottingen, 1957, S. 12; Он же. Rechtswissenschaft und Soziologie. Karlsruhe, 1962, S. 102.

[155] Pound R. Jurisprudence, vol. 1. St. Paul (Minn.), 1959, vol. 1, p. 12—14; vol. 2, p. 105—106.

[156] Pound R. Jurisprudence, vol. 4, p. 14.

судов и администрации. Во имя требований «подвижной» жизни третируются закон и законность, в этом заключается основное практико-политическое последствие данной концепции. При этом следует учитывать, что Р. Паунд противопоставил не только закон и правоотношение, но и норму в законе норме в действии. Право во втором аспекте, как совокупность юридических норм, есть нечто иное, чем волеизъявление государства,—закон и строго соответствующие ему подзаконные акты. Нормы права как таковые являются действующим правом. Закон есть суждение, а норма существует в практических отношениях. Она вырабатывается не как автоматическое приложение закона к жизни, а как сложный процесс согласования различных точек зрения на норму права — законодателя, конкретного субъекта права, юристов, судей, администраторов. В конечном счете все эти точки зрения в ходе образования фактической правовой нормы унифицируются под углом деятельности судей и администраторов. В этом плане официальное законодательство наравне с юридическими доктринами и правовыми идеалами является лишь «предсказанием», «рабочим проектом» для суда [157]. Таким образом, разрывая общее, особенное и отдельное, «должное» и «сущее», Р. Паунд, как и С. А. Муромцев, изображает юридический закон лишь как идеологическое образование, чуждое индивиду и фактической жизни, и низводит его на уровень одного из многочисленных факторов, воздействующих на содержание права.

Взгляды сторонников социологической юриспруденции: С. А. Муромцева, Р. Паунда и других — логически вели к отрицанию нормативного характера права вообще. Так, один из видных представителей движения свободного права Г. Исай на основе субъективно-идеалистического психологизма считал правовую норму «рациональной абстракцией», застывшей моделью правоотношения, которая отвлекается от жизненных ситуаций, не отображает действующего права и, следовательно, существует лишь в воображении, а не в действительности. Напротив, конкретное решение выражает жизненную иррациональную ситуацию, реальное правоотношение, живое право во всем его объеме и многообразии.

[157] Pound R. Jurisprudence, vol. 2, p. 122.

Отсюда вывод: «право — это комплекс судебных решений, а не норм» [158].

Ниспровержение нормативной силы закона достигло высшей стадии у американских и скандинавских «реалистов». Как и С. А. Муромцев, Р. Паунд и другие социологи, «реалисты» исходят из противопоставления закона правовым отношениям. В наиболее популярной и образной форме это сделал К. Ллевеллин, противопоставивший «бумажные» нормы (нормы должного поведения, нормы-суждения, выраженные в законах и прецедентах) праву в жизни, или «реальному» праву. Законы и прецеденты, из которых юриспруденция XIX в. сотворила себе кумира, возвела в фетиш, на самом деле, утверждает К. Ллевеллин, не являются правом в собственном смысле. Центр правовых исследований переносится на изучение деятельности и поведения судей и должностных лиц административного аппарата. Именно здесь, по мнению «реалистов», создается право. «Действие, относящееся к решению споров, является сферой права. И люди, осуществляющие это действие, будь то судьи, шерифы, клерки, тюремщики или адвокаты, являются официальными выразителями права. То, что эти официальные лица решают в отношении споров, и есть, по моему мнению, само право» [159].

«Реалисты» отождествляют право с конкретной практикой судей и администраторов. При этом они идут дальше С. А. Муромцева, Е. Эрлиха, Р. Паунда и их последователей. «Реалисты» не только противопоставляют закон и правопорядок, но и отрицают нормативный характер всего права в целом. Действительное право, по Дж. Фрэнку, нельзя установить на основе закона или вывести из какой-либо другой нормы. Общие положения не решают конкретных случаев. Никто не может знать «реальное» право до тех пор, пока не последует само решение, вытекающее из данного дела и конкретной ситуации. В свою очередь, это решение отнюдь не создает норму для последующих казусов. «Право — это решения, а не правила, — заявляет Дж. Фрэнк.—

[158] Isay H. Rechtsnorm und Entscheidung. Berlin, 1929, S. 25, 29.
[159] Llewellyn K. The Brumble Bush. New York, 1960, p. 3.

Судья создает право, когда решает дело»[160]. С этой точки зрения право в собственном смысле есть либо «действительное право» (actual law), т. е. уже состоявшееся отдельное «специфическое решение, либо «вероятное право» (probable law) как догадка о будущем судебном решении. Взгляд на (право как упорядоченную нормативную систему Дж. Фрэнк объявил «основным правовым мифом», мешающим приспособлению права к потребностям жизни. С позиций фрейдизма он считал, что люди ищут определенности и нормативности, упорядоченности в праве потому, что им присущи пережитки детского комплекса «авторитарного отца». Они бессознательно пытаются найти в правовой норме субституцию таких атрибутов, как прочность, надежность, определенность, непогрешимость, — все то, что в детстве приписывается отцу. Устойчивость, которая кажется на первый взгляд присущей праву, на самом деле иллюзорна и химерична, заявляет Дж. Фрэнк. «И не надо сожалеть об этой неопределенности, — призывает он, — наоборот, это его (права. — В. 3.) качество нужно рассматривать как великую социальную ценность»[161], способную обеспечить соответствие права изменчивой жизни.

Следовательно, не только отражение нормы в сознании (правовая идеология), но и действующую на практике норму Дж. Фрэнк считает фикцией, чуждой реальным отношениям между людьми. В результате норма в этой теории является не правом, а лишь идейным фактором его создания. «Нормы, — утверждает он,— независимо от того, установлены ли они судьей или кем-то другим, содержатся ли они в законах, прецедентах или иных правовых предписаниях, являются не правом, а только одним из источников, к которым обращается судья, когда он создает право при решении казуса»[162].

К этим же выводам, подкрепленным неокантианским противопоставлением и разрывом должного (Ought) и сущего (Is), приходит и К. Ллевеллин. По его мнению, «бумажные нормы» формулируются как суждения о

[160] Frank J. Law and Modern Mind. New York, 1930, p. 46, 127—128.
[161] Ibid., p. 7, 21.
[162] Ibid., p. 127.

должном поведении, находятся в сфере долженствования, а реально действующее право, конкретные правоотношения — это сфера сущего. И поскольку сущее и должное — это две различные несовместимые области, то норма не свойственна правоотношениям. По отношению к бытию она является как бы трансцендентной и поэтому на уровне бытия теряет свою обязывающую силу. Всякую попытку приписать правоотношениям, «реальному» праву нормативный характер К. Ллевеллин считает искусственной конструкцией, «стенографическим символом», не имеющим качества реальности. Жизненная ситуация, рассуждает К. Ллевеллин, индивидуальна и неповторима, а норма содержит общее правило, абстрактна и формализована. Именно в силу своей общности любая норма, примененная к сфере реального бытия, становится фикцией. Общество, по его мнению, подвижно и подвижнее, чем право; каждая данная ситуация в правовом отношении отличается от любой другой. Поэтому с точки зрения бытия (именно здесь, а не в сфере долженствования лежит «реальное» право) фиктивна всякая норма. А раз нормы как таковой не существует в реальности, то суд каждый раз заново создает право. В каждом случае «любая порция права нуждается в пересмотре, чтобы установить, насколько она защищает общество». С другой стороны, само действующее право как совокупность решений судов и администрации по конкретным делам также неспособно выработать нормативную или предписывающую силу. Оно находится на уровне бытия, практики, а не долженствования и принимается лишь постольку, поскольку судья на самом деле действует в соответствии с ним[163].

Аналогичный подход к праву присущ не только американским, но и скандинавским «реалистам». Наиболее видный из последних, Карл Оливекрона, отрицая нормативный характер права, выдвинул следующее опреде-

[163] Llewellyn K. Jurisprudence. Chicago and London, 1962, p. 21, 55—56. Здесь уместно провести аналогию между концепцией нормы права К. Ллевеллина и учением Макса Вебера об «идеальных типах», созданных социологом якобы для теоретического осмысливания действительности и на самом деле являющихся, по М. Веберу, условными понятиями, не отражающими реальную сущность общественных явлений.

ление: «Право есть не что иное, как конфигурация социальных фактов»[164]. А норма права — это фикция, иллюзия, возникающая с помощью вспомогательных средств — кодексов и других законодательных актов.

Отрицание нормативного характера права современная буржуазная социологическая юриспруденция пытается подкрепить с помощью не только позитивистской и неопозитивистской (прагматизм, бихевиоризм и т.д.), но также и экзистенциалистской философии, трактующей норму права как нечто «механическое и мертвое» [165], в противоположность «экзистенции» человека; из которой вытекает «живое», «естественное» право «с становящимся содержанием» (werdende Inhalt), не поддающимся нормативному охвату [166].

«Реалисты» представляют радикальное, однако отнюдь не господствующее крыло буржуазной социологической юриспруденции. Большинство социологов занимают «умеренные» позиции, разработанные С. А. Муромцевым, Е. Эрлихом и Р. Паундом. Примечательно, что глава «реалистов» К. Ллевеллин в последний период своей деятельности отказался от основного их кредо (отрицание нормативного характера права) и занял более компромиссную позицию, близкую к Р. Паунду. Под влиянием критики, проводившей параллель между взглядами «реалистов» и крушением законности в условиях фашистских режимов, либерально настроенные «реалисты» стали подчеркивать важность юридических правил как одного из существенных факторов в изучении судебного процесса [167].

Общим итогом более чем полувекового спора социологов с формально-догматической юриспруденцией явилось понятие права как социального порядка, функционирующей упорядоченной системы отношений. «Право есть существующая в интегрированном обществе («группе») структура порядка»,— говорил Теодор Гайгер, один из признанных авторитетов буржуазной социологии

[164] 0 l i v e c r o n a K. Law as Fact. Copenhagen, 1939, p. 127.

[165] J a s p e r s K. Philosophie. 2 Aufl. Berlin—Gottingen—Heidelberg, 1948, S. 603.

[188] F e c h n e r E. Rechtsphilosophie. Soziologie und Metaphysik des Rechts. Tubingen, 1962, S. 256—257, 261.

[167] H a l l J. Methods of Soziological Research in Comparative Law. — In: Legal Thought in United States of America, Brussels, 1970, p. 153.

права в послевоенной Европе [168]. Более позднее поколение социологов также примыкает к этой позиции. Так, один из видных представителей социологии права, Н. Люман, определяет право как «структуру какой-либо социальной системы, которая покоится на согласованной генерализации ожидаемых нормативных отношений» [169]. По сути дела, это вариации муромцевского определения права как совокупности юридических отношений (правопорядка), эрлиховского внутреннего порядка человеческих союзов или паундовского режима упорядоченных отношений. При этом, противопоставляя закон, «мертвые» нормы фактическому правопорядку, социологи, в отличие от «реалистов», все же полагают, что нормативный элемент (особая, фактическая, «живая» нормативность, идущая вразрез с нормой, выраженной в законе) внутренне присущ этому порядку [170].

Однако, несмотря на то что буржуазная социология права поставила новые проблемы и отказалась от узкого формально-догматического метода, в целом она, начиная с Р. Иеринга и С. А. Муромцева и кончая новейшими ее представителями, не сумела правильно решить вопрос о соотношении норм права и правоотношения.

Полностью искажая соотношение общего, особенного и отдельного, «реалисты» с позиций эмпиризма и субъективного идеализма абсолютизировали отдельное и сбросили со счетов выдающуюся роль нормативного характера права. Между тем нормативность существует не только в сознании (как суждение о должном) и не есть плод «идеальной типологии», но имманентно присуща самой правовой действительности, правовым отношениям, вытекает из свойств самих социальных отношений. Это обстоятельство было подмечено еще Ф. Энгельсом. «На известной, весьма ранней ступени развития общества возникает потребность охватить общим правилом повторяющиеся изо дня в день акты производства, распределения и обмена продуктов и позабо-

[168] Geiger Th. Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts. Neuwied a. R. — Berlin, 1964, S. 43, vgl. S. 130.

[169] Luhman N. Rechtssoziologie. Bd 1. Reinbeck bei Hamburg. 1972, S. 105.

[170] Bodenheimer E. Jurisprudence. Cambridge (Mass.), 1962, p. 168.

титься о том, чтобы отдельный человек подчинялся общим условиям производства и обмена. Это правило, вначале выражающееся в обычае, становится затем законом. Вместе с законом необходимо возникают и органы, которым поручается его соблюдение — публичная власть, государство»[171].

Буржуазная социология права опирается на идеалистическую философию (позитивизм, прагматизм, бихевиоризм и т. п.), которая, претендуя на «новизну» и «оригинальность», «показывает по всей линии гносеологических вопросов сплошную реакционность» и прикрывает «новыми вывертами, словечками и ухищрениями старые ошибки идеализма и агностицизма»[172]. Субъективно-идеалистическая методология в различных ее видах (позитивизм, неопозитивизм, фрейдизм, прагматизм и т. п.) не в силах объяснить объективный характер нормы права и правоотношения. Она в конечном счете, продолжая линию Юма, устраняет право как объективный предмет познания, растворяя его в индивидуальной психологии (Л. Петражицкий, К. Оливекрона, Дж. Фрэнк), или, отрицая возможность познания сущности права, рассматривает понятие нормы права лишь как «один из факторов правопорядка» (С. А. Муромцев, Р. Паунд) или как «идеальный тип» — абстракцию, не отражающую действительность (К. Ллевеллин, бихевиористы, неокантианская социология права Макса Вебера).

В результате отбрасывается даже то ценное, что было сделано Гегелем в ходе критики субъективного идеализма. Субъект вновь противопоставляется объекту. В конечном счете так называемая «нормативная сила фактов», о которой говорил Георг Еллинек[173] и на изречение которого часто ссылаются современные социологи, оказывается у них продуктом чистого сознания. Между тем в действительности норма права, как и правоотношения, не сводится к сознанию, идеальному предписанию, к правовой идеологии, а существует объективно, как реализованная воля господствующего класса, обу-

[171] Маркс К. и Энгельс Ф. Соч., т. 18, с. 272.
[172] Ленин В. И. Полн. собр. соч., т. 18, с. 379.
[173] Jellinek G. Allgemeine staatslehre, 3 Aufl. Berlin, 1914, S. 338.

словленная его материальным положением. Только под этим углом зрения возможно избежать противопоставления деятельности человека, отношений между людьми (в том числе и правовых) правовой норме, преодолеть разрыв должного и действительного, нормативного и реального. В общественной жизни как объективно-диалектической системе фактических отношений норма права не трансцендентна этим отношениям, а, напротив, имманентна им. Она вытекает из упорядочения фактических отношений классового общества в результате способности сознания отвлекаться от индивидуальных казусов, выделять в них общее и тем самым закреплять вытекающий из необходимого соотношения сил образец поведения, выгодный данному классу. В этой связи нормативное регулирование предполагает переход от чувственного мышления, не разграничивающего общее и отдельное, воспринимающего общее в неразрывной связи с отдельным, к абстрактным общим понятиям и императивным суждениям. Этот процесс соответствует общему развитию человеческого сознания от мифа к логосу. На заре становления первых систем нормативной регуляции (период, соответствующий мифологическому восприятию действительности) отсутствует различие знака и значения, образа и вещи, которую образ выражает, т. е. означающего и означаемого [174]. Можно предположить, что на этой ступени человеческое сознание еще не разграничивает четко конкретное нормативное отношение и общую абстрактную норму, представляет должный порядок не в абстрактных нормах, а в конкретных отношениях. Поэтому индивидуальные правоотношения генетически предшествуют норме, что особенно проявляется в древних казуистических системах права. «История права показывает, что в наиболее ранние и примитивные эпохи эти индивидуальные, фактические отношения в их самом грубом виде и являются непосредственно правом. С развитием гражданского общества, т. е. с развитием личных интересов до степени классовых интересов, право-

[174] См.: Стеблин-Каменский М. И. Миф. Л., 1976, с. 8—9; см. также: Cassirer E. Philosophie der symbolischen Formen, Bd 2. Das mythische Denken. Berlin, 1923; Он же. The myth of the State. New Haven, 1946; Он же. Language and myth. New York, 1946.

вые отношения изменились .и получили цивилизованное выражение. Они стали рассматриваться уже не 'как индивидуальные отношения, а как *всеобщие.* Вместе с этим, благодаря разделению труда, охрана сталкивающихся между собой интересов отдельных индивидов перешла в руки немногих, и тем самым исчез и варварский способ осуществления права»[175].

Должное имеет своим базисом сущее, а нормативное — индивидуальное. Противопоставлять должное и сущее, норму права и правоотношение, право и фактические отношения — значит игнорировать специфику общественных отношений, неразрывно связанных с интересами, волей, целями. Отрицать надстроечный характер права — значит в конечном счете видеть источник его развития в идеальных началах, самодовлеющем должном — индивидуальном сознании, субъективной психике, трансцендентных ценностях, справедливости и т. п. А между тем и формально-логическое и аксиологическое долженствование (по вопросу об аксиологическом долженствовании, о справедливости позитивистская социология права, как, например, С. А. Муромцев, ограничивается лишь утверждением о том, что они являются субъективным представлением о должном порядке), выраженные в праве, являются проекциями общественно-исторической практики и выражением интересов и требований правящего класса, поскольку последний выступает носителем данных господствующих отношений и захватывает политическую власть. Только отрывая субъект (и субъективное повеление) от объекта, метафизически с позиций формальной этики выхватывая субъект из общественно-исторической практики, материальной жизни в том числе, можно противопоставить должное сущему, изобразить должное как вытекающее из самодовлеющей воли и сознания, психики индивида. В этом аспекте позитивистская социология права С. А. Муромцева и других ее представителей существенно сближается с юридическим позитивизмом. Вследствие общих с ним гносеологических основ (феноменализм, агностицизм и т. п.), она разрывает должное и сущее, норму и факт, закон и правоотношение. Напротив, Марксова теория общества как объективной

[175] Маркс К. и Энгельс Ф. Соч., т. 3, с. 336—337.

диалектической системы позволяет понять юридическую норму как продукт этой системы, внутренне ей присущий. В то же время критика субъективно-идеалистической позитивистской и неопозитивистской методологии (а именно на нее в большинстве своем, начиная с Р. Иеринга и С. А. Муромцева, опирается современная буржуазная социология права) не должна означать возврат к идеалистической методологии гегелевского типа, преодолевающей противопоставление субъекта и объекта за счет идеалистического отождествления объективной реальности с абсолютным духом, т. е. в конечном счете так же, как и субъективный идеализм, отрицающей материальную обусловленность идеологии, политической и правовой надстройки.

Буржуазная социология права отождествляет правоотношения с фактически действующими объективными отношениями, что особенно ярко оказывается в определении права С. А. Муромцевым, Р. Иерингом, Е. Эрлихом, Р. Паундом, Т. Гайгером и др. Она не отличает фактических отношений (экономических, политических и т. д.) от правоотношений как особого выражения воли господствующего класса, закрепляющей наиболее важные для данного класса жизненные отношения, прежде всего экономические и политические. Но тем самым создается предпосылка для устранения онтологической проблемы долженствования (т. е. понимания нормы не только как идеального предписания). В самом деле, субъективно-идеалистическая, в том числе позитивистская, социология права снимает эту проблему, заменяя ее субъективно-идеалистической теорией познания права («норма — один из факторов права» у С. А. Муромцева, «норма-фикция» у Дж. Фрэнка, норма — «идеальный тип» у М. Вебера и т. д.).

Некоторые социологи противопоставляют и разрывают должное (норму) и сущее (правоотношения, «реальное право»). Должное выступает как трансцендентное по отношению к бытию, поэтому нормативность устраняется из правоотношений и из понятия права вообще (К. Ллевеллин). Другие (К. Оливекрона, Дж. Фрэнк) пытались преодолеть неокантианский разрыв должного и сущего, но, не сумев понять диалектику общего, особенного и отдельного, объявили правовую норму «фикцией», не отвечающей реальности, а

саму правовую реальность истолковывали ирационалистически, в терминах психологизма. В несколько смягченной форме и в иной плоскости этот разрыв обнаруживается и у других социологов. Они не отрицают нормативного характера действующего права, но зато противопоставляют форму и содержание, норму в законе (объект исследования юридического позитивизма XIX в.) и норму в действии; считают, что норма в законе является лишь суждением на уровне идеального долженствования (идеологическое образование), а не на уровне бытия, которое творит собственную, *фактическую* норму. Между правовой нормой на уровне бытия и на уровне идеального долженствования (предписание) воздвигается трансцендентальный разрыв.

Социологи правильно подчеркнули недопустимость отождествления права и закона. Закон есть лишь одна из конкретных форм фиксирования правовой нормы [176]. Право есть возведенная *в* затон, а не *вы*веденная *из* закона воля, как думали представители юридического позитивизма XIX в. Закон может остаться пустым звуком, идеологической фикцией, не применяться на практике или даже противоречить ей.

Напомним в этой связи блестящий анализ этого противоречия, данный Ф. Энгельсом на примере английской конституции задолго до появления работ «отцов» буржуазной социологии права Р. Иеринга, С. А. Муромцева, Е. Эрлиха, Р. Паунда. Ф. Энгельс писал: «Я поведу исследование чисто эмпирически... Я беру поэтому английскую конституцию не такой, как она представляется в «Комментариях» Блэкстона... или в длинном ряду конституционных статутов, от «Magna Charta» и вплоть до билля о реформе, но такой, какой она существует в действительности» [177]. На осно-

[176] Необходимость различения права и закона, недопустимость сведения права к закону имеет принципиальное значение в марксистской теории права (см., например: Маркс К. и Энгельс Ф. Соч., т. 3, с. 63) и находится в тесной связи с понятием права как многоаспектного явления. Об этом см.: Розин Э. Л. Возникновение марксистского учения о государстве и праве. М., 1967, с. 104—105; Он же. Формирование марксистского учения о государстве и праве. Автореф. докт. дис. Харьков, 1972, с. 32—34; В. С. Нерсесянц. Различение и соотношение права и закона как междисциплинарная проблема. — «Вопросы философии права». Тезисы докладов. М., 1973.

[177] Маркс К. и Энгельс Ф. Соч., т. 1, с. 621.

ве этого Ф. Энгельс показал, что фактическая, существующая на практике конституция не соответствует формальным конституционным статутам и официальным ее интерпретациям, под влиянием которых складывались эти статуты (теория разделения властей). Триединство законодательной власти (система равновесия властей) — двухпалатная система, королевская прерогатива, независимая палата лордов, как это вытекает из буквы конституционных предписаний, на практике перешло в свою противоположность: всемогущая палата общин, декоративная роль королевской власти как символа единства нации, палата лордов — инвалидный дом для отживших свой век депутатов. При этом Ф. Энгельс связывает это расхождение с противоречиями сущности и явления в государственной жизни: формально государство представляет весь народ, а фактически правит частная собственность[178].

Таким образом, налицо сложный комплекс диалектических противоречий между различными элементами и аспектами права, а также взаимодействий между правом, идеологией и фактическими общественными отношениями.

Социологи, однако, упростили эти взаимодействия. Они ограничили закон идеологической ролью и слишком скептически отнеслись к его реальной нормативной функции. Критикуя юридический позитивизм, они низвели закон на уровень одного из многочисленных факторов, влияющих на образование фактической нормы, «реального» права. Это означало не что иное, как требование вернуться к условиям, аналогичным ранним ступеням становления правовой системы, когда правоотношения генетически предшествуют высокоразвитому, неказуистическому правовому предписанию[179]. Тем

[178] См.: Маркс К- и Энгельс Ф. Соч., т. 1, с. 627.

[179] Как своеобразную реакцию на стремление социологов противопоставить норму и правоотношение, правопорядок и право можно в определенной степени рассматривать «чистую» теорию права Ганса Кельзена, для которого «право есть порядок человеческих отношений», а, в свою очередь, «порядок есть система норм» (Ke1sen H. Reine Rechtslehre. Wien, 1960, S. 31; Он же. General Theory of Law and State. New York, 1961, p. 3). Но дело в том, что Г. Кельзен пытался преодолеть дуализм с позиций субъективного идеализма, в сфере формально-логического долженствования. Доказательство имманентности нормы-предписания правопорядку дости-

самым дискредитировалась законность и объективно открывался посредством судебного правотворчества contra legem путь к становлению монополистических отношений, ломающих эту законность. Как отмечал С. Ф. Кечекьян, нельзя разрывать правопорядок и нормы права, правопорядок — это «нормы права в их осуществлении, вместе с конкретными правами, обязанностями, сетью правоотношений, соответствующих нормам права. Правопорядок предполагает точное и неуклонное соблюдение норм права, их воплощение в правоотношениях. Именно этим правопорядок отличается от произвола, т. е. такого состояния общественной жизни, при котором законы существуют, но не применяются, не отражаются во взаимоотношениях граждан, граждан и органов государства, не воплощаются в правоотношениях, правах и неуклонно выполняемых обязанностях» [180]. В условиях демократии невозможно восхвалять безусловный генетический примат правоотношений и противопоставлять норму права правоотношениям без риска прийти к нарушению законности и, следовательно, демократии. В условиях развитого правопорядка и правосознания норма права не просто выражена в правоотношении, она фиксирована в законе или в соответствующих подзаконных нормативных предписаниях. Соответствие и единство идеологического (норма-предписание как соответствующая форма фиксирования реально действующей правовой нормы) и конкретно-реального (норма в действии, как совокупность конкретных прав и обязанностей, сеть реальных правоотношений, соответствующих норме права) является необходимым условием законности, демократии и безопасно-

галось за счет отрицания онтологической природы нормы права, объективного характера права, за счет рассмотрения самих правоотношений в формально-нормологической плоскости. В основе теории Г. Кельзена лежали те же посылки и в значительной степени те же выводы, что и в социологии права, только препарированные через призму юридического неопозитивизма и трансцендентально-логической школы неокантианства.

[180] Кечекьян С. Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. М., 1958, с. 30; Он же. Американская социологическая теория государства и права. — «Вестн. Моск. ун-та. Право», 1967, № 2, с 7: «Правопорядок, если он действительно **правопорядок**, т. е. порядок, предусмотренный данной системой правовых норм, а не просто фактический порядок отношений между людьми в обществе, должен полностью соответствовать предписаниям права».

сти личности. Разумеется, это предполагает соответствующие требования к закону.

Гносеологически позиция С. А. Муромцева, Е. Эрлиха, Р. Паунда и других представителей буржуазной социологической юриспруденции восходит к тому, что они не отграничивают правоотношений от лежащих в основе права фактических отношений и всякое получающее распространение фактическое отношение считают правовым. Эта ошибка прикрывается требованием расширения субъектов правотворчества. В результате безбрежно расширяется круг правовых явлений. Данная концепция идет параллельно с теорией плюралистичности, диффузии политической власти. Умаление социологами нормативной силы закона, низведение его на уровень идеологического фактора правообразования объективно смыкалось с походом реакции против законности и демократии независимо от субъективных намерений того или иного правоведа. Здесь заключается основное звено, соединяющее теоретико-познавательный аспект буржуазной социологии права с ее идеологическими выводами.

В марксистско-ленинской литературе (работы С. Ф. Кечекьяна, В. А. Туманова, Г. Л. Сайдлера, А. А. Старченко, Д. И. Луковской, О. Ф. Иваненко, Н. Неновски и др.) достаточно подробно выявлены реакционные идеологические мотивы противопоставления нормы права и правопорядка [181]. Становление монополистических отношений в условиях обострения классовой борьбы сопровождалось (кризисом буржуазной законности. Отражением этого .кризиса и явились данные

[181] См.: Иваненко О. Ф. Правовая идеология американской буржуазии. Краткий критический очерк. Казань, 1966, с. 32—84; История политических учений. Под ред. С. Ф. Кечекьяна и Г. И. Федькина. М., 1960, с. 856—861; История политических учений. Под ред. проф. К. А. Мокичева. Ч. 2. М., 1972, с. 259—270, 274—280; Кечекьян С. Ф. Американская социологическая теория государства и права. — «Вестн. Моск. ун-та. Сер. Право», 1967, № 2; Луковская Д. И. Социологическое направление во французской теории права. Л., 1972, с. 22, 86, 126; Неновски Н. Буржоазният правей солидаризъм. Критика на теорията на Леон Дюги. София, 1973, с. 133—136; Сайдлер Г. Юридические доктрины империализма. М., 1959; Старченко А. Философия права и принципы правосудия в США. М., 1967, с. 57—69; Туманов В. А. Указ. соч., с. 262.

теории. В идеологическом, социально-политическом аспекте буржуазная социология права объективно используется для оправдания тенденции буржуазии к нарушению законности. Возможность решения praeter legem и даже contra legem выражала интересы прежде всего реакционной империалистической буржуазии. Попытка обойти действующее право, приспособить его к новым нуждам осуществлялась через юридическую практику, действиями судей и администраторов, т. е. в процессе применения, функционирования права, следовательно, в основном без формальной отмены законов, ставших невыгодными реакционным империалистическим кругам. Этот «реформистский» курс на создание новых правовых институтов соответствовал характеру возникновения империализма. Монополия выросла не как революционное отрицание капитализма, а как эволюционное перерастание капитализма в новую стадию его развития. При этом важно то, что указанные процессы в юридической теории и практике протекали параллельно с кризисом политического режима парламентарной демократии. В этих условиях теоретическое противопоставление закона и правопорядка явилось одним из важнейших идеологических средств оправдания возникновения новых правоотношений непосредственно на основе монополистического правосознания. Таким образом, буржуазная социологическая юриспруденция своей широкой трактовкой права и круга субъектов правотворчества *объективно* санкционировала реакционную политико-правовую практику. Эта тенденция отразилась и в самом буржуазном законодательстве, которое своими «каучуковыми», эластичными и неопределенными формулировками давало судьям и администраторам возможность решать дело по своему усмотрению в соответствии с текущими потребностями господствующих кругов, формально оставаясь в рамках закона. В некоторых случаях судьи прямо наделялись функцией правотворчества. Например, статья I Швейцарского гражданского уложения 1907 г. гласила: «Там, где закон не дает судье указаний, судья должен выносить решение согласно обычному праву, а где и последнее отсутствует, то на основании нормы, которую он создал бы в качестве законодателя. При этом судья обязан следовать испытанной доктрине и традиции».

Следует, однако, отметить, что гносеологический, теоретико-познавательный аспект буржуазных социологических концепций права, в конечном счете обусловленный материальными и практическими условиями господствующего класса и запросами его идеологии, все же обладает относительной самостоятельностью. Одни и те же теоретические конструкции в разное время используются для оправдания различных идеалов. В то же время одни и те же ценности и идеологические установки могут защищаться с помощью относительно различных теоретико-познавательных и философско-методологических конструкций. Самостоятельность эта не абсолютна, как пытаются представить современные релятивистские теории ценностей и позитивистская юриспруденция с ее требованием деидеологизации науки, а лишь относительна. Как абсолютизация относительной самостоятельности этих двух функциональных аспектов политико-правовых доктрин, так и равным образом ее игнорирование могут привести к неправильному выводу, к неверному объяснению действительного процесса развития буржуазной политической и правовой теории, к искаженной трактовке ее познавательного и идеологического, а также объективного и субъективного моментов. Достаточно напомнить такие факты, как использование аргументов социологической теории права прогрессивными силами для осуждения репрессивных законов в условиях империалистической действительности или попытка С. А. Муромцева, Л. И. Петражицкого и других с помощью такого подхода обессилить «официальное» право царской России.

При этом следует иметь в виду, что в конечном счете и эти концепции были прогрессивными лишь весьма относительно и в большей степени субъективно, нежели объективно. Дело в том, что судебное правотворчество как таковое не гарантирует от тиранических законов, поскольку сама судебная власть может оказаться не менее деспотической. И это тем более вероятно в стране, где существует антидемократическое законодательство, как это было в царской России, ибо законодательное творчество не отделено китайской стеной от остальных частей государственного механизма. И если поражена одна часть, то мало вероятно, чтобы другая

осталась целой. Весь государственный и правовой механизм есть отражение всей материальной и духовной атмосферы, созданной господствующим классом и соответственно выражающей его потребности и запросы. Во всяком случае судебное правотворчество, для того чтобы осуществить либерально-демократические идеалы, к которым призывали С. А. Муромцев и другие прогрессивные буржуазные социологи, требует очень высокой правовой культуры и широко развитого демократического правосознания, ставшего господствующим не только в среде народных масс, но и в самом правоприменительном аппарате. Во всяком случае Россия конца XIX — начала XX в. от такой культуры была весьма далека. В условиях, когда чиновничий и судебный произвол гулял по стране, надежды С. А. Муромцева заменить отжившие законы либерально-демократическим судебным правотворчеством были лишь утопией буржуазного либерала. В условиях отсутствия прочных демократических традиций, отсутствия буржуазной законности предлагать вместо закона судебно-административное правотворчество значило погрузить страну в еще большую пучину бесправия. Не случайно поэтому многие выдающиеся буржуазно-либеральные правоведы весьма сдержанно встретили данную концепцию. Как отмечал И. А. Покровский, заменить закон судебным правотворчеством равносильно тому, как если бы фут как единица измерения изменялся бы каждый раз в зависимости от размера канцлерской ступни[182]. Независимо от субъективных намерений творцов этой концепции объективно она впоследствии играла скорее антидемократическую и антилиберальную роль, была взята на вооружение реакционной империалистической буржуазией. Да и в условиях царской России (где была тьма законов, но не была гарантирована законность и царил чиновничий произвол) концепция судебно-ад-

[182] См.: Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. Пг., 1917, с. 81. «Если теория свободного судейского правотворения заключает в себе органическую и неустранимую опасность судейского произвола, — пишет И. А. Покровский, — если она саму неопределенность и неясность права возводит в принцип, она, очевидно, идет вразрез с интересами развивающейся человеческой личности» (там же, с. 82).

министративного правотворчества вряд ли привела бы к тем результатам, которых от нее ждали С. А. Муромцев и его последователи.

Заканчивая оценку данной теории права С. А. Муромцева, следует также отметить, что, несмотря на безбрежное расширение понятия трава («право» союзов и групп), последнее в **позитивистской** социологии права С. А. Муромцева и других ее представителей остается в то же время парадоксально узким, поскольку из теории права и соответственно из понятия права исключаются сущностные и аксиологические аспекты. С. А. Муромцев поставил важную проблему об эффективности правового регулирования, т. е. следуют ли фактически правовым приказам и запретам. Изучение функционирования права приводит ж обнаружению так называемых мертвых норм. Отсюда эффективность и функционирование права может пониматься в более широком смысле, а именно: пригодны ли данные правовые нормы и индивидуальные правовые акты в качестве средства достижения определенных социальных, политических и других целей, вытекающих из потребностей общества и запросов времени.

Все это приводит к необходимости рассмотреть критерии и масштабы, на основе которых осуществляются функции права и «взвешиваются» интересы. Социологический позитивизм не способен решить эту задачу. Проблема дуализма между фактическими отношениями, которые должны быть упорядочены, и принципами самого порядка в юриспруденции интересов остается нерешенной. Позитивизм исключает из правовой науки сущностные и аксиологические проблемы и вследствие этого объективно склонен к косвенному оправданию status quo (см. гл. IV). Кроме того, социологи-позитивисты и юриспруденция интересов отождествляют право с фактическими отношениями и интересами. Это ведет к игнорированию нормативного и волевого характера права, к противопоставлению нормы фактическому правопорядку. Подчеркивая генетическую и функциональную связь права с интересами, с социальной действительностью и стимулируя развитие социологии права, позитивистская юриспруденция интересов оказалась, однако, беспомощной, когда потребовалось обосновать «правильное» право, защитить буржуазный строй с по-

зиций идеалов, ценностей и справедливости. Социологическо-функциональный анализ требовалось дополнить философско-этическим (сущностные и аксиологические аспекты права). Прагматистско-позитивистская социология права пыталась наметить более широкий взгляд на функции права, в плане определения их через цели и ценности. С. А. Муромцев, как было показано выше, считал, что основой развития правопорядка должна быть «справедливость», т. е. господствующее в обществе прогрессивное правосознание, представление об идеальном правовом строе. И с этой целью он полагал необходимым создать политику права как специальную прикладную науку, занимающуюся вопросами желательного развития права. Подобные попытки затем в начале XX в. предпринимал также Л. И. Петражицкий, не прекращались они и в новейшее время. Так, Р. Паунд призывал изучать право как средство социального контроля с точки зрения его целей, в том числе этических [183], и в этом плане модернизировал юриспруденцию интересов. Но позитивизм и прагматизм помешали С. А. Муромцеву, Р. Паунду и другим представителям позитивистской и неопозитивистской социологической юриспруденции выйти за рамки утилитарно-эмпирической трактовки функций и целей права. Претензии на монистический синтез социологии и философии права оказались тщетными. Проблема критериев и масштабов, на основе которых осуществляется развитие и функционирование права, не может быть раскрыта в рамках утилитарно-эмпирического позитивистского компонента как такового.

Неудачу социологов, вытекающую из порочности позитивистской методологии, идеалистическая философия права истолковала как доказательство ущербности функционально-социологического подхода вообще и как подтверждение особой, «надсоциологической» природы ценностей и долженствования в праве. Отсюда различные варианты идеалистической и естественно-правовой философии права: неогегельянской (Б. Н. Чичерин), неокантианской (Б. А. Кистяковский), феноменологической (Н. Н. Алексеев). В полемике с этими теориями,

[183] Pound R. Jurisprudence, vol. 1, p. 346; Он же. Outlines of Lectures on Jurisprudence. Cambridge (Mass.), 1943, p. 34.

активно разрабатывающими сущностные и ценностные аспекты права, социологический позитивизм оказался бессильным.

В заключение можно сделать следующий вывод. Буржуазная социологическая юриспруденция позитивистской ориентации в лице С. А. Муромцева и других ее представителей подвергла резкой, во многом правильной критике юридический позитивизм, прежде всего за формально-догматическое исследование права, за смешение закона и права. Но, с другой стороны, позитивистская социологическая юриспруденция сама страдает серьезными изъянами. Она идеалистична по своей методологии; склонна к отрицанию нормативного характера права, противопоставляет нормы и правопорядок, отвергает фактическую нормативную силу закона и тем самым объективно оправдывает поход против буржуазной законности. Кроме того, она игнорирует и не способна решить сущностные и аксиологические проблемы права.

Глава. 3

ПСИХОЛОГИЧЕСКАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА

(Л. И. Петражицкий)

1. Основные положения психологической теории права

В тесной связи с социологической теорией права и в значительной степени в ее рамках получила широкое распространение психологическая теория права, которая сводит право целиком к индивидуальной психике. К психологическому объяснению права прибегают представители самых различных направлений, в этой связи можно говорить о психологизме как одной из ведущих тенденций современной буржуазной юриспруденции. Особенно интенсивно психологизм пропитывает социологическую позитивистскую юриспруденцию. По своим идеологическим и теоретико-познавательным функциям психологическая теория смыкается с социологией права и служит своеобразной основой для ее выводов и основных понятий (психологическая интерпретация права и судебного правотворчества, расширение объема, понятия права и т. д.). Ярким примером сплава психологической и социологической теорий является американский и скандинавский «реализм».

В условиях империализма, кризиса буржуазной законности, перехода от демократии к политической реакции умаляется роль закона и непомерно восхваляется правотворчество судей и администраторов, т. е. в конечном счете санкционируется судебно-административный произвол. Именно с этим поворотом юриспруденции к исследованию применения, функционирования права связано распространение психологизма, являющегося удобным средством для оправдания нарушений законности.

Гносеологической основой распространения психологических теорий права являлось становление и развитие на рубеже XIX—XX вв. психологии как науки и переход

буржуазной социологии от биологизма и органицизма (Г. Спенсер) к психологизму (Г. Тард, В. Вундт и др.). Философско-методологической базой при этом служили иррационализм и субъективный идеализм (эмпириокритицизм, бихевиоризм, фрейдизм и т. п.).

Противопоставляя волю и интеллект, чувства и разум, психологическая теория ищет основу права в сфере иррационального — чувствах, инстинктах, неосознанных импульсах, порывах, эмоциональных актах, которые якобы первичны по отношению к разуму и господствуют над ним. Право изображается продуктом психики, а не социальных классовых отношений. Оно будто бы коренится в самом характере человека и его переживаниях. Перенесенное целиком в сферу субъективной психики, право отрывается от обусловливающей его классовой организации общества и теряет свой объективный характер.

Наиболее раннюю попытку психологической интерпретации права предпринял еще в середине XIX в. Людвиг Кнапп. Ученик Л. Фейербаха, он ориентировался преимущественно на вульгарный материализм, отрицал социальный характер мышления и склонялся к биопсихонатуралистическому пониманию общества. Предметом философии права, с точки зрения Л Кнаппа, являются «правовые фантазмы», т. е. особые психические переживания, создаваемые «мускульно-принудительным мышлением» Природу права он видит не в объективной социальной жизни, а в самом физико-психологическом механизме «правовых фантазм». Право же, в свою очередь, по Л. Кнаппу, делится на позитивное и непозитивное[2]. Первое поддерживается государственной властью, второе не пользуется такой поддержкой. Отсюда, например, «право» среди разбойников и т. д.

Вульгарно-материалистическая теория права не получила широкого распространения. Тем не менее попытки психологической интерпретации права, особенно начиная с конца XIX в., не прекращались. В трудах

[1] Knapp L. System der Rechtsphilosophie. Erlangen, 1857, S. 43 193 215.
[2] Knapp L. System der Rechtsphiloshophie, S. 193, 202—203.

Р. Бирлинга, Э. Цительмана, Р. Лёнинга[3] и других правоведов конца XIX в. налицо стремление свести право к субъективной психике индивида, к «личному субъективному правовому чувству».

Основателем и наиболее ярким представителем психологической теории права был Лев Иосифович Петражицкий (1867—1931).

Л. И. Петражицкий родился в родовом поместье Колонтаево Витебской губернии. После окончания Киевского университета он совершенствовал свое образование в Берлине, где и началась его ранняя и довольно успешная научная деятельность, первоначально в области гражданского права. В работах того времени Л. И. Петражицкий, вслед за С. А. Муромцевым и другими буржуазными правоведами этого периода, высказался за создание особой отрасли правоведения — политики права как прикладной дисциплины, призванной служить развитию права в свете выполняемых им функций регулирования человеческого поведения. Идеи Л. И. Петражицкого прозвучали новым словом в атмосфере обсуждения проекта Гражданского уложения Германии. Вернувшись в Россию, Л. И. Петражицкий в 1897 г. защитил докторскую диссертацию и с 1898 г. до Октябрьской революции занимал кафедру энциклопедии и философии права юридического факультета Петербургского университета. В начале XX в. были опубликованы основные работы Л. И. Петражицкого «Очерки философии права» (1900), «Введение в изучение права и нравственности. Основы эмоциональной психологии» (1905), «Теория права и государства в связи с теорией нравственности» (в двух томах, 1907 г.). В эти годы вокруг Л. И. Петражицкого формируется целая школа учеников: Г. Гинс, Г. Иванов, А. Круглевский, М. Лазерсон, П. Люблинский, П. Михайлов, К. Соколов, П. Сорокин, Н. Тимашев и др. Помимо научной и преподавательской деятельности, Л. И. Петражицкий активно включается в политическую жизнь. Он был депутатом Государственной думы и членом ЦК

[3] Bierling E. R. Juristische Principienlehre. Bd. 1. Freiburg i B. und Leipzig, 1894, S. 145—146; Zitelmann E. Irrtum und Rechtsgeschaft. Leipzig, 1879, S. 16; Loening R. Uber Wurzel und Wesen des Rechts. Iena, 1907; «Zeitschrift fur die gesamte Strafrechtswissenchaft», 1883, N 3, S. 259.

конституционно-демократической партии. **По** своей политической платформе Л. И. Петражицкий был правый кадет. Его позицию по вопросу о земле в Государственной думе В. И. Ленин характеризовал следующим образом: «Правый кадет Петражицкий попытался отложить обсуждение вопроса. Правого кадета, разумеется, поддержали октябристы. Стало ясно, что контрреволюция боится обращения Думы к народу... Черносотенец Волконский вкупе с Скирмунтом и правым кадетом Петражицким доказывают «опасность» обращения, способного разжечь революцию, и указывают на *закон,* по которому необходимо еще провести аграрный проект через Думу, да внести в Гос. совет и т. д., и т. д. и т. д.»[4].

После Октябрьской революции Л. И. Петражицкий переехал в Польшу и вплоть до своей кончины (в 1931 г. в состоянии сильной душевной депрессии он покончил жизнь самоубийством) занимал кафедру социологии Варшавского университета. Л. И. Петражицкий оказал значительное влияние на становление и развитие социологии права в Польше, в частности на труды Е. Лянды, Г. Пионтки, А. Подгурецкого и др.

Он впервые обосновал способ психологического изучения права и на основе этого создал психологическую теорию права в ее цельности. Его теория является значительным и оригинальным явлением современной буржуазной юриспруденции.

Источником этой теории послужили правовые концепции Л. Кнаппа, Р. Бирлинга, Э. Цительмана, Н. М. Коркунова (психологическая интерпретация власти), психологическая теория В. Вундта и др.

Непосредственной философско-методологической основой теории права Л. И. Петражицкого является субъективный идеализм, в частности имманентная школа и особенно эмпириокритицизм (Э. Мах, Р. Авенариус), т. е. одно из направлений позитивизма второй половины XIX в., так называемый «второй» позитивизм.

В эмпириокритицизме Л. И. Петражицкий заимствовал следующие основные положения. Во-первых, всецело эмпирическую точку зрения, призванную «совершенно исключить все метафизические вопросы» и всю фи-

[4] Ленин В. И. Поли. собр. соч., т. 13, с. 297—298, 299.

лософию) (в том числе философию права) выработать как «естественнонаучную методологию и психологию познания». Во-вторых, агностицизм, феноменализм, крайний субъективный идеализм. Как известно, эмпириокритики, в частности Э. Мах, отрицают существование объективной реальности. По Э. Маху, реальны лишь «нейтральные элементы опыта» (т. е. ощущения) и их функциональные связи; «не тела вызывают ощущения, а комплексы нейтральных элементов опыта образуют тела». Научные законы сторонники данной философии считают не отображением объективных связей между вещами и процессами, а «созданием нашего мышления», порождением *психических* потребностей человека. Отсюда отрицание махистами существенной разницы между физическим и психическим. Различие физического и психического, с их точки зрения, есть лишь различие «функционального отношения», в котором рассматриваются «элементы»: предметом «физики» является рассмотрение «элементов» во взаимосвязи друг с другом, предметом «психологии» — отношение человеческой психики к этим элементам[5].

Реально в социальной жизни, по «Л. И. Петражицкому, существуют только психические процессы, элементы индивидуальной человеческой психики. В частности, в области права и морали — «этические моторные возбуждения в связи с представлениями известного поведения». Право, заявляет он, представляет собой совокупность психических элементов и целиком обусловлено психикой индивида. Представление об объективности права (право как объективная система норм) и вообще всей прочей социальной жизни Л. И. Петражицкий считает «эмоциональной проекцией», «фантазией», «фантазмой»[6], искусственной конструкцией мыш-

[6] См.: Мах Э. Анализ ощущений. М., 1907, с. 265, 293; Он же. Познание и заблуждение. М., 1909, с. 3; Он же. Механика. Спб., 1909, с. 405—406. Критику махизма см.: Краткий очерк истории философии. Под ред. М. Т. Иовчука, Т. И. Ойзермана, И. Я. Щипанова. М., 1960, с. 556—561; Философская энциклопедия, т. 3. М., 1964, с. 371—373; Философский словарь. Под ред. М. М. Розенталя. Изд. 3-е. М., 1975, с. 236, 475; Позитивизм и наука. М., 1975, с. 96—130.

[6] Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности, т. 1. Изд. 2-е. Спб., 1909, с. 42.

ления, которой ничто не отвечает в реальной действительности.

Традиционно выделявшиеся психологией три элемента психики: сознание, чувства и волю — Л. И. Петражицкий классифицирует на две группы так называемых «односторонних актов» — односторонне пассивные (сознание, чувство) и односторонне активные (воля). Но существует еще третий вид психических элементов, имеющих двусторонний характер, пассивный и активный одновременно — «пассивноактивный», или «воспринимательно-побудительный». Это — так называемые «эмоции», или «импульсии», например голод (аппетит), жажда и др. Эмоции, утверждает он — это не сознание, ощущение, чувство или воля, а самостоятельный специфический элемент психической жизни, играющий роль главного руководящего фактора приспособления к условиям жизни и по отношению к которому прочие элементы психической жизни выполняют вспомогательную, подчиненную и служебную роль. Эмоции, об его мнению, лежат в основе поведения человека, т. е. определяют всю его деятельность[7].

Наибольшее значение в данной концепции имеют этические эмоции — переживания, возникающие в результате представления об определенных поступках. Этические эмоции носят характер основного переживания, т. е. самому представлению определенного поведения непосредственно сопутствует репульсивная или апульсивная эмоция. Репульсивная эмоция — переживание поступка, сопровождающееся отрицательной реакцией. Например, в случае предложения принять участие в мошенничестве само представление о мошенничестве обладает отталкивающей силой. При этом человек испытывает чувство, подобное тому, которое он ощущает, допуская возможность употребления гнилого мяса. Апульсивная эмоция — переживание поступка, сопровождающееся благосклонной, положительной реакцией (например, представление о верности). Этические эмоции по форме являются внутренними императивами, они придают поведению человека характер обязанности, противоречащей эгоистическим порывам.

[7] См.: Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности, т. 1, с. 1—3.

Внутренний императив есть плод длительного воспитания и борьбы между различными индивидуальными оценками, которая приводит в конечном счете к общей для всей данной группы индивидов оценке того или другого поведения. Обыденное сознание представляет такой императив в виде «голоса совести»[8].

Л. И. Петражицкий делит эмоции на две большие группы — моральные и правовые[9]. В правовых эмоциях чувство обязанности одновременно сопровождается представлением о правомочии, т. е. представлением определенных субъектов, пользующихся правом требовать выполнения обязанностей. Свойство императивности связано с обязанностью, а свойство атрибутивности — с притязанием. В правовой эмоции обязанность и правомочие неразрывно связаны между собой. Это сообщает правовой эмоции свойство «притязательности», «атрибутивности»: из двух связанных правовой эмоцией лиц одно имеет право требовать выполнения определенной обязанности, лежащей на другом. В правовых эмоциях, полагает Л. И. Петражицкий, то, к чему мы считаем себя обязанными, представляется нам причитающимся другому, как нечто ему должное, следующее ему от нас, так что он может притязать на соответственное исполнение с нашей стороны; это исполнение с нашей стороны, например уплата условленной суммы денег рабочему или прислуге, представляется не причинением особого добра, не благодеянием, а лишь доставлением того, что ему причиталось, получением с его стороны «своего»; а неисполнение представляется причинением другому вреда, обидой, лишением его того, на что он мог притязать, как на ему должное. В отличие от этого, в случаях моральных эмоций (например, обязанность оказать денежную помощь нуждающемуся, дать милостыню и т. п.), то, к чему мы считаем себя обязанными, не представляется нам причитающимся другому, как нечто ему должное, следующее ему от нас, и соответственное притязание, требование с его стороны представлялось бы нам неуместным, лишенным основания. В таком случае благодеяние другому (милостыня и пр.) целиком зависит от доброй во-

[9] Там же, с. 49—85.

ли дарителя, а невыполнение первоначального намерения не представляется вовсе не допустимым посягательством, причинением вреда, отказом в удовлетворении основательного притязания. В случаях первого рода долг представляется связанностью по отношению к другому, он закреплен за ним как его добро, как принадлежащий ему, заработанный или иначе приобретенный им актив. В случаях второго рода долг не заключает в себе связанности по отношению к другим, представляется по отношению к ним свободным, за ними не закрепленным. Такие обязанности, которые сознаются несвободными по отношению к другим, по которым другим ничего не принадлежит, не причитается со стороны обязанных, Л. И. Петражицкий называет нравственными обязанностями. Те же обязанности, которые сознаются несвободными по отношению к другим, закрепленными за другими, по которым то, к чему обязана одна сторона, причитается другой стороне как нечто ей должное, он называет правовыми, или юридическими, обязанностями [10]. Результатом правового переживания является определенное мысленное содержание — правовая норма, выражающая заключенную в правовой эмоции «реально-психологическую» связь обязанности и правомочия. Сообразно с этим, заявляет Л. И. Петражицкий, «мы под правом в смысле особого класса реальных феноменов будем разуметь те этические переживания, эмоции которых имеют атрибутивный характер»[11].

В отличие от юридического позитивизма, Л. И. Петражицкий кладет в основу понятия права не формально-логически трактуемый приказ законодателя, а правовые отношения и правовые связи, состоящие, по его мнению, в лежащих на одних и закрепленных за другими долгах. «Наши права суть закрепленные за нами, принадлежащие нам, как наш актив, долги других лиц. Права и правоотношения в нашем смысле не представляют таким образом чего-то отдельного и отличного от правовых обязанностей... То, что с точки зрения обременения, пассива одной стороны называется ее правовой обязанностью, с точки зрения активной при-

[10] См.: Петражицкий Л. И. Теория права и государства... т 1 с. 49-50, 89.

[11] Там же, с. 84

надлежности другому называется его правом, а с нейтральной точки зрения называется правоотношением между той и другой стороной» [12]. Понимаемые так правоотношения и составляют, по Л. И. Петражицкому, ядро права.

Положительным моментом подобного подхода является его социологическая направленность, стремление познать право в его функционировании. Главная ценность такого определения права, отмечает Адам Подгурецкий, «заключается в том, что оно позволяет не только связать между собой содержание разных правовых предписаний таким образом, что сразу становится возможным уяснить взаимодействие множества сложных, разбросанных между другими явлениями элементов данного правового отношения, но и познать право в действии, в его функционировании как явления, вплетенного в индивидуальную и коллективную жизнь»

Однако в целом теория права Л. И. Петражицкого несостоятельна. Это проявляется прежде всего в том, что он отрицает объективный характер права как определенного, не сводимого к индивидуальной психике общественного порядка, как объективного социального явления. В его теории право трактуется всецело как элемент субъективной психики. «Из совсем иной точки зрения, а именно из отрицания реального существования того, что юристы считают реально существующим в области права, и нахождения реальных правовых феноменов, как особого класса сложных, эмоционально-интеллектуальных психических процессов, в совсем другой сфере (в сфере психики индивида, совершающего упомянутые проекции) исходит наше понятие права и вообще излагаемое учение о праве» [14].

Всякую попытку обосновать объективный характер права Л. И. Петражицкий считает «эмоциональной фантазмой», «наивно-проекционной точкой зрения». Когда мы говорим о правовых нормах, правоотношениях, правах и обязанностях других лиц, то это значит,

[12] Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности, т. 1, с. 51, 52.

[13] Подгурецкий А. Очерк социологии права. М., 1974, с. 251.

[14] Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности) т. 1. с. 86.

утверждает Л. И. Петражицкий, что мы лишь обращаем наши субъективные переживания на этих лиц, которым мы приписываем определенные права и обязанности, т. е. создаем «идеальную проекцию» наших психических переживаний. Тот, по чьему адресу данный субъект переживает императивно-атрибутивные (т. е. правовые) эмоции, приобретает в его глазах (через призму субъективной психики) особый вид как находящийся в состоянии права, обязанности, в согласии с нормой и т. п. Эти состояния, явления психики, полагает Л. И. Петражицкий, являются эмоциональной, или импульсивной, проекцией, фантазмой, фантазией. «То, что под влиянием эмоциональной фантазии нам представляется объективно существующим, мы назовем эмоциональными фантазмами или проектированными, идеологическими величинами, а соответствующую точку зрения субъекта, т. е. его отношение к эмоциональным фантазмам, идеологическим величинам, как к чему-то реальному, на самом деле существующему там, куда оно им отнесено, проектировано, мы назовем проекционной или идеологической точкой зрения» [15].

Реально, по мнению Л. И. Петражицкого, в области права существуют только переживания императивно-атрибутивных моторных возбуждений в связи с представлениями определенного поведения. «В силу же эмоциональной проекции переживающему такие процессы кажется, что где-то, как бы в высшем пространстве над людьми, имеется и царствует соответствующее категорическое и строгое веление или запрещение, а те, к коим такие веления и запрещения представляются обращенными, находятся в особом состоянии связанности, обязанности» [16].

Здесь налицо влияние субъективного идеализма, а именно махизма, эмпириокритицизма. Л. И. Петражицкий воюет не только и не столько с метафизикой права, сколько с его диалектико-материалистической трактовкой.

Разграничение права и морали, как и вообще выделение права из других социальных явлений, на основе субъективно-идеалистического, психологического крите-

[15] Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности, т. 1, с. 39.

[16] Там же, с. 42,

рия также несостоятельно. В частности, деление на моральные и правовые эмоции как императивные и императивно-атрибутивные вряд ли приемлемо. Дело в том, что нравственная норма также «императивно-атрибутивна», как и правовая, так как закрепляет именно *обязанность* одних лиц за другими. И поэтому проблему отличия права от морали невозможно решить без учета специфики элемента внешнего принуждения, без учета политического характера права, органической связи права с государством. Обязанностей «чисто императивных», т. е. свободных по отношению к другому, не существует. Всякая императивность предполагает и атрибутивность. Попытки обосновать специфику права на основе «внутренне-психологических» элементов, без учета политического принуждения приводят к безбрежному расширению понятия права и типичны для концепций плюралистических правопорядков. Однако научно они несостоятельны, поскольку ведут к крайне субъективистской точке зрения. Неспособность разграничить бред сумасшедшего и право, с одной стороны, и отрицание неразрывной связи права с государством, широкая трактовка права («право» картежное, разбойное и т. п.) — с другой, оказываются, таким образом, •неразрывно связанными между собой.

Поэтому вряд ли удачны попытки тех авторов, которые хотя и критикуют крайности субъективно-идеалистической позиции Л. И. Петражицкого, в частности смешение правовой психики умалишенного и действительного права, тем не менее пытаются, как, например, А. Подгурецкий, поставить в заслугу Л. И. Петражицкому отрицание необходимой связи права с государством [17]. Отрицание непосредственной связи права с политическим, государственным принуждением приводит к тому, что всякие формализованные действия, сопровождаемые санкцией данной группы или организации, зачисляются в разряд правовых. Очевидно, данная позиция слишком далека от той трактовки права, как она выработана в трудах классиков марксизма-ленинизма. Юридическая норма отражает объективную действительность, и при объяснении этого вопроса мы не можем обойти принуждения как существенного эле-

[17] Подгурецкий А. Очерк социологии права, с. 252—253.

мента нормы права. Норма поведения приобретает правовой характер не в силу субъективных настроений психики и чувств, а в силу принуждения, имеющего объективный социальный характер и являющегося средством господства одного класса над другим.

Особенностью теории Л. И. Петражицкого является не просто субъективно-идеалистическая трактовка права, но и иррационализм. Психические эмоции, составляющие содержание права, по Л. И. Петражицкому, в большой степени возникают под воздействием *иррациональной* «чувственно-эмоциональной мотивации» (наслаждение и страдание, боль и удовольствие и т. д.). Именно им, а не рациональным, не «интеллектуально-эмоциональным» мотивам (представление, мысль) принадлежит решающая роль в создании «правовых переживаний», т. е. права. «Специфическая природа права, нравственности, эстетики, их отличия друг от друга и от других переживаний коренится не в области интеллектуального, а в области эмоционального, импульсивного в нашем смысле их состава»[18]. Таким образом, Л. И. Петражицкий иррационализировал право, свел его к чувствам и эмоциям, противопоставив эти последние разуму.

Сведение права к явлениям индивидуальной психики, разрыв органической связи права и государства, исключение из права государственного принуждения как его необходимого элемента — все это привело Л. И. Петражицкого вместе с С. А. Муромцевым, Е. Эрлихом и другими социологами к безбрежному расширению понятия права. Нормы права, обеспечиваемые принудительной силой государства, занимают в праве, как его понимает Л. И. Петражицкий, весьма незначительное место. С точки зрения главы психологической школы, право в широком смысле, т. е. так называемые «императивно-атрибутивные нормы (проекционное объективное право)» и «все долги одних, активно закрепленные за другими (правовые обязанности — правоотношения и права, проекционное субъективное право)», намного «более обширны», «обнимают гораздо больше,

[18] Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности, т. 1, с. 83.

чем то, что юристы обыкновенно называют правом». Эти «понятия права в реально-психологическом и в проекционном смысле обнимают все императивно-атрибутивные переживания и все соответственные проекции без всяких изъятий и ограничений»[19]. В таком случае в область права включается весь фактический, действующий в различных группах, обществах, организациях порядок отношений и любое поведение и даже состояние психики, которые воспринимаются («переживаются») как «императивно-атрибутивные». «Количество тех житейских случаев и вопросов поведения, которые предусматриваются и разрешаются официальной нормировкой, представляет по сравнению с тем необъятным множеством житейских случаев и вопросов поведения, которые предусматриваются правом в установленном выше смысле, совершенно микроскопическую величину»[20].

В статьях законов и других источниках, установленных или признанных государством, зафиксирована, по мнению Л. И. Петражицкого, лишь незначительная часть права. В области отношений к чужой жизни, собственности, в сфере имущественно-делового оборота, купли-продажи, найма квартиры, прислуги, извозчиков, займа и иных кредитных сделок и т. п., считает Л. И. Петражицкий, люди *фактически* приписывают на каждом шагу себе и другим разные обязанности правового характера и исполняют эти обязанности и осуществляют права вовсе не потому, что так написано в гражданском кодексе или других актах (которые они обыкновенно не знают и не думают об их существовании), а потому, что так «подсказывает им их интуитивно-правовая совесть»[21]. «Все эти бесчисленные императивно-атрибутивные переживания и нормы, обязанности, права, которые чужды позитивного характера, совпадают ли они или расходятся по своему содержанию с теми или иными позитивными переживаниями, нормами, обязанностями, правами, вполне подходят под понятие права в установленном выше смысле и обнима-

[19] Там же, с. 86—87.
[20] Там же, с. 99.
[21] Там же, с. 87.

ются дальнейшим общим учением о праве»[22]. Далее, понятием права, по Л. И. Петражицкому, охватываются «все те, еще более многочисленные императивно-атрибутивные переживания и нормы, которые относятся к областям жизни и поведения, находящимся вне сферы ведения и вмешательства со стороны государственных законов, судов и иных официальных учреждений и начальства»[23]. Сюда относятся бесчисленные правила разных игр, правила вежливости, обращения в обществе, этикета, нормировки интимных отношений между близкими лицами, соединенными друг с другом узами любви, дружбы, совместной домашней жизни и т. д.; императивно-атрибутивные переживания и проекции детской психики, т. е. «право», которым руководствуются дети в своих забавах, договорах и .прочем поведении (так называемое детское право, детская правовая психика); «право» преступных организаций и «право» различных религиозных, племенных и других групп, если даже это «право» беспощадно искореняется государством [24].

Поскольку право, с точки зрения Л. И. Петражицкого, есть явление индивидуальной психики, то для понятия права в таком случае не имеет никакого значения признание и покровительство со стороны государства и вообще кого бы то ни было. Императивно-атрибутивные переживания и их проекции, имеющиеся в психике лишь одного индивида и никому другому в мире неизвестные, также являются правом, если они обладают императивно-атрибутивным характером. Это неизбежно вытекает из субъективно-идеалистической точки зрения на право. «Всякое психическое явление происходит в психике одного индивида и только там, и его природа не изменяется от того, происходит ли что-либо иное где-либо, между индивидами, над ними, в психике других индивидов, или нет, существуют ли другие индивиды или нет»[25]. Поэтому в этой концепции «правом» являются императивно-атрибутивные пережи-

[22] Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности, т. 1, с. 88.
[23] Там же, с. 88.
[24] Там же, с. 88, 101—104.
[25] Там же, с. 105.

вания и их проекции (нормы и т. д.), которые имеются у индивида, находящегося вне всякого общения с другими людьми и даже, например, оставшегося единственным человеческим существом на земле.

Логическим завершением этих заключений Л. И. Петражицкого является положение о том, что для права безразлично *содержание* правовых переживаний (разумны ли они или ненормальны), и, следовательно, в право включается даже бред душевнобольного, идеи-фикс, договоры с дьяволом и т. п. Правом здесь являются также императивно-атрибутивные переживания с представлениями животных в качестве субъектов обязанностей и прав, наделение травами различных нечеловеческих существ, выступление в качестве правовых субъектов духов усопших, святых, богов (правоотношения между людьми и богами) и т. д.[26].

Между гражданско-правовым договором и договором с дьяволом существует весьма большая дистанция. Поэтому, естественно, Л. И. Петражицкий пришел к необходимости классифицировать многообразные явления права. Он делит право в двояком аспекте. Во-первых, на официальное и неофициальное. Официальное право подлежит применению и поддержке со стороны представителей государственной власти по долгу их общественной службы. Неофициальное право лишено такого значения, тем не менее оно действует в качестве права. Во-вторых, на позитивное, или гетерономное, и интуитивное, или автономное, право[27]. Позитивное право предполагает соответствующие императивно-атрибутивным переживаниям ссылки на «нормативные факты», т. е. внешние источники (кодексы, законы, обычаи и т. п. правила, установленные или санкционированные государством или какой-либо другой организацией, группой, обществом). В интуитивном праве отсутствует какая-либо ссылка на такие нормативные факты. Это право — результат как бы чисто внутреннего, интуитивного самоопределения индивида. Логически это приводит к тому, что существует столько систем интуитивного права, сколько существует индивидов.

[26] Там же, с. 106, 111—126.
[27] Там же, с. 477.

Деление на интуитивное и позитивное право в теории Л. И. Петражицкого напоминает деление на положительное и естественное право. Интуитивное право является как бы лабораторией всего права и критерием оценки и эффективности, действенности позитивного права. Примечательно, что в общем потоке возрожденного естественного права на рубеже XIX—XX вв. Л. И. Петражицкий выступил с идеей науки политики права, которая, в отличие от догматической юриспруденции, занималась бы разработкой правовых ценностей и на их основе — «начал желательного права и законодательства», задач и целей права и правовых идеалов[28]. На взгляд Л. И. Петражицкого, о «возрождении естественного права» можно говорить «в смысле создания учения о желательном праве, построения науки политики права на почве научного психологического изучения причинных свойств права, его мотивационного и культурно-воспитательного причинного действия»[29]. В основу политики права и разработки желательного «естественного» права Л. И. Петражицкий кладет глубоко социологическую идею о праве как «продукте бессознательно-удачного социально-психического давления в направлении социально-необходимого поведения и воспитания, для недопущения свободного действия и укрепления унаследованной, зверской и проч., эмоциональной психики»[30]. Политика права использует регулирующие свойства права в жизни общества. «Право есть психический фактор общественной жизни, и оно действует психически. Его действие состоит, во-первых, в возбуждении или подавлении мотивов к разным действиям и воздержаниям (мотивационное или импульсивное действие права), во-вторых, в укреплении и развитии одних склонностей и черт человеческого характера, в ослаблении и искоренении других, вообще в воспитании народной психики в соответствующем ха-

[28] Petrazycki L. von. Die Lehre vom Einkommen, Bd 1. Berlin, 1893, S. 399; Bd 2, 1895, S. 579—581; Петражицкий Л. И. Введение в науку политики права. — «Киевские университетские известия», 1896, № 8, 10; 1897, № 9.

[29] Petrazycki L. von. Die Lehre vom Einkommen, Bd 2, S. 579.

[30] Петражицкий Л. И. К вопросу о социальном идеале и возрождении естественного права. — «Юридический вестник», 1913, кн. 2, с. 50.

рактеру и содержанию действующих правовых норм направлении (педагогическое действие права)»[31]. Политика права, по мнению Л. И. Петражицкого, является и юридической и психологической наукой и в этом качестве призвана «служить прогрессу и усовершенствованию существующего правопорядка путем научной, методической и систематической разработки существующих проблем». «Миссия будущей политики права состоит в сознательном ведении человечества в том направлении, в каком оно двигалось путем бессознательно-эмпирического приспособления, и в соответственном ускорении и улучшении движения к свету и великому идеалу будущего»[32]. В соответствии с регулирующей ролью права в жизни общества, задача политики права заключается в «рациональном 'направлении индивидуального и массового поведения посредством соответственной правовой мотивации» и «в совершенствовании человеческой психики, в очищении ее от злостных антисоциальных склонностей, в насаждении и укреплении противоположных склонностей»[33]. С этой точки зрения право рассматривается не как совокупность вечных и неизменных норм, а как развивающийся порядок, в котором «огромная масса правил упраздняется и сдается в архив по мере достижения соответственных воспитательных успехов»[34].

«Действующая в каждый данный момент система правовых норм является преходящей ступенью социального воспитания и должна быть по мере выполнения своей воспитательной функции заменена другой системой правового импульсивного и педагогического воздействия, приспособленной к уже достигнутому уровню народной психики. Идеалом является достижение совершенно социального характера, совершенное господство действенной любви в человечестве»[35]. Если в идеологи-

[31] Петражицкий Л. И. Введение в изучение права и нравственности. Основы эмоциональной психологии. Изд. 2-е Спб., 1907, с. VII.

[32] Там же, с. V, VIII.

[33] Там же, с. VII.

[34] Петражицкий JI. И. К вопросу о социальном идеале и возрождении естественного права, с. 50.

[35] Петражицкий Л. И. Введение в изучение права и нравственности. Основы эмоциональной психологии, с. VII.

ческом аспекте концепция политики права Л. И. Петражицкого малооригинальна и смыкается с соответствующими доктринами С. А. Муромцева, М. М. Ковалевского и других буржуазно-либеральных социал-реформистов, защищает реформистский путь преобразования России в парламентарное государство[36], то в теоретико-познавательном плане она представляет собой весьма значительное явление в буржуазной юриспруденции. Обоснование правовой политики как психологической и юридической науки в тесной связи с правовой педагогикой[37] открывало новые рубежи в развитии этой дисциплины, в познании и использовании социальных функций права и в этой связи не утратило своего значения и в наше время.

Вообще концепция интуитивного права является фактически основным звеном теории права Л. И. Петражицкого. Именно интуитивное иррациональное право составляет глубинную основу всего права. По мнению Л. И. Петражицкого, официальное право представляет «совершенно микроскопическую величину» по сравнению с тем необъятным множеством житейских случаев, которые регулируются неофициальным и тем более интуитивным правом. Именно последнее с его неопределенными масштабами и расплывчатыми предписаниями «действовать по справедливости», «без лицеприятия», «по доброй совести» и т. п. является в рассматриваемой теории подвижным, живым, гибко реагирующим на запросы жизни правом, и поэтому его роль в жизни общества должна все более увеличиваться. Напротив, позитивное право устойчиво, шаблонно, склонно к окаменению и отставанию от духовных, экономических и других потребностей общества. Поэтому, заключает

[36] В этой связи Д. Дембский с полным основанием отмечал: «Мысль о воспитывающей народы «политике права» приводит к порочному кругу: народ должна воспитать государственная власть, но прежде государственная власть должна быть сама воспитана народом». Политика права Л. И. Петражицкого — это «не больше как заклинания ученого волхва, против бури (народной революции) направленные, но предотвратить ее бессильные» (Дембский Д. Философия права и нравственности профессора Л. И. Петражицкого. Харьков, 1909, с. 39).

[37] Петражицкий Л. И. Введение в изучение права и нравственности. Основы эмоциональной психологии, с. VIII.

Л. И. Петражицкий, в случаях конфликта между правом интуитивным и позитивным «сфера такого решающего значения интуитивного права, при прочих равных условиях, должна по мере роста культуры расширяться»[38]. Интуитивное право, призывает он, должно оказывать давление на толкование и применение позитивного права в направлении достижения решений, согласованных с указаниями интуитивно-правовой совести, или, по возможности, наименее с этими указаниями расходиться. Практика позитивного права представляет равнодействующую, направление которой в более или менее значительной степени определяется давлением интуитивного права решающих лиц[39]. Социальная миссия прогрессивного интуитивного права, по мнению Л. И. Петражицкого, велика особенно там, где позитивное право «неразумно» и «злокачественно» (например, допускает религиозное, расовое, национальное и т. п. неравноправие и т. д.). Интуитивному праву Л. И. Петражицкий придает настолько большую роль, что в конечном счете именно в нем, а не в антагонизме классовых интересов видит причину социальных революций [40].

Очевидно, Л. И. Петражицкий в конкретно-исторических условиях стремился дискредитировать прежде всего «официальное» право царской, полуфеодально-полукрепостнической, полицейской России. Однако соотношение официального и неофициального, позитивного и интуитивного права развито им не просто в форме конкретно-исторического программного взгляда, а приобретает общетеоретическое значение и, следовательно, относительную самостоятельность по отношению к тем конкретно-историческим условиям, в которых жил и творил автор. Отсюда возникает общая концепция, направленная на подрыв закона и законности, но применительно к условиям царской России имеющая определенное прогрессивное значение. Л. И. Петражицкий заявляет, что «и официально- и международно-правовой

[38] Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности, т. 2. Изд. 2-е. Спб., 1910, с. 491, 495, 644.
[39] Там же, с. 495—496.
[40] Там же, с. 499—500, 502.

юриспруденции следует соответственно расширить свои понятия права путем включения интуитивного права»[41]. Официальное право, для того чтобы быть «правильным», по мнению Л. И. Петражицкого, должно вобрать в себя основные прогрессивные положения позитивного и интуитивного права, в первую очередь так называемые «аксиомы» интуитивного права, выраженные в справедливости[42]. В определенном смысле справедливость, по Л. И. Петражицкому, и есть интуитивное право. Справедливость как интуитивное право, в отличие от «нормативных фактов» (законов и т. д.), характеризуется индивидуальной изменчивостью по содержанию, она различна у разных классов и народов, приспособлена к конкретным обстоятельствам, «развивается постепенно и незаметно, без тех осложнений, которые свойственны развитию позитивного права». В ходе неизбежного конфликта между позитивным и интуитивным правом «сознание справедливости оказывает давление» на разработку, толкование и применение права и «является (мирно или революционно действующим) фактором создания, разрушения и изменения позитивного права»[43]. Отсюда следовал вывод, что официальное право, нарушающее «аксиомы» интуитивного права, утрачивает справедливый и действенный характер и подлежит отмене. Задача политики права, по мнению Л.И. Петражицкого, — наметить насущные реформы официального права для того, чтобы предотвратить его революционную замену.

Критикуя юридический позитивизм, показывая несводимость права к нормативному приказу государственных властей, Л. И. Петражицкий сделал шаг по пути социологического и психологического изучения права.

Однако субъективно-идеалистические, эмпирико-позитивистские философско-методологические основы и буржуазно-либеральная ограниченность не дали ему возможности выяснить объективную природу права и создать подлинно научную социологию и психологию права.

[41] Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности, т. 2, с. 619.
[42] Там же, с. 618.

Ограничивая право сферой субъективных психических переживаний, психологическая теория не способна объяснить объективный характер права, его сущность и развитие, неспособна познать масштабы и критерии его оценки. В конечном счете эта теория приходит к идеалистическому выводу о вечности права и его независимости от частной собственности, классов и государства, о том, что развитие общества и права обусловливается изменениями индивидуальной психики. Но чем тогда обусловлено развитие самой психики? На этот вопрос теория Л. И. Петражицкого не дает ответа. Как и другие позитивистские социологические концепции права (С. А. Муромцева, М. М. Ковалевского и др.), она вследствие вульгарного эмпиризма, феноменализма и агностицизма не способна объяснить диалектику права. Поэтому проблемы «правильного» права, справедливости в праве, сущностные и аксиологические его аспекты, объективные критерии политики права и т. д.. в этой концепции повисают -в воздухе и обречены на субъективистское и релятивистское решение. Несмотря на то что Л. И. Петражицкий пытался решить проблематику «естественного» права и сближал свою политику права с философией «естественного» права, в целом его теория весьма далека от этой последней и является, по существу, функционально-социологической, эмпирико-позитивистской трактовкой права.

Если право есть то, что индивид сознает в качестве права, то область последнего способна к безграничному расширению. Наряду с правом государства, по Л. И. Петражицкому, как было показано, существует картежное, детское, разбойное, колдовское и т. п. «право».

Фактически это не теория права, а лишь описание психических переживаний в связи с правом. Право в теории Л. И. Петражицкого утрачивает объективный, социальный и классовый характер и заменяется субъективными психическими переживаниями, субъективной правовой психикой. Это приводит к абсурдному выводу о существовании так называемого права животных. С позиций данной теории невозможно не только объяснить генезис правовой психики и дать действенный критерий отличия права от других общественных явлений, но и отделить реальное от вымысла, фантазии, напри-

мер, договор с дьяволом Л. И. Петражицкий также считает правом (колдовское «право»).

Таким образом, сущность права сводится в данной концепции к субъективным эмоциональным восприятиям и иррационалистическим импульсам. Тем самым отрицается действительное право как объективное общественное явление, обусловленное материальным положением господствующего класса.

Софизм этой субъективно-идеалистической теории права состоит в том, что «ощущение принимается не за связь сознания с внешним миром, а за перегородку, стену, отделяющую сознание от внешнего мира, — не за образ соответствующего ощущению внешнего явления, а за «единственно сущее»[44]. Именно вследствие субъективно-идеалистической методологии психологическая теория права не в силах отличить правовые отношения и закрепляемые ими общественные отношения от правосознания и от галлюцинаций. И те и другие отношения она сводит к субъективным эмоциональным проекциям, переживаниям, фантазмам.

С позиций субъективного идеализма Л. И. Петражицкий отрицал объективность социальной жизни и поэтому право как сложное многоаспектное социальное явление упрощал и сводил к субъективным психическим переживаниям. Тем самым теория права как таковая превращалась в отдел психологии, в правовую психологию, или, по выражению М. Резунова, в юридизированную экспериментальную психологию[45]. То, что юридические нормы и правовые отношения не являются ни предметами материального мира, ни правовыми эмоциями, не означает, что они лишь фантазмы, как это полагал Л. И. Петражицкий. Право не тождественно психическим переживаниям индивида. Последние могут быть мотивом для осуществления права и являются психофизиологическим способом проявления правового содержания. Однако психологические переживания не тождественны самому этому содержанию и осуществлению права как такового, не являются его воспроизведением в жизни, в общественных отношениях, учреждениях и пр. Переживания (правовая психика)

[44] Ленин В. И. Поли. собр. соч., т. 18, с. 46.

[45] Резунов М. Марксизм и психологическая школа права. М., 1931, с. 75.

и право — далеко не одно и то же, подобно тому как не одно и то же эмоции, психические акты, сопровождающие логическое мышление, и сама логика; нравственные переживания и нравственность; наука и сопровождающие ее психические акты.

Теория Л. И. Петражицкого смешивает право и правосознание, право и нравственность, право и правовые галлюцинации и т. д. Включив правосознание в качестве элемента правовой регуляции (и в этом несомненная заслуга Л. И. Петражицкого), подчеркнув неразрывность права и правовой психики, недопустимость их противопоставления, он в то же время игнорировал их определенную самостоятельность. Поэтому его теория объясняет скорее психологию права, нежели само право.

Последовательное применение субъективно-идеалистической точки зрения приводит Л. И. Петражицкого к тому, что право (как и любое другое объективное социальное явление, а также и предмет материального мира) сводится всецело к содержанию индивидуальной психики, эмоциональным проекциям и фантазмам.

Это явилось закономерным следствием использования позитивизма, а именно эмпириокритицизма, в теории права. Л. И. Петражицкий отвергает материалистическую теорию отражения, материалистическую концепцию о том, что психика человека отражает объективную действительность. Вслед за Э. Махом и Р. Авенариусом он рассматривает опыт, физический мир и общественную жизнь (право в том числе) лишь как конструкции психических элементов. Как было отмечено, по Э. Маху, не объективная действительность вызывает ощущения, а, напротив, вещи являются «комплексами ощущений». В опыте, заявил Э. Мах, дана не объективная действительность, а лишь эти ощущения («нейтральные элементы опыта») и их функциональные связи. Воспринимая эту теорию, Л. И. Петражицкий отрицает право как объективное явление, отражающееся в психике индивида. В его концепции, напротив, особая разновидность психических явлений — императивно-атрибутивные эмоции — создает право. В опыте, следовательно, дано не право как объективное явление (точнее, сложное социальное явление как единство объективного и субъективного, поскольку право есть социальное а не физическое явление), а лишь элементы

субъективной психики — правовые эмоции, а объективное право есть якобы лишь проекция, фантазма психики.

Именно здесь заключается ненаучность теории права Л. И. Петражицкого, ее коренное расхождение с марксизмом в трактовке правового опыта. В. И. Ленин в работе «Материализм -и эмпириокритицизм», опубликованной впервые в 1909 г., разоблачал субъективно-идеалистический характер эмпириокритицизма как одного из направлений позитивизма. Данная работа имеет принципиальное значение и для критики теории права Л. И. Петражицкого, опиравшегося на это течение. Как показал В. И. Ленин, в эмпириокритицизме ярко выражена попытка отрицать объективную истину, ярко выражен субъективный идеализм («тела суть комплексы ощущений») и «мещанская, филистерская трусливая терпимость к учению о леших, домовых, католических святых и тому подобных вещах». Из посылок эмпиризма и сенсуализма эмпириокритики и махисты, в отличие от материалистов, делают субъективно-идеалистические выводы, «не признают объективно-независимой от человека реальности, как источника наших ощущений. Они не видят в ощущениях верного снимка с этой объективной реальности, приходя в прямое противоречие с естествознанием и открывая дверь для фидеизма... не будучи в состоянии, зачастую и не желая отделить объективной истины от учения о леших и домовых» [46].

Именно на субъективно-идеалистической гносеологии эмпириокритицизма, как было показано, построена теория права Л. И. Петражицкого. В конечном счете это ведет к солипсизму, к отрицанию объективного существования другого «я».

Между тем чужое «я» не менее реально, чем «я» собственное. И если Л. И. Петражицкий не отрицает этого положения, то в сущности признание такого «я», признание правовой психики «не-я», другого «я» противоречит исходным философско-методологическим посылкам его концепции права.

Правовой статус другой личности, ее правовые признаки, правовое состояние не менее реальны, не менее

[46] Ленин В. И. Поли. собр. соч., т. 18, с. 129—130.

объективны, чем правовое положение нашего собственного «я» и отнюдь не являются проекциями, фантазмами, эмоциями нашего «я». Все эти состояния, правовые нормы и правоотношения не сводятся к субъективной психике данного индивида, но существуют объективно как сложные явления социальной жизни, как конкретная сеть правоотношений, воплощенных в действиях и поступках людей.

Право существует посредством сознания, психики индивидов и в этом смысле к нему неприложимы категории мира материальных предметов. Социальные, в том числе правовые, отношения существуют как сложное диалектическое единство объективного и субъективного Но социальные отношения и связи, социальные нормы, как и вообще вся социальная жизнь, не могут быть сведены ни к биологической, ни к биопсихическом,. психофизиологической жизни. Социальная жизнь есть особая объективная, более высокая, чем биологическая и психофизиологическая, форма жизни. Поэтому Л. И. Петражицкий, утверждая, что существуют только два вида реальности — физический мир вещей и индивидуально-психические явления» фактически вульгаризировал социальную жизнь и право в том числе.

Субъективно-идеалистическая гносеология в конечном счете резко сужает социологические аспекты теории Л. И. Петражицкого. По всей видимости, задуманная как глубоко социологическая теория права, она на самом деле не в состоянии объяснить главную проблему социологической юриспруденции — действие, функционирование нормы права и правовой регуляции вообще.

Право — это не просто психологический факт, эмпирическое состояние индивидуальной психики, а объективно действующая, т. е. воплощенная в сети конкретных правоотношений и поступков, система норм, действительно определяющая отношения и поведение людей. Только на этом, объективном, уровне, а отнюдь не просто в плане субъективной психики может быть понята реальная природа права. Объективность («реальность») правовой нормы проявляется в том, что она действует, т. е. воплощается, в сети конкретных правоотношений, имманентна им, а также в соответствующих случаях применяется судами и другими органами. И поэтому проблема действия, функционирования нор-

мы права должна решаться не столько психологически (переживается ли данная норма, находится ли она в психике данного индивида), сколько социологически, т. е. как объективно действует правовой институт.

Причем не только право, но и само субъективное правосознание, субъективная правовая психика не могут быть объяснены вне объективной общественной жизни. Так называемое прогрессивное интуитивное право Л. И. Петражицкого — это не просто психологический факт индивидуальной глубинной психики, а, поскольку оно совпадает с действительным прогрессивным ходом развития нрава, есть система рациональных понятий о праве, результат познания объективных социальных связей и закономерностей. Поэтому основу права следует искать не в правовых переживаниях как таковых, а в объективных явлениях социальной жизни. Право во всех его многообразных проявлениях и аспектах не может быть сведено к явлениям субъективной психики, к психическим переживаниям. Поэтому для теории права важен не только психологический и не только эмпирико-социологический подход, но также и формально-логический, нормативный, аксиологический, сущностный подходы.

Теория права не может быть ориентирована только на психологию без риска превратиться в экспериментальную юридическую психологию, равно как не может быть она только конкретно-эмпирической социологией или догмой права.

Между тем, критикуя юридический позитивизм и спекулятивно-метафизическую философию права, Л. И. Петражицкий, хотя и привлекает внимание к очень важному аспекту права (и в этом его несомненная заслуга), сам впал в крайность и дал не собственно социологическую в широком смысле теорию права, а узкопсихологизированную интерпретацию права.

Причем односторонность подобной интерпретации усугубляется субъективным идеализмом и позитивистским феноменализмом. В духе позитивизма Л. И. Петражицкий пытался построить основные понятия права на узкоэмпирическом, феноменалистическом методе. Правовые переживания брались им только как эмпирические (в трактовке эмпириокритицизма) факты-явлеиия без проникновения в их сущность, ценности, норма-

тивность и пр. В принципе только при таком ограничительном кредо и можно было в конечном счете свести право к феноменам индивидуальной психики. Все это афишировалось как подлинно научная, чуждая метафизичности опытно-психологическая теория права.

Но на самом деле теория Л. И. Петражицкого уже в своих исходных положениях не в состоянии ограничиться узкоэмпирической методологией. Прежде всего, феноменалистическая догма не может быть доказана позитивистско-эмпирическим методом и в этом смысле оказывается «метафизической». Л. И. Петражицкий намеревался исследовать право и правовую психику «чисто научным», в духе естественных наук методом эмпирических обобщений фактов-явлений. Отсюда психологический монизм, на первый взгляд подкупающий своими выпадами против спекулятивно-метафизической и формально-догматической теорий права, против попытки противопоставить науки о духе наукам о природе, принцип телеологизма принципу каузальности. Однако в «чисто» психологический способ рассмотрения права незаметно привносится этическая и социально-политическая точка зрения, поскольку рассматривается не психика человека вообще, а психика *нормального* человека в определенных связях и опосредствованиях, поскольку речь идет о *прогрессивном* и *реакционном* интуитивном праве и т. д. В этой связи еще Е. Н. Трубецкой правильно подметил, что в таком случае психология незаметно подменяется этикой[47]. Правовая психика умалишенного вряд ли даст ключ к раскрытию природы права, причин исторического развития и деления права на «позитивное» и «интуитивное», «официальное» и «неофициальное». С позиций эмпирико-позитивистской психологической трактовки права невозможно решить проблему должного и сущего в праве, невозможно понять право как должное, как должный порядок отношений.

Гносеологической несостоятельностью психологической теории права Л. И. Петражицкого воспользовались представители идеалистической естественно-правовой философии, такие как Б. Н. Чичерин, П. И. Новгород-

[47] См.: Трубецкой Е. Н. Философия права профессора Л. И. Петражицкого. — «Вопросы философии и психологии», 1901, кн. 57 (II), с. 15.

цев, Б. А. Кистяковский и др. Критика ими вульгарного эмпиризма и психологизма рассматриваемого учения носила до некоторой степени содержательный характер, ставила новые проблемы, чуждые позитивизму и психологизму. В то же время далекие от диалектико-материалистической трактовки права, они выступали прежде всего против «реалистических» сторон теории Л. И. Петражицкого, ее антиметафизической, фидеистической направленностью. В этом плане их работы имели не только антипозитивистскую, но и антиматериалистическую установку, преследовали цель доказать особую метафизическую идею права[48]. В частности, полемика о «реальности» права, развернувшаяся в 1913—1914 гг. на страницах «Юридического вестника», выражала ренессанс идеалистической философии права и естественного права в ее неокантианском, неогегельянском и феноменологическом вариантах. В ходе полемики обнаружилась также неспособность позитивистской теории права (даже в таком выдающемся ее варианте, как психологическая концепция Л. И. Петражицкого) активно разрабатывать назревшие сущностные и аксиологические проблемы права. Перед натиском идеалистических школ позитивизм оказался безоружным.

2. Теория Л. И. Петражицкого и современные буржуазные психологические концепции права

Теория Л. И. Петражицкого имела успех в России начала XX в. Особенно широкую популярность она при-

[48] См.: Чичерин Б. Н. Психологическая теория права. «Вопросы философии и психологии», 1900, кн. 55 (V), с. 365—384; Он же. Вопросы философии. М., 1904, с. 350—372; Трубецкой Е. Н. Указ. соч., с. 9—33; П. И. Новгородцев. Психологическая теория права и философия естественного права. — «Юридический вестник», 1913, кн. 3, с. 5—34; Алексеев Н. Н. Основные философские предпосылки психологической теории права Л. И. Петражицкого. — «Юридический вестник», 1913, кн. 4, с. 5—23; Спекторский Е. В. К спору о реальности права.— «Юридический вестник», 1914 кн. 5 (I), с. 53—69; Кистяковский Б. А. Реальность объективного права.—«Логос», 1910, кн. 2, с. 193—239; Он же. Кризис юриспруденции и дилетантизм в философии. — «Юридический вестник», 1914, кн. 5 (I), с. 70—106; Поппе В. Критика методологических основ теорий права и нравственности. Спб., 1912, с. 6, 22, 23—26.

обрела в период революций 1905—1907 гг. В эти годы, отмечает М. Резунов, Л. И. Петражицкий стал «властителем дум либеральной интеллигенции», и его психологическая теория права «начинает становиться знаменем русской буржуазной юриспруденции, правовым евангелием либеральной интеллигенции»[49].

Некоторые из многочисленных учеников Л. И. Петражицкого, такие как Ж. Гурвич, П. Сорокин и Н. Тимашев, впоследствии стали видными представителями буржуазной социологии и социологии права и в своих концепциях находились под значительным влиянием идей Л. И. Петражицкого. В частности, Ж. Гурвич в своих концепциях о социальном и индивидуальном праве, об интуитивных склонностях и символических коммуникациях испытал воздействие своего учителя [50].

Некоторые ученики Л. И. Петражицкого пытались преодолеть слабые стороны его концепции, прежде всего односторонний, утрированный субъективно-идеалистический психологизм в трактовке права. Так, Г. К. Гинс, профессор философии права в Харбине, рассматривал право «как «явление *социально*-психологического порядка», признавал в качестве реального не только субъективное, но и объективное право и считал необходимым исследовать право с различных сторон: «психологической, государственно-организационной, социологической, нормативной, технической и право-политической» в их единстве[51]. Однако в целом он, как и его учитель, остался на позициях эмпириокритического психологизма. «Отправным моментом учения о праве», по его мнению, должно быть «признание психологической природы права». Индивидуальная психология, заявлял Г. К. Гинс,— это первоначальный элемент, генетически предопределяющий психологию целого. Правопорядок есть результат такой правовой психологии, «ее внешнее выраже-

[49] Резунов М. Марксизм и психологическая теория права, с. 73.

[50] Gurvitch G. Grundziige der Soziologie des Rechts. Neuwied a. R, 1960, S. 139.

[51] См.: Гинс Г. К. Право и сила. Очерки по теории права и политики. Харбин, 1929, с. 3—5; Он же. Новые идеи в праве и основные проблемы современности. Харбин, 1931.

ние». «Право должно быть рассматриваемо, прежде всего, как психологическое переживание, которому свойственна особая мотивационная сила, побуждающая к определенным поступкам, и которое сопровождается сознанием должного. Этим определяется природа права» [62].

На основе психологической теории П. И. Люблинский разрабатывал теорию уголовного, а К. Н. Соколов — государственного права. В области государственного права получались весьма парадоксальные выводы, резко расходившиеся с традиционным понятием права, включавшим в качестве существенного элемента государственное принуждение. «Правовой характер правил, которыми регулируется функционирование .парламентарного строя, — утверждал К. Н. Соколов, — совершенно независим от того, установлены ли или признаны эти правила государством и сопутствует ли им принуждение какого бы то ни было вида. Удовлетворительный критерий распознания правовых норм с этой точки зрения, т. е. исключительно с точки зрения внутренней их структуры, дает новейшая психологическая теория права. Психологическая теория права видит отличительный признак правовых норм в их императивно-атрибутивной природе... Нормы права для нее — это нормы, порождающие двусторонние отношения, это правила, которые, повелевая одному субъекту известное поведение, в то же время закрепляют за другим субъектом право требовать соответствующего поведения»[53]. С помощью такого широкого понятия права К. Н. Соколов предполагал создать более прочный фундамент теории правового государства и с этих позиций критиковал этатистское понимание права[54].

Другие ученики Л. И. Петражицкого, такие как Г. А. Иванов и П. Е. Михайлов, были скорее популяризаторами и апологетами своего учителя, нежели творческими исследователями [55]. В этой связи С. Ф. Кечекьян имел достаточное основание утверждать, что в

[62] Гинс Г. К. Право и сила, с. 4.
[63] Соколов К. Н. Парламентаризм. Опыт правовой теории парламентарного строя. Спб., 1912, с. 309.
[64] Там же, с. 409.

работы этих приверженцев Л. И. Петражицкого проникает «дух самого неприглядного эпигонства и самоуверенного сектантства»[56]. Восхваление Л. И. Петражицкого со стороны его приверженцев подобного ранга принимало порой гротесковые формы. Они всецело и исключительно с его именем связывали заслугу возрождения естественного права, создание политики права, даже теорию Р. Штаммлера рассматривали всего лишь как осколок идей Л. И. Петражицкого[157]. Не безынтересно, что сам автор психологической теории права не оставался глух к подобному фимиаму. В одной из своих статей он обвинил Р. Штаммлера в заимствовании и утверждал, что теория выдающегося немецкого правоведа есть лишь развитие его, Л. И. Петражицкого, теории, только в иных словах[158]. Столь неумеренный выпад обусловливался отчасти, возможно, и тем, что сенсационные успехи сменились, по выражению М. Резунова, «бессильным топтанием на месте»[59].

Значительное влияние рассматриваемая теория оказала на становление и развитие социологии права в Польше, куда Л. И. Петражицкий переехал после Октябрьской революции. Непосредственными его учениками там были Е. Лянде и Г. Пионтка. Адам Подгурецкий, находящийся под существенным влиянием идей Л. И. Петражицкого, отмечает, в частности, его идеи о генезисе права и морали как результате стихийных «гениальных» процессов приспособления членов социальных групп к внешним и внутренним условиям сов-

[55] См.: Иванов Г. А. Новая теория права и нравственности, ее критика и монистическое понимание этики. Спб., 1910; Он же. Психологическая теория права в критической литературе. Спб., 1913; Михайлов П. Е. Психологическая теория права перед судом русской юриспруденции. Спб., 1910; см. также статьи названных авторов в кн.: Новые идеи в правоведении. Под ред. Л. И. Петражицкого. Сб. 2. Спб., 1914, с. 1—44, 46—121; сб. 4. Пг., 1915, с. 1—88, 89—114.

[56] «Юридический вестник», 1915, кн. 10 (II), с. 265.

[57] См.: Кролик А. А. Идеи законодательного творчества и закономерного развития права в новейшей юриспруденции. Спб., 1913, с. 1—2, 65.

[58] См.: Петражицкий Л. И. К вопросу о социальном идеале и возрождении естественного права, с. 5—59.

[59] Резунов М. Марксизм и психологическая школа права, с. 83.

местной жизни; о мотивационном и воспитательном действии права, о патологическом и непатологическом праве; о позитивном и интуитивном праве, о политике права. На основе психологического понятия права Л. И. Петражицкий в своих лекциях в Польше развивал концепцию социологии права, т. е. воздействия социальной жизни на право и, наоборот, права на социальную жизнь[60]. Это дало некоторым исследователям основание утверждать о «шаге Л. И. Петражицкого и его школы от психологической к социологической теории права»[61].

Однако само психологическое понятие права, столь оригинально разработанное Л. И. Петражицким, в дальнейшем «по сути дела не получило творческого развития. Польский исследователь К. Опалек связывает это с обстоятельствами субъективного рода. Резюмируя последующую историю психологической интерпретации права Л. И. Петражицкого, он замечает: «У нее были горячие приверженцы, но не оказалось подлинных продолжателей, которые сумели бы терпеливо и последовательно исправить ее противоречия и приспособить к современному состоянию науки». «Обстоятельства действительно не благоприятствовали теории Л. И. Петражицкого. Не получив своевременной известности на Западе, она оставалась как бы в стороне от общего хода буржуазной правовой мысли. Некоторые темы, сформулированные Л. И. Петражицким, были независимо от него разработаны другими, некоторые утратили теоретическое значение в свете последующих достижений»[62]. Однако к этому следует добавить, что стагнация, отсутствие творческого развития психологической общей теории права имеет и объективные причины. Если в области конкретно-эмпирических исследований и развития частных методик буржуазная социология права достигла значительных успехов, то в сфере общих, гло-

[60] Об этом см.: Подгурецкий А. Очерк социологии права, с. 275; см. также: Lande P. Studia z filosofie prawo. Warszawa, 1959.

[61] Baum K. B. Leon Petrazycki und Seine Schuler. Berlin, 1967, S. 113—114.

[62] Opalek K. Leon Petrazycki's theory and contemporary theory of law. — In: Archivum inridicum cracoviense. Wrodan e. a., 1973, vol. 6, p. 7, 21

бальных психологических интерпретаций права она не намного продвинулась далее Л. И. Петражицкого. С этой точки зрения на фоне его оригинальной и значительной теории последующие «психологические интерпретации права выглядят менее новаторскими и скорее эпигонскими. Выдвинутые им идеи разрабатывались затем другими буржуазными правоведами и до сих пор находятся в центре внимания «буржуазной социологической юриспруденции. Как отмечает Р. Паунд, это прежде всего такие аспекты, как психологическая интерпретация права, исследование правовой мотивации, концепция плюралистического права групп и т. д.[63].

Во второй половине XX в. в условиях углубления общего кризиса буржуазного правосознания, эпигонства и застоя в области создания новых оригинальных учений о праве повышается интерес к истории. политических и правовых доктрин, в том числе и **К** такому значительному явлению в этой области, как теория права Л. И. Петражицкого. В 50—60-е годы XX в. наблюдается нечто вроде ее ренессанса. По этому поводу К. Б. Баум пишет: «Чем хуже копируют последователи Л. И. Петражицкого его теорию в США, тем более яснее становится значение и оригинальность его теории»[64]. В 1955 г. в США были переведены и опубликованы под редакцией и с предисловием Н. С. Тимашева обе основные работы Л. И. Петражицкого: «Введение в изучение права и нравственности» и «Теория права и государства в связи с теорией нравственности». В психологической теории права Л. И. Петражицкого буржуазные исследователи усматривают предпосылку «реалистического» понятия права[65].

Л. И. Петражицкий в своей относительно цельной теории с позиций субъективного идеализма, психологизма и иррационализма выработал основные положения, характерные именно для современной буржуазной юриспруденции: правовой плюрализм (каждая общественная группа имеет свое собственное право, которое она творит помимо государства); умаление роли «офи-

[63] Pound R. Jurisprudence, vol. 1. St. Paul (Minn.), 1959, p. 344; см. также: Modern Theories of Law. London, 1933, p. 21—37.
[64] Baum K. B. Op. cit., S. 120.
[85] Baum K. B. Op. cit., 119; Pound R. Jurisprudence, vol. 1, p. 344.

циального» права, т. е. в конечном счете закона, противопоставление права и закона; «аксиомы интуитивного права» .как критерий оценки позитивного права и т. д., — по сути дела тот круг идей, которые выдвинуты, с одной стороны, социологами (Е. Эрлих, Р. Паунд и др.), а с другой стороны, теми представителями движения свободного права, которые опирались на идеалистическую философию права и аксиологическую юриспруденцию.

Психологизмом глубоко пропитана современная буржуазная социологическая юриспруденция, особенно концепции американских и скандинавских «реалистов»[66]. По этому поводу Р. Паунд пишет: «Несомненна связь его (Л. И. Петражицкого) исследований процесса мотивации с последними неореалистическими теориями права»[67]. Вслед за Л. И. Петражицким «реалисты» основу права ищут не в экономических и других материальных отношениях, а в психике индивида, в субъективном правовом чувстве. Они отрицают объективный характер права, считают его продуктом индивидуального сознания, иррациональных психических явлений.

Так, по А. В. Лунштедту, основные понятия права не отражают ничего объективного и являются всецело «субъективными убеждениями». Например, правовая обязанность есть лишь личное, всецело субъективное и иррациональное в своих истоках чувство того, что индивид должен поступать определенным образом. Поэтому попытка изобразить право объективным по своему характеру явлением, на взгляд А. В. Лунштедта, находится в «чудовищном противоречии» с действительной природой права[68].

[66] Гигvitch G. Grundzuge der Soziologie des Rechts. Neuwied a. R., 1960; Wundt W. Volkerpsychologie, Bd 9. Das Recht. Leipzig, 1918; Rumelin M. Rechtsgefuhl und Rechtsbewufitsein. Tubingen, 1925; Klein F. Die psychologischen Quellen des Rechtsgehorsams und der Rechtsgeltung. — «Vortrage und Schriffen zur Psychologie, des Rechts, und der Juristen», 1912, N 1; Ferneck H. von. Rechtswidrigheit, 1903; Loening R. Dber Wurzel and Wesen des Rechts. Jena, 1907.

[67] Pound R. Jurisprudence, vol. 1, p. 344.

p. 34—35, 38, *42, 62.*

Другой видный представитель этого направления, Альф Росс, в том же духе заявляет, что о реальности права можно говорить лишь в «психофизическом» аспекте как эмоциональном выражении человеческой психики. По мнению А. Росса, слову «право» не соответствует ничего «субстанционального» и объективного[69]. Объективирование права, по его мнению, является иллюзией разума, «гипостазирующего» психоиррациональные правовые явления. Он проводит следующее сравнение: «Пока мои дети не достигли десятилетнего возраста, я был в состоянии, к нашему взаимному удовольствию, прийти с ними к соглашению, что они должны «иметь» определенные цветы в саду, в то же время сохраняя за собой полный контроль над тем, как поступать с ними»[70]. Этим А. Росс, как и Л. И. Петражицкий, хочет подчеркнуть, что право есть лишь плод субъективного психического переживания, субъективное чувство, основанное на эмоционально-иррациональных импульсах.

Карл Оливекрона утверждал, что реально не существует никакого объективного права. Основа значимости и обязательности права — в «интенсивном чувстве связанности» с правопорядком, в инстинктивном психическом складе людей. Отсюда вытекает, что право в объективном смысле, норма права есть лишь «иллюзия», «фикция», субъективная идея человеческого рассудка, которой вне дайной индивидуальной психики ничто не соответствует. Норма права существует не объективно, а только как «содержание периодически возникающих представлений различных индивидуумов»[71]. Иллюзия нормативности права возникает с помощью искусственных вспомогательных средств — кодексов и других законодательных и нормативных актов.

Велико значение психологизма также в концепциях американских «реалистов». Поскольку право в их теории создается судами и администрацией, важное значение имеет выяснение факторов, определяющих деятельность этих институтов. Но вместо того чтобы обос-

[69] Ross A. On Law and Justice. Berkeley, 1959, p. 78, 172, 178—179.

[70] Ibid., p. 179.

[71] Olivecrona K Law as Fact. Copenhagen, 1939, p. 17; Он же. Gesetz und Staat. Kopenhagen, 1940, S. U—12, 46,

новать эту деятельность причинами социально-экономического и политического порядка, «реалисты» ограничиваются психологизмом. Важное место в трактовке права и судебного решения занимают при этом фрейдистские и бихевиористские неопозитивистские концепции (см. п. 3. гл. 2).

Судья, заявляет Дж. Фрэнк[72], решает дело не на основе норм или каких-либо других логических, рациональных доводов, а на основе так называемой «глубинной психологии», скрытой от окружающих и порой даже от самого судьи. Подлинной основой и причиной решений, определяющей их содержание, являются эмоциональные побуждения, чувства, симпатии и антипатии, различные биопсихические импульсы, интуитивные предчувствия, предрассудки, предубеждения, настроение и другие иррациональные факторы и подсознательные импульсы. Интуиция и импульсы «глубинной психологии» определяют, с точки зрения Дж. Фрэнка, позицию судьи в течение всего процесса, как в ходе разбирательства оценки фактов, так и при вынесении решения, создании права. В конечном счете все зависит от того, как судья в зависимости от состояния своей «глубинной психологии» относится к свидетелям, сторонам, адвокату и прокурору, каковы его психологические реакции на качества данных людей (раса, цвет волос, голос, манеры и т. п.). Таким образом, создание права — результат биопсихического комплекса судьи и администраторов, определяемого биологическими и психологическими качествами индивидуума, его «глубинной психологией» или внешними раздражениями. Подтекст решения — это собственная биография судьи, взятая в психологическом разрезе, а отнюдь не нормы закона независимо от того, насколько тщательно и педантично судья прикрывает решение ссылками на эти нормы. Доводы, которыми судья официально обосновывает свое решение, заявляют реалисты, не отражают его действительных побуждений. Правовые нормы и логика играют второстепенную роль отделочного декорума. Ссылки на норму начинаются уже после того, как решение фактически созрело в сознании судьи.

[72] Frank J. Law and modern Mind. New York, 1930, p. 100—117.

Подыскание логических доводов для обоснования решений, которые «реалисты» называют «рационализацией», есть якобы дань мифологическим пережиткам о праве как стабильной нормативной системе[73].

Таким образом, все эти теории, являющиеся логическим развитием исходных посылок психологической концепции права, выдвинутой еще в начале XX в. Л. И. Петражицким, используют субъективно-идеалистическую, психологическую трактовку понятия права для обоснования важнейших положений современной буржуазной социологической юриспруденции, а именно: противопоставления закона и права, нормы права и правопорядка, в конечном счете отрицания объективного и нормативного характера права; безбрежного расширения понятия права и субъектов правотворчества, ниспровержения верховенства закона.

3. Психологическая школа права Л. И. Петражицкого и марксизм (к оценке теории права М. А. Рейснера)

Теория права Л. И. Петражицкого, как и другие позитивистские доктрины, обосновывает соответствующие конкретно-исторические политические взгляды и учреждения не прямо (как дедуктивная спекулятивно-метафизическая философия права), а косвенно. Непосредственно она не рассматривает и не раскрывает вопросы сущности и ценности права, а ограничивается лишь правовыми явлениями. М. Рейснер считал, что Л. И. Петражицкий «менее всего стоял на открытой классовой точке зрения»[74]. Это утверждение верно постольку, поскольку позитивистская теоретическая конструкция права обладает по сравнению с априорной философией права большей относительной самостоя-

[73] О психологизме как средстве обоснования судейского «правотворчества» в современной буржуазной юриспруденции см.: Чапек И. Теория правового реализма. — В кн.: Против современной правовой идеологии империализма. Под ред. В. А. Туманова. М., 1962, с. 70—85; Пешка В. Психологические концепции в современной буржуазной теории права. — В кн.: Критика современной буржуазной теории права. Под ред. В. А. Туманова. М., 1969, с. 74—117.

[74] Рейснер М. Право. Наше право. Чужое право. Общее право. М.—Л., 1925, с. 20.

тельностью по отношению к идеологическому аспекту, к конкретно-историческим взглядам и учреждениям, которые она оправдывает. Позитивистская теория права идеологична, не свободна от идеологии (в этом смысле Л. И. Петражицкий, безусловно, стоял на определенной, а именно кадетской, точке зрения), но механизм связи ее с конкретной идеологической платформой таков, что сообщает ей большие возможности политико-идеологического манипулирования. Отсюда возможность использования в относительно широких пределах такой конструкции для оправдания весьма различных политических взглядов. С данным обстоятельством связано то, что социолого-психологические идеи Л. И. Петражицкого, направленные в условиях царского режима против реакционных официальных законов, в интересах либеральных кругов, затем превратились в доктрину империалистической буржуазии, выступившей против ею же созданной законности. Без учета этой специфики взаимосвязи идеологического и познавательного аспектов позитивистской психологической теории права Л. И. Петражицкого не может быть правильно понята попытка приспособить эту теорию к марксистской идеологии, к защите интересов пролетариата.

Эту попытку предпринял М. Рейснер. В частности, с помощью концепции интуитивного права он стремился обосновать революционное правосознание пролетариата. М. Рейснер полагал, что в своих работах он поставил учение Л. И. Петражицкого об интуитивном праве «на марксистское основание», и, таким образом, «получилось не интуитивное право вообще», а «самое настоящее классовое право, которое в виде права интуитивного вырабатывалось вне каких бы то ни было официальных рамок в рядах угнетенной и эксплуатируемой массы. И только впоследствии мы могли использовать «революционное правосознание пролетариата» для обоснования деятельности нашей революционной юстиции, лишенной вначале каких бы то ни было позитивных норм»[76]. Здесь М. Рейснер имеет в виду знаменитый декрет о суде, который в определенных

[75] Рейснер М., Право. Наше право. Чужое право. Общее право, с. 20.

рамках санкционировал судебное правотворчество на основе революционного правосознания пролетариата.

Революцию права М. Рейснер объяснял следующим образом. «Когда перерастают производительные силы тот или иной способ производства, когда последний становится для них давящим тормозом и цепями, тогда под покровом существующего традиционного права рождается интуитивное, порою долго растет в бессознательной тиши, наконец, как существующее действующее реальное право, определяющее психику данного класса, приходит в столкновение с правом позитивным, в частности официальным, и на этой почве борьбы двух нрав разыгрывается трагедия бунта и усмирений, революции и поворота вспять. Каждый класс становится под знамена своего права... И чем дальше идет процесс разрыва между позитивным правом и жизнью, чем больше интуитивное право захватывает новые области в народном сознании, тем более обостряется позитивная фантазма и уходит на высоты самодовлеющей и абсолютной идеи... И опять борьба между правом революционным и правом положительным, а интуитивное право подымает свое знамя против гнета, произвола, эксплуатации и тирании старого отжившего порядка»[76].

Право, утверждает М. Рейснер, «разбивается на отдельные идеологические системы классовых групп». В классовом обществе существует «не одно право, но столько правовых построений, сколько имеется сословий». «Все эти сословно-классовые образования права в конце концов складываются вместе с замирением общества в общий правопорядок». Например, советское право в период диктатуры пролетариата, на взгляд М. Рейснера, есть «сложный правопорядок, в состав которого входят крупные срезы социалистического права рабочего класса и его классовое пролетарское право. Таково господствующее положение пролетарского права в силу диктатуры пролетариата»; «классовое крестьянское право, воплощенное в земельном кодексе с его преобладанием коллективной собственности»;

[76] Рейснер М. Теория Л. И. Петражицкого, марксизм и социальная идеология. Спб., 1908, с. 159, 161.

«классовое право буржуазии с ее гражданским кодексом в рамках торгового оборота»[77].

Теория Л. И. Петражицкого несовместима с марксизмом не только в идеологическом, но и в теоретико-познавательном аспекте, так как она основана на субъективном идеализме, социальные процессы предопределяются в ней правовыми переживаниями индивидуальной психики[78]. Поэтому попытки приспособить психологическую теорию права к марксизму не могли не повлечь существенную ее модификацию в обоих указанных аспектах. Прежде всего, М. Рейснер пытался преодолеть субъективный идеализм теории Л. И. Петражицкого и в качестве основы права брал не индивидуальную психику, а психику «коллектива, класса[79]. Поэтому, в отличие от Л. И. Петражицкого, М. Рейснер связывал право не с индивидуальными психическими переживаниями, а с классовой идеологией, возникающей под воздействием материального положения данного класса[80]. Рассматривая право как одну из идеологических форм, М. Рейснер считал, что она есть «результат хозяйственных, а в частности производственных отношений». «Реальность праву придает его экономическая основа, которая необходимо обусловливает ту или иную его форму»[81]. Отвергая субъективный идеализм, М. Рейснер не считал объективное право, норму права фантазмой, фантазией, иллюзией, а, напротив, настаи-

[77] Рейснер М. Право. Наше право. Чужое право. Общее право, с. 244.

[78] Поэтому в марксистской литературе теория права Л. И. Петражицкого в целом получила отрицательную оценку и была подвергнута критике. См.: Галанза П. Н. Психологическая теория права и марксизм. — «Учен. зап. Казанск. ун-та», т. 89, кн. 1. Казань, 1929, с. 113—170; Резунов М. Указ. соч., с. 73, 75—76, 83—84, 119—121; Райхер В. Психологическая теория права в свете ленинской критики эмпириокритицизма. — «Советское государство и право», 1940, II 4, с. 16—23; Денисов А. И. Теория государства и права. М., 1948, с. 335—340; История политических учений. М., 1960, с. 835—839; Пешка В. Указ. соч., с. 94—100; Saidler G. L. Doktryny prawne impercalismu. Warzawa, T96»l, S. 56.

[79] Рейснер М. Право. Наше право. Чужое право. Общее право, с. 18.

[80] Там же, с. 261.

Там же. с. 248.

вал на «диалектическом единстве» субъективного и объективного права[82].

Его теория, социологическая ;по духу и с тенденцией к диалектическому материализму по своей теоретико-познавательной ориентации и в то же время пролетарская по своей идеологической, практико-политической направленности, являлась попыткой синтезировать различные аспекты правовой регуляции (норму, правоотношение, правосознание), что нашло отражение в понятии права как правопорядка. К сожалению, груз полемических предвзятостей и догматических искажений мешал объективному критическому осмыслению психологической концепции М. Рейснера. М. Рейснер преувеличил место правосознания в понятии права, фактически отождествил право и правосознание, однако акцентирование психологического аспекта права составляет его несомненную заслугу. Вне этого аспекта понятие права было бы далеко не полным и явно обедненным с точки зрения современного уровня развития марксистско-ленинской теории права. В этой связи Имре Сабо, констатируя наметившуюся в марксистско-ленинском правоведении тенденцию (начиная с середины 50-х годов XX в. она выражена в работах С. Ф. Кечекьяна, А. А. Пионтковского ;и др.), подчеркнул необходимость синтеза различных подходов — социологического, нормативного, психологического — как необходимого условия успешного развития адекватной марксизму диалектико-материалистической теории права[83].

При рассмотрении преемственности в истории политических и правовых учений не следует забывать, что возможности использования теоретико-познавательных конструкций одной доктрины в рамках другой не безграничны. Они не являются абстрактным каркасом, который может быть наполнен любым идеологическим содержанием. Возможности заимствования определяются общностью, сходством как теоретико-познавательного, так и идеологического аспектов политических и правовых учений, между которыми образуется преемственность.

[82] Там же, с. 265, 271.
[83] С а б о И. Основы теории права. Под ред. В. А. Туманова. М., 1974, с. 13,

Примечательно в этой связи, что правоведы-марксисты, отдающие предпочтение в понятии права психологическому аспекту, не согласны с основным пунктом теории Л. И. Петражицкого — с субъективно-идеалистической, махистской трактовкой права. Это относится, как было сказано выше, прежде всего к М. Рейснеру. То же самое можно оказать об Адаме Подгурецком, концепция которого складывалась под значительным влиянием идей Л. И. Петражицкого. Под воздействием теории Л. И. Петражицкого А. Подгурецкий склонен более широко трактовать понятие права и несколько иначе рассматривать соотношение права и государства, чем это принято среди тех марксистов-правоведов, которые делают акцент на нормативный аспект права. Что касается достоинств определения права Л. И. Петражицким, то главное из них, по мнению А. Подгурецкого, заключается в том, что «оно позволяет не только связать между собой содержание разных правовых предписаний таким образом, что сразу становится возможным уяснить взаимодействие множества сложных, разбросанных между другими явлениями элементов данного правового отношения, но и познать право в действии, в его функционировании как явления, вплетенного в индивидуальную и коллективную жизнь»[84]. Кроме того, полагает А. Подгурецкий, теория Л. И. Петражицкого помогает обнаружить «определенную неполноту классического определения права, которое рассматривает государственное принуждение как характерную черту права. Эмпирические исследования указывают на существующую потребность в ином взгляде на право, на потребность дальнейшего совершенствования определения права»[85]. В то же время А. Подгурецкий признает, что определение права, предложенное Л. И. Петражицким, «помимо своих существенных достоинств, имеет все же и существенные недостатки»[86]. Последние он видит прежде всего в неспособности данной доктрины разграничить право как таковое, действующее право от бреда умалишенного. Тем самым констатируется необходимость преодоления

[84] Подгурецкий А. Указ. соч., с. 251.
Там же, с. 254.
[86] Там же, с. 251.

субъективно-идеалистических методологических основ психологической теории права Л. И. Петражицкого.

Таким образом, отказ от субъективно-идеалистической гносеологии в интерпретации права, очевидно, существенно изменяет весь профиль и ориентацию психологического подхода к праву как в теоретико-познавательном, так и в идеологическом аспектах, способствует адекватному отражению одной из важнейших граней права как сложного социального явления. Подтверждением тому является концепция М. Рейснера.

Глава 4

СООТНОШЕНИЕ ИДЕОЛОГИЧЕСКОГО И ПОЗНАВАТЕЛЬНОГО АСПЕКТОВ ПОЗИТИВИСТСКОЙ ТЕОРИИ ПРАВА. К КРИТИКЕ ПОЗИТИВИСТСКОЙ КОНЦЕПЦИИ ДЕИДЕОЛОГИЗАЦИИ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ

В предыдущих главах уже затрагивался в той .или иной мере вопрос об идеологической функции позитивистской теории права. В данной главе предпринята попытка дать суммированную оценку идеологической роли этого направления и показать несостоятельность претензий на создание «чистой», свободной от идеологической функции юридической науки.

Соотношение идеологического и познавательного аспектов политико-правовых доктрин является важной методологической проблемой. От ее решения зависит не только классификация тех или иных учений, но и эффективность критики идеалистических интерпретаций политических и правовых учений прошлого и настоящего.

В буржуазной литературе высказаны две полярные точки зрения на соотношение науки и идеологии в области политико-правового мышления. Одна из них развита на базе субъективного идеализма (позитивизм, неопозитивизм, бихевиоризм, прагматизм, неокантианство и т. п.) и заключается в попытке *деидеологизировать* политическую и правовую науку, противопоставить политическую и правовую идеологию науке. Другая, напротив, стремится включить в ткань политической и правовой науки учение о политических ценностях и идеалах и тем самым *реидеологизировать* ее.

Позитивистский вариант деидеологизации науки обычно связывают с «социологией знания» Карла Манхайма. Марксистское положение о социальной обусловленности и классовом характере общественного сознания К. Манхайм истолковал как доказательство неис-

тинности, иллюзорности всякой идеологии Его последователи в политологии и юриспруденции считают науку (объективное, истинное познание политико-правовой действительности) несовместимой с идеологией «как «ложным самосознанием» определенной социальной группы, как «ненаучным, необъективным познанием действительности»[2], «основанным на воле и вере и наполненным долей фантазии и страсти мышлением о политике» [3].

Следует, однако, отметить, что «очищение» политической и правовой науки от идеологии задолго до К. Манхайма начала позитивистская юриспруденция XIX-в.

Выделение «чистой», свободной от ценностных суждений науки является общей тенденцией данного направления и восходит к основателям философского позитивизма, является одним из его основных методологических и гносеологических принципов.

«Чистая» наука, как утверждали Ог. Конт и Дж. Ст. Милль, не должна заниматься оценкой существующего и построением идеального порядка, ее задача, на их взгляд, заключается лишь в том, чтобы выявить законы сосуществования (статика) и последовательности (динамика) явлений [4].

Дж. Остин независимо от Ог. Конта обосновал эту точку зрения применительно к теории права. Юриспруденция как наука (the science of jurisprudence), полагал Дж. Остин, «имеет дело с законами, или правом в точном и строгом смысле, без рассмотрения того, плохи они или хороши». Рассмотрение права с точки зрения оценки — это уже часть этики, а не науки права. Вопрос желательного права — это, по мнению Дж. Остина, предмет совершенно другой дисциплины — науки

[1] Mannheim K- Ideologic und Utopie. Bonn, 1929, S. 30.

[2] Geiger Th. Ideologie und Wahrheit. Stuttgart und Wien, 1955, S. 66; Он же. Arbeiten zur Soziologie: Methode, moderne Grossgesellschaft, Rechtssoziologie, Ideologiekritik. Neuwied a. R., 1962, S. 420; Он же. Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts. Neuwied a. R., 1964, S. 31.

[3] Spranger E. Wesen und Wert politischer Ideologien. — In: Viertel Jahreshefte fur Zeitgeschichte. Stuttgart, 2 Jg., 1954, S. 118.

[4] Comte A. Course de philosophie positive, t. 4. Paris, 1839, p. 407, 409; Mill D. S. A system of logik. London, 1843, book 6, ch. 10, S. 1, 2; ch. 12.

законодательства (the science of legislation), практико-политической, этико-политической по своему характеру. Первая изучает право, как оно есть; вторая — право, каким оно должно быть[5]. Это противопоставление существующего должному, фактологического описания оценке стало альфой и омегой позитивистской юриспруденции. Наука законодательства, в противоположность науке юриспруденции, полагал Джон Салмонд, изучает право таким, каким оно должно быть с точки зрения определенных субъективных целей и политико-этических идеалов[6].

В России позитивистский взгляд на науку применительно к правоведению был адаптирован В. И. Сергеевичем, известным историком права. В своей работе «Задача и метода государственных наук» (1871) В. И. Сергеевич вслед за Ог. Контом и Дж. Ст. Миллем противопоставляет две «науки» о государстве и праве — «чистую» и «прикладную». «Задача чистой науки заключается не в установлении самих норм права, а в раскрытии законов сосуществования и последовательности социальных явлений, или фактов государственной жизни»[7]. Такая наука не занимается «идеальным» государственным и правовым строем и не стремится к раскрытию «конечных целей» и «конечных причин» государственной и правовой жизни[8]. «Чистая наука ничего не предписывает, она изучает только связь фактов. Она не говорит, что должно быть, а только — что есть и как». В противоположность «чистой науке», по мнению В. И. Сергеевича, должна существовать еще «прикладная», «практическая» политическая наука.

«Особенность практического действия есть стремление к определенной цели, всякая практика осуществляет какую-либо цель. Практическая наука, как помощница практики, должна указать тот путь, которым могут быть достигнуты цели практического действия». Задача прикладной науки заключается в том, чтобы, «отправ-

[5] Austin J. Lectures on Jurvisprudence or the philosophic of Positive Law, 4th ed. London, 1873, vol. 1, p. 177.

[6] Salmond J. Jurisprudence. 10th. ed by Glenville Z. Williams. London a. o., 1947, p. 2—3, 6.

[7] Сергеевич В. Задача и метода государственных наук. Очерки современной политической литературы. М., 1871, с. 34.

[8] Там же.

ляясь от тех целей, достижение которых считается желательным, определить те средства, которые ведут к этим целям»[9]. Таким образом, здесь отчетливо намечается разделение и (противопоставление познания оценке, идеалу; познания целевому действию; теории практике; сущего должному и т. д. (Именно на этой основе впоследствии выросло позитивистское противопоставление идеологии науке.

Эту точку зрения восприняли .и поддержали другие представители позитивистской теории государства и права в России.

Так, Г. Ф. Шершеневич противопоставлял общую теорию права как «чистую» науку политике права как «прикладной», «практической» дисциплине, занимающейся выработкой *субъективных* целей и идеалов[10]. Общей теории права, утверждал он, «чужда практическая сторона»[11], она изучает «только то право, которое действует, но не то право, которое должно бы действовать» [12]. Необходимо, призывал он, строго разграничить исследование права как оно должно быть и права как оно есть [13]. Такое разграничение Г. Ф. Шершеневич возводил к позитивистскому противопоставлению теоретической и практической задач, противопоставлению познания — оценке, существующего — «должному, теоретического — практическому[14]. В результате политика права фактически выводилась им за рамки науки как таковой и обрекалась на построение «субъективных», не имеющих объективной значимости идеалов. «Политика права, предлагающая в систематическом виде объединенные общей идеей меры достижения социальных целей, — заявлял он, — не есть наука, а искусство» [16].

Эти взгляды разделялись и другими представителями юридического позитивизма в России, такими как С. В. Пахман, А. Х. Гольмстен, Е. В. Васьковский

[9] Там же, с. 44.
[10] Шершеневич Г. Ф. Общая теория права, вып. 1. М., 1911, с. 24.
[11] Там же, с. 48.
[12] Там же, с. 272, а также 20, 23.
[13] См.: Шершеневич Г. Ф. Общая теория права, вып. 4. М., 1912, с. 799.
[14] Там же, с. 764, 765—767.
[15] Там же, с. 804—805.

и др. Политика права, полагал Е. В. Васьковский, «имеет дело с тем, что должно быть». Она занимается «критической оценкой существующего права с точки зрения добра и справедливости», «начертанием идеального, желательного для данной культурной эпохи порядка отношений граждан в их частной жизни»[16]. Отсюда противопоставление «чистой» теории права.

Подобный взгляд разрушал саму юридическую науку, ибо последняя лишалась своих важнейших эвристических задач — познания *закономерностей развития* права. Следующие в истории друг за другом правовые порядки с этой точки зрения невозможно понять как следствие объективных закономерностей развития общества. Они предстают лишь как случайное явление, субъективный идеал, субъективное построение. Задача юридической науки при этом сводится к описанию юридических явлений, к фиксации существующего положения вещей, на описание 'которого нацелен в тот или иной период юридический позитивизм.

Не только сторонники юридического позитивизма, но и представители социологического позитивизма восприняли положение о том, что наука о государстве и праве и соответственно общая теория права как объективное знание должна быть отделена от «политики права», «политики законодательства» как тактического искусства в свете субъективного политического идеала какой-либо партии и класса.

Так, С. А. Муромцев разделяет юридическую науку и политическое искусство; науку о праве и политику законодательства как искусство[17].

По мнению Л. И. Петражицкого, политика права пользуется выводами социологической (социолого-психологической) теории права, основывается на ней, но сама как таковая выходит за рамки «чистой» науки, объективного знания и скорее приближается к естественно-правовым доктринам, занимающимся построени-

[16] Васьковский Е. В. Учебник гражданского права. Вып. 1. Введение и общая часть. Спб., 1894, с. 10.

[17] См.: Муромцев С. Определение и основное разделение права. М., 1879, с. 14, 39, 139, 145. См. также соответствующий раздел о теории права С. А. Муромцева (п. 3 главы второй настоящей работы).

ем желательного права в свете определенных субъективных идеалов и целей[18].

Противопоставлял теорию права как «чистое», объективное знание политике права, или законодательной политике как «практической», «прикладной» дисциплине, занимающейся «критикой, применением и созиданием права» и Ю. С. Гамбаров. Подобное разграничение, по его мнению, вытекает из того, что существующее право нельзя смешивать с желательным, «долженствующим» правом [19].

М. М. Ковалевский также полагал, что юридическая наука должна быть строго объективной и с этой точки зрения отвергал естественно-правовую философию, подменяющую, по его мнению, «научную обоснованность» «политической целесообразностью»[20].

Первоначально требование «чистоты» науки о государстве и праве имело определенный положительный момент. Оно было направлено против спекулятивно-метафизической философии права, которая под видом системы выводов из произвольного, априорного принципа или «идеи» на самом деле восхваляла определенные конкретно-исторические политические и правовые взгляды и учреждения, защищала те или другие классовые интересы. Подчеркивая, что спекулятивная политико-правовая философия обосновывает определенные партийные интересы, или, говоря словами М. М. Ковалевского, подходит к государству и праву с точки зрения определенной «политической целесообразности», позитивисты XIX в. выступили за создание «чистой», «объективной» политико-правовой науки, т. е. фактически за ее деидеологизацию. Они выделяли различные пласты политического мышления: политическое и правовое знание, или юридическую *науку* в собственном смысле слова, и идеологическую защиту определенной конкрет-

[18] См.: Петражицкий Л. И. Введение в науку политики права. — «Киевские университетские известия», 1896, № 8, 10; 1897, № 9; см. также: Petrazicki L. Die Lehre vom Einkommen Bd 1. Berlin, 1893, S. 399; Bd 2, 1895, S. 579—581.

[19] Гамбаров Ю. С. Задачи современного правоведения. Спб., 1907, с. 25—26; Курс гражданского права, т. 1. Часть общая. Спб., 1911, с. 30, 32.

[20] Ковалевский М. М. Общее учение о государстве. Спб., 1909, с. 35; Он же. Шеллингианство и гегельянство в России. «Вестник Европы», 1915, ноябрь, с. 133 и сл.

ной политики и политики законодательства, выгодной и значимой для определенной группы или класса и имеющей характер искусства, а не науки в строгом смысле. Поэтому юридическая наука, в том числе общая теория права как исследование истины, должна быть, по их мнению, отделена от «политики» и «политики законодательства» (или «политики права») как тактического искусства в свете политического идеала определенной партии или класса.

Критика позитивизмом второй половины XIX в. метафизической политико-правовой философии была в значительной степени направлена против идеологических фикций как в политике и праве, так и в науках о них. В этой связи противопоставление позитивистами «политической целесообразности» «объективной науке» было, с одной стороны, несомненным шагом в развитии юридической науки, способствовало исключению из нее отжившего и скомпрометировавшего себя в глазах передового общественного мнения балласта. Особую актуальность это приобретало в условиях полуфеодальных институтов России, которые защищались с помощью религиозных и спекулятивно-метафизических идеологических штампов и трюков. Здесь позитивистское требование «чистой», «объективной» теории права воспринималось прогрессивными кругами как синоним подлинной научности «реализма» и до некоторой степени даже материализма и как вызов фидеизму.

Подобную направленность позитивистская теория права имела не только в отсталой России, но и до некоторой степени даже в более передовых по своему политическому строю странах. В этой связи следует отметить известного австрийского социолога и правоведа Людвига Гумпловича (1838—1909). Ученый, отмечал Л. Гумплович, должен всегда учитывать, что «внешние формы государственного права по большей части устанавливаются с целью сокрытия действительного существа его». Государственное право как продукт компромисса между борющимися партиями «больше скрывает, чем раскрывает, больше обещает, чем исполняет, хвастает тем, чего в действительности не заключает в себе»[21]. Л. Гумплович показывает, что попытка официоз-

[21] Gumplowicz L. Allgemeines Staatsrecht. 2 Aufl. Innsbruck, 1897, S. 14.

ного государствоведения выдать данную политику за единственно верную и истинную по меньшей мере демагогична, ибо каждый класс в зависимости от своего положения вырабатывает свою политику и соответствующий политический идеал. «'Когда же современные «политики» предлагают свои разнопринципные советы и для князей и для народов, и для правителей и для управляемых, и для государей и для подданных, и для аристократов и для демократов, и для консерваторов и для радикалов, и для капиталистов и для рабочих, короче — для всех людей, — то часть этих советов, несомненно, должна 'быть лишена искренности» [22]. Однако Л. Гумплович, как и позитивисты в России, гипертрофирует различие политической идеологии и науки, противопоставляет их друг другу, выступает за деидеологизацию юридической науки. Наука, утверждает он, имеет дело с «существующим или с выяснением генезиса создавшегося положения вещей». Исследование же того, что должно быть, т. е. политического идеала, по его мнению, теряет общезначимый научный характер и становится практической, эмпирической «политикой», которая является не наукой, а лишь совокупностью практических советов, выгодных и значимых для определенных классов и групп «тактическим учением», «катехизисом правил для жизни и деятельности» [23].

Эти положения позитивистской юриспруденции XIX в. были восприняты современными сторонниками деидеологизации науки. Ведущие философы, политологи и правоведы неопозитивистского направления видят в любой философии права, обращающейся к ценностным и сущностным построениям, «идеологию», т. е. лишенную объективного познавательного значения конструкцию[24]. С этих позиций они критикуют не только

[22] Gumplowicz L. Allgemeines Staatsrecht. 3 Aufl. Innsbruck, 1907, S. 440.

[23] Ibidem.

[24] См., например: Рассел Б. История западной философии. М., 1959, с. 747; Popper K. R. The open Societry and its Enemies, vol. 1. London, 1962, p. 3, 7—8, 31; vol. 2. London, 1962, p. 269; Он же. The Poverty of Historicizm. London, 1961, p. 3, 8, 30, 33, 42; Topitsch E. Die Sozialphilosophie Hegels als Heilslehne und Herrschaftsideologie. Nenwied a.R. und Berlin, 1967, S. 10, 51—54.

метафизическую философию права Платона или Гегеля, но и политическое и правовое учение марксизма-ленинизма.

В XX в. наиболее радикальную попытку деидеологизировать теорию права предпринял Ганс Кельзен (1881—1973). На основе логического позитивизма (Венский кружок) и марбургской школы неокантианства Г. Кельзен стремился создать «чистую» теорию права. «Чистота» предполагалась им в двух аспектах. Во-первых, в результате противопоставления должного и сущего право рассматривалось как формально-логическое долженствование в отрыве от социального содержания. Во-вторых, право «очищалось» не только от социологических, но и от сущностных аксиологических аспектов. Теория права, по Г. Кельзену, должна быть индифферентной и свободной по отношению к любой идеологии, будь то фашизм, коммунизм или буржуазный либерализм. Исключение из теории права идеологических, ценностных суждений дает ей возможность, утверждает Г. Кельзен, стать настоящей наукой, подобно математике, физике и т. д. Вопросы справедливости, ценности, рассуждал он, имеют большое значение для правовой политики, но все же они лежат за пределами науки права. Внедрение ценностных, идеологических установок в теорию права приводит, на его взгляд, к возрождению метафизики, естественно-правового учения, подменяет науку права идеологией как неправильным, иллюзорным отражением правовой действительности через призму субъективных интересов каких-либо групп. «Чистая» теория права, по Г. Кельзену, должна быть наукой позитивного, действующего права, стоящей вне классов и партий [25].

С позиций деидеологизации выступили также такие выдающиеся представители буржуазной неопозитивистской юриспруденции XX в., как Р. Паунд, Х. Л. А. Харт и другие, которые противопоставляют «практическую дисциплину», имеющую дело с ценностями и построе-

[25] Kelsen H. Reine Rechtslehre. Wien, 1960, S. V, VIII, 1; Он же. Aufsatze zur Ideologiekritik, 1964; Он же. General Theory of Law and Stafe. New York, 1961, p. 5—14.

ниями идеальных правопорядков, «теоретической науке», индифферентной к ценностям [26].

Распространению концепции деидеологизации юриспруденции и политологии способствовало то, что многие положения политической и правовой идеологии ярко обнаружили свою несостоятельность и демагогичность. Лозунги народного суверенитета и общей воли, под знаменем которых буржуазия, оттираясь на широкие народные массы, сокрушила феодальный строй и обещала построить «царство разума», в условиях победившего капитализма оказались чистейшей воды фикцией. Если в «период буржуазных революций эти лозунги объединяли массы в борьбе с феодальной тиранией и тем самым успешно выполняли свою прогрессивную идеологическую функцию, то в эпоху империализма они в значительной степени превратились в камуфляж монополистической элиты и тоталитарных режимов. Концепция деидеологизации разоблачала манипуляции правящих верхов с идеями народного суверенитета, общей воли, справедливости и т. п., и в этом смысле она не лишена элементов реализма. Позитивисты показали, что с помощью мифов, мистерий и иллюзий, т. е. с помощью идеологической маски, право защищается от критики своих оппонентов [27]. Язык политической и правовой идеологии служит одним из принципиальных инструментов мистификации и манипуляции в руках господствующего класса. Еще И. Бентам отмечал, что, например, термин «поддержание порядка и права» (вместо нейтрального «проведение права в жизнь», «повиновение правительству») с его подразумеваемым и

[26] Pound R. Jurisprudence, vol.2. .St. Paul (Minn.), 1959 p. 284; Hart H. L. The Concept of Law. Oxford, 1961, p. 8; Он же. Bentham and the Demystifikation of The Law. — «The Modern Law Review», vol. 36, N 1, January, 1973, p. 2—17.

[27] Позитивисты, однако, гипертрофировали момент идеологической манипуляции, к которой прибегают с помощью нормативных суждений. Именно в этом заключается одна из гносеологических причин того, что представители социологического позитивизма умаляют нормативную силу закона. С. А. Муромцев видел в норме, изданной законодателем, лишь «один из факторов» права (см. п. 3 гл. настоящей работы). Продолжая эту традицию, представители новейшей социологии права отождествляют юридические нормы с «идеологией» как иллюзорным отражением действительности через призму субъективных интересов общественных групп и классов (Geiger Th. Vorstudien Zu einer Soziologie des Rechts, S. 30—31).

благосклонным ценностным суждением применяется для оправдания наиболее несправедливых законов, существовавших при неронах, калигулах и прочих тиранах, попиравших достоинство личности и деливших между собой народы как стада по числу душ. Продолжая эту линию взаимосвязи идеологии и соответствующего языка права и политики как средства консервации существующего строя, лидер юридического неопозитивизма Х. Л. А. Харт подчеркивает, что слово «порядок» с его хвалебным звучанием — это лоск над ужасами таких режимов, как нацистская Германия или Южная Африка. «Использовать такие слова — значит мистифицировать, а мистифицировать — значит давать повод к тирании»[28]. Этот анализ языка политики и права, языкового жаргона как орудия универсального манипулирования, конформизма личности и потери ею индивидуальности, беспросветного приспособления к существующему строю, поверхностного восприятия его как вполне справедливого был продолжен вслед за позитивистами представителями франкфуртской школы. Задача языкового жаргона, по мнению Т. Адорно, состоит в том, чтобы служить орудием универсального манипулирования, «скрывать то, что манипулируют и что должно быть на самом деле достигнуто». В этом случае цель «концентрируется в надмировой беспрецедентный язык, верный самим определениям жаргона, который не имеет никакого иного содержания, помимо упаковки»[29].

В этой критике содержится протест против подавления личности, против антигуманизма, конформизма и унификации духа. Сторонники деидеологизации, «демистификации» права стремились показать анахронические, неэффективные и антидемократические институты и законы, которые часто защищаются от критики посредством покрывала мистерии и идеологических мифов. Идеологизация призвана скрыть истинную природу и влияние этих институтов, сбить с толку и запугать предполагаемых критиков и таким образом продлить жизнь этих институтов. Она предполагает не только прославление открытым панегириком, помпой и церемонией, не только употребление архаических форменных

[28] Hart H. L. Bentham and Demistijikation of the Law, p. 7.
[29] Adorno Th. W. Jargon der Eigentlichkeit. Zur Deutschen Ideologie. Frankfurt a.M., 1970, S. 78.

одеяний «и непонятного профессионального жаргона и стиля, но также, что более важно, мистификацию в пропаганде веры в вечность этих институтов, в невозможность изменить их без риска разрушить общество[30]. Правовые идеологии (концепции «естественного права» и т. п.), отмечает Ф. Скиллерн, стремятся провозгласить конкретный социальный порядок высшим благом, ценностью и целью. Но в современных условиях, рассуждает он, для значительной части индивидов общество становится все более сомнительной ценностью. Индивид отчуждается от общества и считает его лицемерным. В то время как официальное общество учит индивида равенству, индивидуализму и миру, оно на самом деле практикует неравенство, конформизм и постоянные войны. В таком случае, подчеркивает автор, общество не может дать индивиду тех выгод, о которых говорят утилитаристы: оно неправильно, статично и репрессивно по отношению к индивиду. Эта теория, продолжает Ф. Скиллерн, терпит крах также потому, что существенная часть нашего общества недообразована, недоразвита, недоедает и не получает безопасность от общества. Требуя от индивида слишком много, общество дает ему слишком мало[31].

Позитивисты отвергли прямую дедукцию конкретных политических взглядов из абстрактного философского» принципа, или идеи (например, философию права Гегеля и др.). Они критиковали спекулятивно-метафизическую философию права, пытавшуюся чисто дедуктивным путем возвести в конечный идеал развития исторически преходящие политические и правовые взгляды и учреждения.

Однако попытка позитивистов противопоставить идеологию науке, деидеологизировать политологию и юриспруденцию несостоятельна и претенциозна. Отрицание старого способа идеологизации позитивисты приняли за самое деидеологизацию. Между тем их политические и правовые доктрины также идеологичны, т. е. оправдывают конкретную буржуазную политическую и правовую Действительность, хотя, вследствие специфики

[30] Hart H. L. Bentham and Demistifikation of the Law, p. 2.
[31] Skillern F. Law, Obligation and Mordity: What is the Individual Responsibility? «Oregon Law Review», 1973, vol. 52, N 2, p. 134.

методологических принципов (прежде всего феноменалистической догмы), делают это не прямо, а косвенно.

Дело в том, что позитивизм возникает в период упрочения экономического и политического положения буржуазии. Вследствие этого на смену революционной, критической идеологии, выраженной в теориях естественного права, приходят идеологические штампы, апологетизирующие установленные буржуазией порядки. Естественное право как идеологизированное выражение требований революционной буржуазии полностью отбрасывается. Право рассматривается как позитивный факт, не нуждающийся в каком-либо аксиологическом и причинном обосновании. Политическим кредо победившей буржуазии становится оправдание очевидности и неизменности установленного порядка как якобы вершины в развитии человечества. Относительно спокойное, стабильное развитие капитализма, «царство буржуазного рассудка», создание и бурное развитие буржуазного законодательства, потребность в его обобщении, систематизации, классификации и комментировании — вот та база, на которой процветал юридический позитивизм.

Позитивизм элиминирует из науки ценностные и сущностные проблемы, отрицает диалектические закономерности развития политико-правовой действительности, противопоставляет субъект объекту. Это ведет к агностицизму, фетишизации понятий и формализму. В результате право рассматривается юридическим позитивизмом как замкнутая, самодостаточная, черпающая в самой себе обоснование формальная система. Обвиняя естественно-правовые доктрины в произвольных допущениях, юридический позитивизм сам впал в аксиоматизм самого худшего свойства — в догматизм. Противопоставив идеологию науке, исключив из предмета науки исследование сущности и оценку государства и права, позитивизм на самом деле косвенно апологетизировал буржуазную политико-правовую действительность, воспринимал ее именно как догму, отрицал необходимость коренного ее изменения. Во имя мнимой «рациональности», на самом деле сводившейся к субъективно-идеалистической абстрактной юриспруденции понятий, юридический позитивизм догматизировал то, что есть, и тем самым становился инструментом апологии

существующего. Критики позитивизма единодушны в том, что идеологическая функция данного направления заключается в защите status quo[32], в реформизме и антиреволюционности.

В частности, господствовавший во второй половине XIX в. юридический позитивизм был своеобразным средством оправдания в Германии буржуазной политики кайзеровского райха, а в России — пробуржуазной эволюции царизма. В этой связи Петер фон Ортцен справедливо отметил, что низложение формально-юридическим направлением старой спекулятивной науки государственного права было лишь одним из моментов изменения всего духовно-общественного процесса после 1866 г. Прежняя естественно-правовая школа противопоставляла существовавшей (феодальной) общественно-экономической и государственно-правовой жизни идеальный нравственно-разумный субстанциальный порядок; напротив, новое направление нацеливается на эту действительность, поскольку она «реалистична». Представители юридического позитивизма воспринимают понятийный аппарат просто как «чисто юридический» без координации с его материальной основой. Понятия имеют для них «неподвижную, но фиктивную самостоятельность», и это составляет главную опасность формально-позитивистской юриспруденции. Фактическая проблематика, которая стоит за конструктивными связями, исключается из понятийной системы не только внешне, но также и из методологического сознания ученого. Отрыв понятийного аппарата от обусловливающих его реальных основ ведет сторонников юридического позитивизма к потере всей «материальной» проблематики государства и права. Отсюда общая тенденция формалистического позитивизма: «оправдание эмпирически данного»[33]. Кроме того, тезис юридического позитивизма (Дж. Остин, К. Бергбом, С. В. Пахман, Г. Ф. Шершеневич) о том, что право должно быть познано из

[32] Polak K. Zur Dialektik in der Staatslehre. 3 Aufl. Berlin, 1963, S. 204—205, 208—209; Sellnow W. Gesellschaft—Staat Recht. Berlin, 1963, S. 268; см. также: Опалек К. и Вроблевский Е. Юридический позитивизм. — В кн.: Против правовой идеологии империализма. М., 1962, с. 29—30; Туманов В. А. Буржуазная правовая идеология. К критике учений о праве. М., 1971, с. 161.

[33] Oertzen P. Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus. Frankfurt a. M., 1974, S. 159, 164, 255, 260.

самого себя как самодовлеющая беспроблемная система на основе индуктивно-эмпирического метода и феноменалистической догмы, вел к понятию нрава как случайного произвола законодателя, редукции права к голой воле государства. Претензии на идеологический нейтралитет оказывались на самом деле весьма созвучными апологии бисмарковской политики «крови и железа». Юридическая вуаль прикрывала, гегемонистскую великодержавную политику Пруссии. По этому поводу Л. Гумплович не без сарказма заметил, что во главе с П. Лабандом немецкие профессора государственного права дают так называемую «юридическую конструкцию» образовавшейся Германской империи. Особенно головоломным для них является вопрос о местопребывании немецкого суверенитета: у кого он покоится, остается ли цельным или делится и является ли Эльзас-Лотарингия в этих условиях государством? «А я бы предложил этим господам сойтись между собой на следующем: Эльзас-Лотарингия для Пруссии — хорошая добыча»[34]. В противоположность теории народовластия, выраженной в известной формуле А. Линкольна «правление народа, посредством народа, для народа», в Германии насаждался культ антидемократического, авторитарно-бюрократического государства. Верноподданническая пословица тех времен гласила: «Отец Государство». Томас Манн образно выразил сложившуюся политическую ситуацию в формуле «Генерал Доктор фон Государство». И вот в этих условиях господствующая теория юридического позитивизма рассматривала государство как верховную юридическую личность, причину и источник права, порядка, общества и власти. В результате юридическая теория государства превращалась в официальную санкцию и легитимацию антидемократического бисмарковского райха и выражала консолидацию индустриально-капиталистического порядка, синтез буржуазного национализма с прусской управленческой бюрократией[35]. С этой точки зрения примечателен альянс между идеологами юридического позитивизма (К. Гербер, П. Лабанд) и правящими кругами.

[34] Gumplowicz L. Op. cit., S. 32.
[35] Barsch C. E. Der Staatsbegrift in der neueren deutschen Staatslehre und seine theoretischen Implikationen. Berlin, 1974, S. 45.

Еще более по сравнению с указанными германскими правоведами проявился консервативно-монархический характер юридического позитивизма в России. Здесь политический строй был более отсталым даже по сравнению с Германией. Поэтому защита status quo здесь оказывалась апологией не полупарламентарного режима (как в Германии), а эволюционирующей в буржуазном направлении абсолютной монархии. Типичным примером в этом отношении являются творческие и послужные биографии С. В. Пахмана и Н. М. Коркунова. Один был сенатором, другой — статс-секретарем Государственного совета в период контрреформ. Н. М. Коркунов склонялся к социологическому понятию права (см. п. 1 гл. 2 настоящей работы), но в то же время в теории государственного права он остался скорее на позициях юридического позитивизма. В этой области предложенные им конструкции были приспособлены к защите и идеализации автократического царистского режима через призму интересов праволиберальной буржуазии, которая уповала на медленную и постепенную трансформацию правового и политического строя России в русле, намеченном реформами 60—70-х годов. Что касается концепции В. Д. Каткова (см. п. 3 гл. 1), то она еще более консервативна и отдает черносотенным душком.

В меньшей степени консерватизм проявился у представителей социологического позитивизма в России, таких как С. А. Муромцев, М. М. Ковалевский, Л. И. Петражицкий и др. Однако и они, как было показано в соответствующих главах, по мере развития пролетарского движения и успехов социал-демократии все более проявляли себя как ярые противники революции, выступали за мирную трансформацию России по буржуазному пути.

Следовательно, теоретические конструкции позитивистов активно использовались в идеологической борьбе.

Позитивизм обладает повышенной возможностью политической мимикрии. Но в конкретно-исторической расстановке различных идеологических направлений эта широта не безгранична. Последовательное применение субъективно-идеалистических философских основ позитивизма в их целостности (а не какой-либо отдельной части, например, формально-догматического подхода к

праву) при конструировании понятийного аппарата политико-правовой доктрины в контексте идеологической борьбы второй половины XIX—XX вв. приводит к оправданию буржуазно-демократического или по крайней мере буржуазно-либерального политического режима и в этих рамках — этического и идеологического релятивизма. Примечательно, что позитивизм возник именно в эпоху господства буржуазного либерализма, индивидуалистической частной собственности и свободной конкуренции. Именно контекстом буржуазно-либеральной идеологии определяется значение и роль позитивистской юриспруденции, позитивистской теории права и государства. История буржуазной политико-правовой философии показывает, что на основе позитивизма (Г. Спенсер, М. М. Ковалевский, С. А. Муромцев, Г. Ф. Шершеневич, Л. И. Петражицкий, Б. Рассел, К. Поппер, Э. Топич) и неокантианства (Г. Еллинек, Г.. Кельзен, Г. Радбрух, Б. А. Кистяковский) строились концепции либерального, а отнюдь не тоталитарного правопорядка. Напротив, в борьбе с либерализмом сторонники тоталитарных режимов опирались на объективно-идеалистическую, трансперсоналистскую философию, в которой индивид низводился на уровень простого средства по отношению к государству как общей субстанции. В споре персонализма и трансперсонализма отразилась борьба основных тенденций капитализма XX в. — либерально-демократической и тоталитарно-реакционной. Исторически последовательная реализация философско-методологических посылок позитивизма применительно к теории государства и права дает все же Веймарскую республику, а не нацистский райх. Во всяком случае история не оставила ни одной более или менее последовательной теоретической профашистской конструкции, которая бы апеллировала всецело к позитивизму. Лоск над ужасами Освенцима наводился с помощью хорошо известных идеологических трюков, весьма далеких от позитивистской концепции деидеологизации. Во всяком случае фашистские принципы тотальности и нетерпимости несовместимы с политико-этическим и идеологическим релятивизмом позитивистов.

Таким образом, конкретно-исторически позитивистская теория права и государства была сориентирована на защиту конституционных порядков и эволюционное,

реформистское развитие буржуазного общества. Но это не значит, что идеологическая функция позитивизма оставалась неизменной. Если первоначально позитивизм был направлен против естественно-правовой идеологий периода буржуазных революций (принцип народного суверенитета и пр.), то затем в период общего кризиса капитализма позитивистская теория государства и права сосредоточивается, с одной стороны, на критике фашизма, а с другой — в едином лагере буржуазной правовой идеологии — против социалистического государства и права и против марксизма-ленинизма. С позиций деидеологизации позитивисты объявляют коммунистическую теорию, защищающую интересы рабочего класса, ненаучной идеологией, основанной на субъективных интересах, вере и иллюзиях наравне с другими идеологиями. Так, по мнению Ганса Кона, в XX столетии «новыми тенденциями старых мифов» являются такие «идеологии-лжеучения», как империализм, расизм, фашизм, национал-социализм, коммунизм. Подобно византийской ортодоксии, заявляет Г. Кон, марксизм в России был национализирован и стал новой русской церковью, потому что в «догматически утопизированном марксизме русские массы нашли сродство с их «собственной верой»[36]. Не безызвестны также антикоммунистические писания одного из апологетов деидеологизации Ганса Кельзена[37]. Таким образом, эта позиция наполняется глубоко антикоммунистическим содержанием и, следовательно, имеет вполне определенную идеологическую направленность: с точки зрения сторонников деидеологизации политическая и юридическая наука — знание истинное, которое возможно в «открытом» обществе, а идеология — ложное мышление, необходимое тоталитарным режимам для манипуляции массами в антигуманных целях.

Исследование связи понятийного аппарата юридического позитивизма с соответствующими общефилософскими понятиями (исторически обусловленными и отражающими определенный уровень развития человека

[36] Kohn H. Political Ideologies of the Twentieth Century. New York, 1966, p. 96, 119.

[37] Kelsen H. The Communist Theory of Law. London, 1955; об антикоммунистической направленности теории Г. Кельзена см.: Туманов В. А. Указ. соч., с. 212—213.

и общества) затрудняется постольку, поскольку эта связь выступает не прямо, как в спекулятивно-метафизической философии права (Гегель, неогегельянцы и др.), а косвенно[38].

Данное обстоятельство связано с тем, что, в отличие от дедуктивного способа оправдания конкретно-исторических политико-правовых взглядов и учреждений, т. е. выведения их из философского априорного понятия права, представители юридического позитивизма считают все знание, в том числе понятие права, всецело индуктивным, полученным путем эмпирического обобщения.

В действительности же и юридический позитивизм применяет определенные философские принципы, служащие в качестве средства разработки понятийного аппарата общей теории права и в этом смысле выступающие для него уже как данные до конкретного эмпирического исследования, до обобщения. Прежде чем обобщать, надо знать, на основе чего и с помощью чего обобщать, т. е. иметь (осознанную или воспринимаемую, как у большинства второстепенных правоведов, стихийно) определенную логику правового мышления. Понятие права, которое представляется юристам-позитивистам всецело индуктивным, полученным путем обобщения конкретного эмпирического юридического материала, данных отраслевых юридических наук, на самом деле обусловливается также и дедуктивным способом, предваряется определенными теоретическими (общефилософскими) принципами, выступает как их конкретизация применительно к правовым явлениям.

Позитивистский тезис о том, что юридические понятия и вообще новое знание о праве получены якобы только путем эмпирического обобщения (т. е. путем опытного изучения явлений, перехода от конкретных фактов к общим положениям), на самом деле выступает теоретическим принципом, основным постулатом позитивистской логики мышления, на основе которого ведется эмпирическое исследование права, и в этом смысле данный тезис не может быть доказан в рамках этого

[38] О механизме априорного, спекулятивно-метафизического обоснования конкретно-исторических политико-правовых взглядов в философии права Гегеля см.: Нерсесянц В. С. Гегелевская философия права: история и современность. М., 1974, с. 44—49.

исследования, т. е. в пределах индукции и позитивистского обобщения.

Так же и другие положения юридического позитивизма: феноменализм и агностицизм, отрицание умозрения и теоретической спекуляции, формализм, противопоставление знания оценке и т. д. — «все они не могут быть обоснованы и проверены эмпирически, путем обобщения, и, следовательно, их нужно было бы объявить «метафизическими».

Тем самым позитивисты запутываются в неразрешимом противоречии: с одной стороны, все знание, и понятие права в том числе, получается путем обобщения и эмпирии; с другой стороны, обобщение осуществляется на основе определенной логики познания права, на основе определенных теоретических принципов исследования всего множества правовых «фактов-явлений».

В борьбе против спекулятивно-метафизической философии права позитивисты умалили роль дедукции и теоретической спекуляции и гипертрофировали роль индукции и эмпирического общения, свели задачу научного исследования к описанию сосуществования правовых явлений и функциональной взаимосвязи между ними.

В этой связи еще Кант показал, что путем одного обобщения невозможно получить новое теоретическое знание. Вульгарный эмпиризм не в состоянии обосновать логику правового мышления, которая не может быть выработана в пределах отраслевых юридических наук и воспринимается ими *до* эмпирического обобщения. «Что следует по праву (quid sit juris), т. е. что говорят или говорили законы в том или .ином месте в то или иное время, он (правовед-эмпирик.— В. З.) еще может указать; но право (recht) ли то, чего они требуют, и каков всеобщий критерий, на основании которого можно вообще различать правовое и неправовое (iustum et iniustum), — это остается для него тайной, если он хоть на время не оставляет указанные эмпирические принципы и не ищет источник этих суждений в одном лишь разуме»[39]. Кант, в свою очередь, гипертрофировал роль теоретической спекуляции и априоризма.

[39] Кант И. Метафизические начала учения о праве. — Соч., т. 4, ч. 2. М., 1965, с. 139.

Тем не менее его критика в адрес эмпириков во многих отношениях не утратила своей актуальности. «Чисто эмпирическое учение о праве, — иронизирует Кант,— это голова (подобно деревянной голове в басне Федра), может быть прекрасна, но, увы, не имеет мозга»[40].

Отвергнув теоретическую спекуляцию и лишив философию, а также общую теорию права самостоятельного предмета исследования, позитивисты фактически закрыли путь признанию *историчности* логики правового мышления. Они возвели в абсолют принципы феноменализма, агностицизма и вульгарного эмпиризма, т. е. абсолютизировали определенную, исторически обусловленную теорию познания и логику правового мышления, которая отражала определенную конкретную практику через призму исторически ограниченных рамок, с весьма определенных идеологических позиций.

В результате создавалась возможность косвенного оправдания этой практики в теории, которая, по видимости, противопоставляет познание и оценку.

Воспринимая вышеназванные субъективно-идеалистические принципы познания для конструирования понятийного аппарата теории права, юридический позитивизм, несмотря на размежевание со спекулятивно-метафизической философией права, в то же время сближался с последней в том, что аксиоматизировал определенную логику правового мышления и, как следствие, вырабатывавшееся с ее помощью понятие права, ориентировал на конкретно-историческую правовую действительность. Тем самым открывался путь к догматизации существующего. Возведя свою систему, свою логику правового мышления в абсолют, в непогрешимый догмат, юридический позитивизм отрицал историчность не только этой логики, но и самой правовой действительности, т. е. той «эмпирии», которую он отразил в соответствующих юридических категориях, прежде всего в понятии права.

Отрицая прежний, спекулятивно-метафизический, априорный способ идеологизации и оправдания конкретно-исторических политико-правовых взглядов и учреждений, юридический позитивизм полагал, что ему удалось создать идеологически нейтральную теорию права, «очи-

стить» юридическую науку от идеологии. На самом же деле эта теория явилась очередным вариантом идеологии, причем идеологии консервативной. Представляя собой, в отличие от идеалистической философии права, не прямую, а косвенную апологию status quo, существующего положения, юридический позитивизм по мере загнивания той действительности, на которую он был ориентирован, все более активно втягивался в идеологическую борьбу и выступал против диалектико-материалистической теории права, которая отрицает загнивающую, находящуюся в глубоком кризисе капиталистическую систему вообще и буржуазное право в частности.

Без учета гносеологических особенностей юридического позитивизма невозможно раскрыть его идеологическую роль, поскольку формально он исключает из области научной теории оценку политико-правовой практики, конкретно-исторических политико-правовых взглядов и учреждений, на почве которых он вырос.

Неверное понимание позитивистами соотношения идеологического и познавательного аспектов политико-правовой теории гносеологически восходит к антиисторической трактовке общественного сознания. Позитивисты ограничиваются лишь попыткой доказать, что неистинность идеологии обусловлена только частным характером интересов данного класса, классовым положением идеологов. Социальная действительность (диалектическая и историческая по своему существу), которая порождает сами классовые интересы и идеологию, степень адекватности идеологии этой исторической действительности — все это остается вне поля зрения позитивистов. Спиритуализм, противопоставление самосознания частной группы «вечной» истине приводит позитивистов к прагматическому смешению подлинного и неподлинного, истинного и неистинного, поскольку те или иные высказывания вследствие условности позиции самого идеолога точно оценить невозможно, и поэтому всякая идеология, с их точки зрения, всегда противоположна истине, является «ложным сознанием». Последнее может обсуждаться единственно в плане его современности, но отнюдь не истинности[41].

[41] Социальная философия Франкфуртской школы. Критические очерки. Москва — Прага, 1975, с. 177.

Между тем множество идеологий, выражение в них самосознания класса не означает, что все они одинаково ложны. Применительно к доктринам, оправдывающим господство уходящих, потерявших свою прогрессивность классов, остается верным положение К. Маркса и Ф. Энгельса об идеологии как ложном самосознании, идеалистическом, ненаучном понимании политико-правовой действительности. Правильное осмысление государства и права в таком сознании в целом невозможно вследствие того, что действительность воспринимается через комплекс умозрительных принципов, обусловленных корыстными интересами данного класса. В результате создается идеологическая иллюзия — политико-правовое сознание буржуазии, прикрывающее ее господство. Эта идеология защищает эгоистические, узкоклассовые интересы консервативных и реакционных слоев и не выражает гуманистических тенденций развития человечества в целом. Поэтому эвристический горизонт подобных политико-правовых доктрин резко сужен.

Но ни одна идеология (прежде всего в «нижних» своих этажах, в области формулирования практико-политических программных установок) не может быть полностью сведена к иллюзии. Для правильной ориентировки в политике класс нуждается в минимуме адекватного отражения действительности, в постановке реальных проблем и их решении. Отсюда следует, что идеология может содержать в себе вполне научные положения. В целом способность к научному формулированию идеологических положений зависит от степени прогрессивности данного класса. Поэтому лишь передовая, опирающаяся на адекватное отражение политико-правовой действительности идеология способна в противоположность иллюзорному сознанию буржуазии дать на том или ином конкретно-историческом этапе диалектический синтез эвристической и практико-политической функций политико-правовой теории.

В свою очередь, юридическая наука также может содержать неверные положения: в спорах за истину, в борьбе точек зрения, в свободной дискуссии, в опровержении не подтвердившихся гипотез и заключается процесс развития юриспруденции.

Юридическая наука и правовая идеология не тож-

дественны, поскольку принадлежат к разным сферам общественного сознания. Но они и не противоположны. По отношению к теоретическому отражению политико-правовой действительности они выступают как две различные его функции. Науку и идеологию нельзя представлять как две различные по предмету отражения теории, словно две веши в разных карманах. И та и другая — одна и та же политическая теория, рассмотренная в различных функциональных аспектах. Политическое учение как таковое содержит два главных функциональных аспекта: идеологический (аксиологический, ценностный) и познавательный. С этой точки зрения политическое учение не сводится целиком ни к науке, ни к идеологии и является сложным их переплетением. Политическая и правовая идеология есть теоретическое отражение мира политики и права через призму классовых интересов. Ее задачей является теоретически выработать и обосновать систему политических и правовых ценностей определенного класса или группы — их политические и правовые цели, идеалы, нормы и т. п.,— защитить их в борьбе с враждебной идеологией. Политическая и правовая идеология выступает прежде всего в виде оценки как теоретизированный конкретно-исторический политико-правовой взгляд. Поэтому ее значимость ограничена конкретно-историческими рамками существования тех классовых интересов, которые она обслуживает. Но политическое и правовое учение выступает не только как идеология, т. е. как оценка и защита определенных конкретно-исторических взглядов, интересов, институтов, но и как теоретическая (философско-теоретическая) конструкция конкретно-исторической политико-правовой действительности, конструкция, направленная на познание мира политики и права, их сущности, закономерностей развития и т. д. В этом плане политическая теория может в большей или меньшей степени выступать как наука, т. е. объективное, истинное знание с его всеобщностью и необходимостью, в своем значении выходящее за рамки конкретно-исторических политических взглядов и ограниченное лишь развитием объективной истины. Это прежде всего система проверенных практикой объективных знаний. В этом аспекте политическая теория не может быть названа самосознанием отдельного класса или группы, а

выступает и как всеобщий духовный продукт общественного развития.

Таким образом, политическая и правовая теория выступает и как объективное знание, и как самосознание класса. Эти два аспекта политической и правовой теории едины, хотя и не тождественны. Преемственность в истории политических и правовых учений идет в обоих этих аспектах.

Политическая и юридическая наука уже в силу специфики предмета своего отражения, исследования, а также потому, что познающий субъект сам является участником политического общения и, следовательно, занимает по отношению к нему определенные позиции, не может быть индифферентной к классовым интересам, политическим ценностям. В познании политико-правовой действительности не может быть преодолен ценностный подход. Осуществляя познавательную функцию и, следовательно, выступая как наука, политическая и правовая теория тем самым готовит теоретическую основу для оценки познаваемого. Политическую и правовую науку невозможно выделить в «чистом», свободном от оценок виде. Являясь знанием, теория содержит в себе предпосылку оценки данного политического и правового явления, потому что речь идет не об относительно нейтральных для человеческих интересов математических аксиомах и явлениях природы, а о политических и правовых отношениях, участниками которых являются различные по своим интересам индивиды, группы, классы. Познавая данную политико-правовую картину, человек как действующий субъект необходимо вынужден соотнести получаемые знания со своим политическим и правовым идеалом.

Это не значит, конечно, что процесс познания политики, государства и права сводится всецело к защите и оправданию классовых интересов. Политико-правовые учения Платона и Аристотеля, Канта и Гегеля, несомненно, имели идеологический характер, содержали теоретическое оправдание конкретно-исторических политических и правовых взглядов; теоретические конструкции их политико-правовых учений имеют весьма определенную практико-политическую направленность. Было бы однако шулятиковщиной философию политики и права Платона или Гегеля редуцировать к прагматиче-

скому обслуживанию классовых интересов, лишь к идеологическому освещению политики и права с позиций класса рабовладельцев или буржуазии. «Идеологическая функция познания, — отмечает Т. И. Ойзерман, — является неотъемлемой частью (но лишь частью) всеобъемлющего, не ограниченного по своему содержанию и значению познавательного процесса. Познание выражает потребность общественного производства, как материального, так и духовного, оно образует многогранную сферу духовной жизни человечества, которая, как и вся человеческая жизнь, не может быть просто средством, а является целью»[42].

Даже в консервативных и реакционных по своей общей идеологической направленности учениях могут содержаться «рациональные зерна». В этом проявляется относительная самостоятельность идеологического и познавательного аспектов политико-правовой теории. Так, историческая школа права, несмотря на ее некоторые объективно профеодальные черты (выступление против буржуазной кодификации, отрицание диалектического революционного развития права и др.) была важным этапом на пути выработки исторического подхода к государству и праву. Напротив, прогрессивная для того времени буржуазная идеология с ее упованием на близкое царство разума была в то время, вследствие причисления своего идеала к конечному пункту человеческого развития, весьма далекой от историзма. Идеологи уходящего класса в своей обреченности оказались способными попытаться взглянуть исторично на своего противника и тем самым перекинули мост к диалектическому историзму Гегеля. Не случайно поэтому буржуазные элементы этой школы все более выходили на первый план, и в конце концов она стала одним из направлений буржуазной политико-правовой теории. Идеологи французской реставрации, как известно, внесли значительный вклад в становление теории классовой борьбы.

Но в целом само познание политических и правовых явлений обусловлено идеологическими рамками исследователя, его социально-политической позицией. Поэто-

[42] Ойзерман Т. И. Проблемы историко-философской науки. М., 1969, с. 323.

му все, что не приемлемо для данной идеологической позиции, изгоняется как враждебное и ненужное. При этом идеологическому контролю,- фильтру подвергаются не только непосредственно политико-правовые концепции, но даже и естественнонаучные положения, приобретающие общемировоззренческий характер и потому имеющие важное значение для самосознания данного класса. Так, в свое время были подвергнуты остракизму со стороны церкви учения Коперника, Бруно, Галилея.

Вследствие этого политическая и правовая идеология может совпадать с наукой, если носителем этой идеологии является класс, заинтересованный в прогрессе, раскрытии истинного положения дел и поэтому чуждый функций и демагогии. Познание закономерностей и тенденций развития государства и права в таком случае не противоречит его интересам, поскольку он является восходящим классом, поскольку ему принадлежит будущее. Например, выводы буржуазных мыслителей XVII—XVIII вв. об обреченности и несправедливости феодального строя были глубоко идеологичны, объективно служили восходящему революционному классу буржуазии, но в то же время содержали в себе определенные рациональные и правильные с научной точки зрения положения по пути проникновения в сущность государства и права. Напротив, реакционные классы, как правило, неспособны к эффективному развитию политико-правовой науки. Потеряв свою прогрессивность, господствующий класс принципиально не заинтересован в истинном знании о политике и праве (их сущности, закономерностях развития, судьбе и т. д.), потому что открытие этой истины, прежде всего сущности нового исторического этапа, на котором данный класс потерял свою ведущую роль, означает осуждение, признание обреченности этого класса именно с точки зрения науки, познания объективного хода вещей. Поэтому истина в таких случаях приносится в жертву угодливой апологетике, ложной идеологии, защите ценностей, потерявших прогрессивный характер.

Это всецело относится и к позитивистской юриспруденции. Эвристический горизонт ее резко сужен в значительной мере вследствие того, что она стремится законсервировать историю, склонна к апологии status quo,

т.е. нацелена на идеализацию (причисление к конечному пункту развития) определенного исторически преходящего правопорядка. Она разделяет судьбу буржуазной политической экономии. Для нее, отмечал К. Маркс, «пробил смертный час» в условиях, когда буржуазия приходит к власти и когда «классовая борьба, практическая и теоретическая, принимает все более ярко выраженные и угрожающие формы». «Отныне дело шло уже не о том, правильна или неправильна та или другая теория, а о том, полезна она для капитала или вредна, удобна или неудобна, согласуется с полицейскими соображениями или нет. Бескорыстное исследование уступает место сражениям наемных писак, беспристрастные научные изыскания заменяются предвзятой, угодливой апологетикой»[43].

Однако, учитывая выдающуюся роль науки в развитии человечества, политическая идеология даже реакционных классов в современных условиях стремится идентифицировать себя с наукой, выдать свои сугубо классовые интересы за подлинную науку. В древнем мире и средневековье светские конструкции политики и права оставались уделом узкого круга мыслителей. В течение тысячелетий реноме нормального, желательного, естественного и вполне само собой разумеющегося сохранялось за идеологическими лозунгами и штампами, освященными религией. В век ничтожной роли техники, необразованности народа массовидный уровень политической и правовой идеологии и тем более психологии сохранял религиозную оболочку. Ею были прикрыты даже буржуазные требования ранних революций в Голландии и Англии. В век научно-технической революции религия все более теряет власть. Наука же, напротив, таит в себе огромную притягательную силу для угнетателей как возможное средство господства и идеологических манипуляций. Поэтому стремление прикрыться оболочкой научности, наукообразности — закономерность развития современной буржуазной идеологии. Отсюда фашистская «наука» геополитики и легион прочих «истинных» и «подлинных» политических и юридических «наук». Типичный пример тому — позитивистская юридическая наука, которая в

[43] Маркс К. и Энгельс Ф. Соч.; т. 23, с. 16.

тщетных усилиях избавиться от ценностного подхода к политике и праву на самом деле объективно обрекает свою мнимую рафинированную научность, служит в качестве реальной идеологии. Общая теория права, как и общая теория политической экономии и т. д., — «такая же партийная наука в современном обществе, как и *гносеология»*[44]. В классовом обществе, где необходимо политическое господство, «деидеологизированная» политическая и правовая наука есть лишь очередная *идеологическая* концепция.

Таким образом, политико-правовая теория в функциональном плане представляет собой противоречивое единство идеологического (ценностного, аксиологического) и познавательного аспектов. Познание предполагает ценностную ориентацию исследователя. С другой стороны, идеологический аспект влияет на познание и саму практику, ставит их в определенные рамки. Относительная самостоятельность этих аспектов приводит к тому, что идеологи реакционных классов способны открывать «рациональные зерна» на пути познания сущности государства и права. Кроме того, одна и та же теоретическая конструкция может в определенной степени использоваться для обоснования различных конкретно-исторических политических и правовых взглядов и различной политико-правовой практики. Например, формулы «движения свободного права» использовались не только для похода против буржуазно-демократической законности, но и иногда против реакционных законов, как, например, в социологической юриспруденции С. А. Муромцева, Л. И. Петражицкого и в некоторых случаях в новейшее время. Теория естественного права находилась на вооружении как буржуазии, так и феодалов. И, наоборот, одна и та же идеологическая установка может быть обоснована с помощью относительно разнообразных теоретико-философских конструкций. Однако эта самостоятельность и заимствования не беспредельны. Уже в рамках философско-теоретических конструкций заложен «выход» на определенную историческую практику, конкретные политические взгляды. Так, между неогегельянскими политико-правовыми философиями либеральной и профашистской

[44] Ленин В. И. Полн. собр. соч., т. 18, с. 363—364.

ориентации существует большая дистанция. Собственно гегелевская философия права интерпретируется в них весьма различным образом. Для фашиствующих неогегельянцев государство — самоцель, а личность лишь средство. Индивид низводится ими на уровень пассивного представителя, посредника объективного духа и полностью поглощается безжалостным, антигуманным, деспотическим, карательным государством. Напротив, либеральные неогегельянцы пытались сочетать крайности индивидуализма и трансперсонализма. В условиях кризиса классического буржуазного либерализма и индивидуализма попытки обосновать неолиберальные политические идеалы, примирить личность и государство с помощью неогегельянства заканчивались внесением в него субъективно-идеалистических элементов кантианского толка, что весьма ярко проявилось в воззрениях Б. Н. Чичерина, П. И. Новгородцева, И. В. Михайловского, Т. Х. Грина, Р. П. Шармы и др.[45].

С этой точки зрения тщетны претензии позитивистов создать «чистую», свободную от идеологии политическую науку и юриспруденцию, изобразить философско-теоретические конструкции бессодержательными в практико-политическом отношении. Связь эта может быть прямой (дедуктивное, спекулятивно-метафизическое конструирование государства и права) или косвенной (как в позитивистской юриспруденции, ориентирующейся на этический релятивизм), но в конечном счете связь эта все же существует. Попытка создать «чистую» науку, противопоставить ее идеологии — это значит отказаться от исследования сущности и закономерностей развития политики, государства и права, т. е. основных и центральных проблем научного знания. Феноменализм и агностицизм логически ведут позитивистов к ликвидации юридической науки как таковой, обрекают ее на формализм, догматизм, вульгарный эмпи-

[45] См.: Чичерин Б. Философия права. М., 1900, с. 53—56. 84—85, 235; Новгородцев П. Кант и Гегель в их учениях о праве и государстве. Два типических построения в области философии права. М., 1901; Он же. Об общественном идеале. М., 1917; Михайловский И. В. Очерки философии права, т. 1. Томск, 1914; Green Th. H. Lectures on the Principles of Political Obligation. Works, vol. 2. London —New York— Bombey 1900, p. 335—553; Sharma R. P. Modern Western Political Thought, vol. | Dehli, 1966, p. 76—77, 133,

ризм и антиисторизм. Но и в таком обуженном феноменалистической догмой виде позитивистская юриспруденция есть «дитя своего времени», т. е. сориентирована на определенную конкретно-историческую практику, ограничена ее рамками как в познавательном, так и в идеологическом аспектах и поэтому в конечном счете оказывается субституцией той идеологии, которую, по-видимому, отвергает. Эта теория есть не только наука, но и идеология, претензии на деидеологизацию оказываются тщетными. В данном случае уместно напомнить слова диалектика: *«Hic* Rhodus *hic* saltus» или «Здесь роза, здесь танцуй»[46].

[46] Гегель. Философия права. Соч., т. 7. М.—Л., 1934, с. 16.

Заключение

Таким образом, позитивистская теория права в России как особое течение буржуазной юриспруденции развивалась в двух основных направлениях: 1) юридический позитивизм как теоретическое выражение формально-догматической юриспруденции и 2) социологический позитивизм, в том числе психологическая теория права.

Несмотря на существенные различия между юридическим и социологическим позитивизмом, их объединяет в рамках одного течения общность идеологических и теоретико-познавательных установок.

Позитивистские концепции права в России конца XIX — начала XX в. конкретно-исторически были сориентированы на защиту либерально-реформистского развития капитализма, против революции.

В теоретико-познавательном плане позитивистская юриспруденция была направлена против априорной философии права и в этом смысле способствовала развитию эмпирических исследований права, как формально-догматических, так и социологических. Распространение и господство позитивистской теории права стимулировалось бурным ростом капиталистического законодательства, а также развитием отраслевых наук и техники, подорвавших кредит спекулятивно-метафизической философии права, переживавшей в середине XIX в. глубокий кризис.

Справедливо критикуя прежнюю философию права за ее спекулятивно-метафизический характер и оторванность от эмпирических исследований, позитивисты, однако, впали в другую, не менее опасную крайность: они заняли позиции вульгарного эмпиризма и формализма.

Это резко сужало эвристический горизонт юридической науки и фактически разрушало ее. Позитивисты отказались от исследования сущностных и аксиологических проблем права и свели теорию права к описанию сосуществования правовых явлений и функциональной зависимости между ними. Тем самым важнейшие аспекты теории права были выброшены за борт и объявлены «метафизическими», в чем крылась одна из главных гносеологических причин последующего кризиса позитивистской теории права.

С конца XIX в., по мере нарастания кризисных тенденций капитализма, усиления пролетарского движения, распространения марксистской идеологии, идеалов социализма, буржуазные правоведы вынуждены были обратиться к активной разработке сущностных и аксиологических аспектов права. Капиталистический строй в целом и буржуазное право в частности не казались теперь уже чем-то само собой разумеющимся и не нуждающимся в особом аксиологическом оправдании. Сами буржуазные правоведы открыто заговорили о *кризисе правосознания*[1]. Необходимо было пересмотреть прежний идеологический багаж и «создать эффективные, соответствующие новым задачам и новой эпохе правовые идеалы и ценности.

Перед лицом новой задачи позитивизм с его феноменализмом, вульгарным эмпиризмом и «деидеологизацией» юридической науки оказался явно несостоятельным. Отсюда возрождение и широкое распространение концепций естественного права и идеалистической философии права. В этой связи П. И. Новгородцев отмечал: «Подобно тому, как в прежнее время расцвет естественно-правовых начал совпадал обыкновенно с коренным изменением самых основ правосознания, так и в наши дни поворот к отвлеченной идее права знаменует собою некоторый глубокий процесс в жизни и мысли современных обществ. Господствующие- учения юриспруденции еще продолжают повторять старые начала; но современное нравственное сознание в своих требованиях к праву значительно ушло вперед. Старые формулы и формы, старые верования, заимствованные еще

[1] См.: Новгородцев П. И. Кризис современного правосознания. М., 1909, с. 1—2, 391—393.

от XVIII века, не удовлетворяют никого более; там и здесь высказываются новые требования, чувствуется потребность новых начал... с разных сторон и в различных формах все яснее и яснее обозначаются признаки и предвестья новых учений, которые несут с собою выход из кризиса современного правосознания»[2]. Последнее пророчество не оправдалось. Буржуазная политическая и правовая идеология переживает глубокий кризис[3]. Его социальные основы коренятся в реакционном характере империализма как паразитического и загнивающего капитализма. Но в одном П. И. Новгородцев был прав: XX столетию суждено пережить ренессанс естественно-правовой философии. Виднейшими ее представителями в России были Б. Н. Чичерин, В. С. Соловьев, Б. А. Кистяковский, П. И. Новгородцев, Н. Н. Алексеев, И. А. Ильин, И. В. Михайловский и др. К разработке аксиологии права, масштабов «правильного права» и диалогу с новыми естественно-правовыми концепциями позитивистская теория права оказалась неподготовленной и неспособной. Поэтому она была существенно потеснена новым течением и не смогла сохранить прежнее господствующее положение.

Несостоятельность позитивистских концепций права проявилась также в том, что они не в силах раскрыть его сложную социальную структуру, неспособны рассмотреть право как многоаспектное социальное явление, не смогли решить проблему взаимосвязи юридической нормы и правоотношений. Научное, адекватное действительности понятие права возможно лишь как онтологическая проблема на базе марксистской философии. Только диалектико-материалистические позиции позволяют избежать метафизического противопоставления нормы и правоотношения или формально-догматического отождествления нормы с нормативным суждением, индивидуальным правосознанием и произволом, а также растворения права в индивидуальной психике.

[2] Новгородцев П. И. Кризис современного правосознания, с. 1—2.

[3] Программа Коммунистической партии Советского Союза. М., 1974, с. 51.

Оглавление

Предисловие 3

Глава 1. Юридический позитивизм 8

1. Соотношение юридического позитивизма с философским позитивизмом и позитивистской теорией права 11
2. Основные черты юридического позитивизма (Г. Ф. Шершеневич и др.) 30
3. Путь к неопозитивизму. «Реформированная общим языковедением юриспруденция» (В. Д. Катков) 85

Глава 2. Социологический позитивизм 102

1. Право как разграничение интересов (Н. М. Коркунов) 104
2. Генетическая социология права (М. М. Ковалевский) 117
3. Право как правоотношения (С. А. Муромцев) 139

Глава 3. Психологическая теория права (Л. И. Петражицкий) 192

1. Основные положения психологической теории права 192
2. Теория Л. И. Петражицкого и современные буржуазные психологические концепции права 220
3. Психологическая школа права Л. И. Петражицкого и марксизм (к оценке теории права М. А. Рейснера) 228

Глава 4. Соотношение идеологического и познавательного аспектов позитивистской теории права. К критике позитивистской концепции деидеологизации юридической науки 235

Заключение 266

Зорькин Валерий Дмитриевич

ПОЗИТИВИСТСКАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА В РОССИИ

Зав. редакцией
Н. А. Рябикина

Редактор
Т. В. Минахина

Художник
И. П. Ефимов

Художественный редактор
Б. С. Вехтер

Технический редактор
Г. Д. Дегтярева

Корректоры
И. И. Коновалова,
С. Ф. Будаева

Тематический план 1978 г. № 33
ИБ 430

Сдано в набор 18.10.77.

Подписано к печати 28.02.78.

JI-77J91 Формат 84ХЮ8/за

Бумага тип. 2

Гарнитура литературная.

Высокая печать

Физ. печ. л. 8,5 Усл. печ. л. 14,28

Уч.-изд. л. 14,84 Изд. № 261

Зак. 254. Тираж 2400 экз.

Цена 2 р. 10 к.

*Издательство
Московского университета,
Москва, К-9, ул. Герцена, 5/7
Типография Изд-ва МГУ.
Москва, Ленинские горы*