

ПРЕДИСЛОВИЕ

В данном втором томе *Теории государства и права России*, в отличие от первого тома, посвященного рассмотрению теории Российского государства, раскрываются вопросы, касающиеся особенностей теории отечественного права в разные периоды развития российского общества и государства.

Изложение правового материала осуществляется в соответствии с общей, традиционной программой изучения курса *Теории государства и права* в юридических вузах на уровне бакалавриата и магистратуры с акцентированием внимания на отдельных темах и вопросах, не входящих в данную программу.

Речь идет, в частности, о таких темах и отдельных вопросах, которые касаются проблем правопонимания и путей их разрешения в российском обществе и государстве, соотношения современного Российского государства и позитивного права, основных тенденций и перспектив развития современного российского права, и др.

При рассмотрении данных и иных им подобных проблем, так же как и при раскрытии всех остальных тем и вопросов российского права, следует исходить, *во-первых*, из того, что российское право, так же как и любое иное национальное право, *не возникает и не существует само по себе, вне общих закономерностей* первоначального образования и последующего развития государства и права.

Процесс возникновения и развития его, подобно аналогичному процессу, касающемуся других национальных правовых систем, обусловлен определенными социально-экономическими, духовными и иными условиями и факторами, вместе с которыми он развивается и совершенствуется.

Особенность данного процесса, так же как природа и характер самого российского общества, в отличие от любого иного национального права, предопределяется специфическими особенностями окружающей его социально-экономической и иной среды, особенностями национального, духовного, этнического и тому подобного развития российского общества, а вместе с ним — государства и права.

А *во-вторых*, при рассмотрении различных сторон и аспектов российского права необходимо иметь в виду и учитывать тот очевидный факт, что это право, прошедшее тысячелетний путь своего исторического развития, представляет собой не только известную социальную целостность, соотносящуюся с определенной целостностью и преемственностью общества, базирующихся на общности духовной жизни, обычаях и традициях российского народа, но и выступает одновременно в своем развитии в виде различных, значительно отличающихся друг от друга периодов и этапов его эволюции.

В качестве основных периодов развития российского права, так же как и государства, в данном учебном издании рассматриваются такие периоды, как *дооктябрьский период*, охватывающий собой весьма значительный отрезок времени от Киевской Руси — Древнерусского государства до Октябрьской революции 1917 г.; *советский период* — от Октябрьской революции 1917 г. до событий 90-х гг., связанных с разрушением Советского Союза; и *постсоветский период* — с начала 90-х гг. и вплоть до настоящего времени.

Каждый из данных периодов развития российского права, вместе с государством, подразделяется на определенные, обладающие своей спецификой этапы.

Каждый последующий период развития Российского государства и права порождается условиями существования предшествующих периодов.

Глава I

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОПОНИМАНИЯ И ПУТИ ИХ РАЗРЕШЕНИЯ В РОССИЙСКОМ ОБЩЕСТВЕ И ГОСУДАРСТВЕ

§ 1. Особенности правопонимания в разные периоды развития российского общества и государства

1. При изучении российского, равно как и любого иного права, его места и роли в жизни общества и государства, принципиально важное значение имеет решение вопроса о том, как понимается право, какой смысл вкладывается в его понятие и содержание, что имеется в виду, когда речь идет о таком явлении, как право.

К настоящему времени в отечественной и зарубежной юридической науке еще не выработано единого, общепризнанного понятия и представления о праве. И проблемы, касающиеся правопонимания, едва ли не стали вечными и повторяющимися из поколения в поколение проблемами.

Причин отсутствия единообразия в правопонимании много, и они весьма разнообразны. Одни из них являются объективными, в то же время как другие носят субъективный характер.

Объективные причины различного правопонимания обусловлены обстоятельствами, не зависящими от воли и желания человека, исследующего право. Они коренятся, с одной стороны, *в сложности и многогранности права* как явления, которое весьма трудно охватить и определить в целом виде, с учетом всех его граней и проявлений. А с другой — *в сложности и исторической изменчивости* социально-экономической, политической и иной окружающей право *среды*, в пределах и под воздействием которой оно возникает, развивается и совершенствуется.

Субъективные причины различного правопонимания коренятся *в мировоззрении исследователя*, в личных взглядах, представлениях о праве, обусловленных различными интересами, порожденными, как правило, принадлежностью его к различным социальным слоям, классам и т. п.

Объективные и субъективные факторы — причины всегда в историческом плане стояли и стоят на пути разрешения проблем право-

понимания¹, вызывая, вполне естественно, многочисленные споры и суждения. Об этом со всей очевидностью свидетельствует государственно-правовой опыт многих стран, а также многочисленные исследования, проводившиеся по данной тематике в юридической науке² в течение ряда последних столетий.

Так, основоположник немецкой классической философии И. Кант в своей работе «Метафизика нравов» (1797) не без основания констатировал, что вопрос о том, что такое право, «может смутить правоведа — если только он не хочет впасть в тавтологию или вместо общего решения сослаться на то, что утверждали когда-либо законы какой-нибудь страны». И далее: «Что следует по праву (*quid sit juris*), т. е. что говорят или говорили законы в том или ином месте, в то или другое время, он (правовед) еще может указать; но право (*recht*) ли то, чего они требуют, и каков всеобщий критерий, на основании которого можно вообще различать правое и неправое (*justum 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...»³.

Столетие спустя, в конце XIX — начале XX в., другой немецкий ученый, известный юрист Р. Иеринг, касаясь проблем правопонимания, также акцентировал внимание на их нерешенности и недостаточной ясности в отношении того, что обычно именуется правом. Как известно, писал он в своей работе «Борьба за право» (1908), термин «право» является довольно неопределенным и обычно употребляется «в двух значениях: в объективном и в субъективном». В первом право означает «совокупность всех защищаемых государством правовых положений, законный порядок жизни», во втором под правом понимают «конкретное проявление абстрактных правил в конкретном правомочии личности»⁴.

Аналогичные суждения о неопределенности понятия права и отражаемого им явления, а также о нерешенности проблем правопонимания высказывались различными отечественными и зарубежными авторами и в более поздний период. В частности, в первой половине XX в. об этом многократно говорил один из крупнейших теоретиков

¹ См.: *Danes И., Holdcroft J.* Jurisprudence: Text and Commentary. L., 1991; *Harris J.* Legal Philosophies. N.Y., 1997; *Morrison W.* Jurisprudence, from the Greeks to Legal Theory. N.Y., 1998; *Wacks R.* Understanding Jurisprudence. An Introduction to Legal Theory. Oxford, 2012; etc.

² Подробнее об этом см.: *Сырых В.М.* Материалистическая теория права. Избранное. М., 2011. С. 416–457.

³ *Кант И.* Метафизика нравов // История политических и правовых учений: хрестоматия / под ред. О.Э. Лейста. М., 2000. С. 251.

⁴ *Иеринг Р.* Борьба за право. СПб., 1908. С. 5–6.

права, австрийский юрист Г. Кельзен. В известной работе «Чистая теория права» (1934) он акцентировал внимание на том, что «теория права должна, прежде всего, определить понятие о своем предмете». Чтобы дать определение права, подчеркивал ученый, «следует начать со словоупотребления, т. е. установить, что означает слово “право” в немецком языке и его эквиваленты в других языках (law, droit, diritto и т. д.). Следует выяснить, имеют ли социальные явления, обозначаемые этим словом, сходные признаки, отличающие их от других сходных явлений, и достаточно ли значимы эти признаки для того, чтобы служить элементами понятия социальной науки». В результате такого исследования, заключал автор, «могло бы выясниться, что словом “право” и его иноязычными эквивалентами обозначаются столь различные предметы, что никакое общее понятие не может охватить их все»¹.

Заметим, что вопросы, касающиеся неопределенности понятия права и нерешенности проблем правопонимания, вызывали бесконечные споры на протяжении всей второй половины XX в. и что они *остаются спорными и вместе с тем весьма актуальными как в российской, так и в зарубежной юриспруденции и поныне*. Об этом свидетельствуют, в частности, многочисленные монографии, брошюры и статьи, опубликованные в данный период², а также проводившиеся по проблемам правопонимания дискуссии.

Одной из таких дискуссий, состоявшихся в рассматриваемый период, была дискуссия о понимании советского права. Она проводилась в конце 70-х гг. под эгидой журнала «Советское государство и право» и получила весьма широкий резонанс не только среди советских, но и среди зарубежных исследователей права. Участниками дискуссии предлагались для обсуждения, в частности, вопросы о различных подходах к пониманию права, о возможности и «принципиальной допустимости» существования одного или нескольких определений права, о соотношении права с другими элементами правовой надстройки и др.³

Анализируя характер поставленных вопросов и содержание выступлений участников данной дискуссии, нетрудно заметить, что исходным положением практически во всех выступлениях была констатация факта нерешенности проблем правопонимания и определения понятия права в отечественной и зарубежной юридической литературе, а основной целью была попытка сделать если

¹ Кельзен Г. Чистое учение о праве // История политических и правовых учений: хрестоматия / под ред. О.Э. Лейста. С. 480–481.

² См.: Lomen H. Evolution der Rechts. Wien, 1983; Freeman M. Lloyd's Introduction to Jurisprudence. N.Y., 1994; McLeod I. Legal Theory. L., 1999.

³ См.: Советское государство и право. 1979. № 7. С. 56–74; № 8. С. 48–78.

не прорыв, то хотя бы еще один шаг в решении проблем правопонимания.

Однако, несмотря на прилагаемые в данный и последующий периоды усилия юристов, традиционные проблемы, связанные с выработкой приемлемого для всех определения понятия права и проблемы правопонимания, так и *остаются, по сей день, весьма острыми и нерешенными.*

2. Говоря о проблемах правопонимания, необходимо отметить, что успешное решение их весьма важно не только само по себе как правовая самоценность и самодостаточность, но и в связи с познанием других, неразрывно связанных с понятием права явлений и отражающих их категорий и понятий.

Речь идет, в частности, о таких «производных» от того или иного представления о праве явлениях и понятиях, как сущность и содержание права, его роль (функции) и назначение, механизм правового регулирования, система права и правовая система и др. Особую значимость при этом имеет разработка проблем, касающихся форм или источников права, которая целиком и полностью зависит от решения проблем, непосредственно связанных с представлением о праве как таковом и определением понятия права.

Сравнивая между собой, например, такие весьма контрастные правовые системы, как, с одной стороны, светские, а с другой — религиозные, нетрудно заметить, что *каждая их разновидность связана с вполне определенным представлением не только о самом праве, но и об источниках права.*

Светские правовые системы независимо от их особенностей и принадлежности к тем или иным правовым семьям ориентируют, в частности, на такие же по своей природе и характеру «светские» формы, или источники, права, как закон, декрет, постановление, указ и проч. Это свидетельствует о том, что светское по своей природе и характеру право имеет и должно иметь только аналогичные по своей природе и характеру формы, или источники права, и наоборот.

В свою очередь, *религиозные правовые системы* самой своей природой, характером и логикой своего существования и функционирования ориентируют исследователя, соответственно, на поиски и познание не светских, а религиозных форм, или источников, права, такие как Библия, Коран, Талмуд и др. Тем самым утверждается вполне очевидная истина, суть которой заключается в том, что мусульманское, иудейское или любое иное религиозное право имеет и должно иметь только соответствующие их природе и характеру религиозные формы, или источники, права. В основу последних приверженцами религиозных правовых систем закла-

дывается не земная воля в виде воли царей, императоров, народов, а божественная воля¹.

Следует отметить, что данное положение применительно к религиозным правовым системам имеет отнюдь не локальный или случайный, а глобальный и закономерный характер. Оно распространяется на все без исключения религиозные правовые системы независимо от их специфических особенностей, а также от времени их возникновения, широты охвата тех или иных слоев общества и длительности существования.

Идея божьей воли, пронизывающая собой сущность, содержание и формы выражения религиозного права, лежала и лежит не только в основе всех широко известных, дошедших до нас религиозных правовых систем, но и в основе всех аналогичных по своей природе и характеру малоизвестных правовых систем.

Так, например, идея божьей воли лежала, как отмечают специалисты в области римского права, в основе возникновения и развития на территории Древнего Рима в VIII–VI вв. до н. э. *архаического сакрального права*. Это право представляло собой систему норм, или поведения, призванных «упорядочить отношения между людьми и богами и связанных с обязательствами строгого соблюдения ритуалов, жертвоприношений и культов»². Согласно сакральному праву «именно у бога следовало брать землю и любое другое имущество в пользование, именно у него надо было просить хорошего урожая, обильного приплода или значительных доходов»³. Нарушение сакрального права рассматривалось римлянами как нарушение божественной воли, как неправомерное деяние, требующее от нарушителей соответствующего искупления⁴.

Идея божьей воли пронизывала собой и все другие религиозные правовые системы, включая их сущность, содержание и самые различные формы их организации и самовыражения. Помимо всего прочего, она недвусмысленно указывала на то, что природа и характер религиозного права всегда предопределяли и предопределяют природу и характер всех свойственных ему форм, или источников, права.

3. Рассматривая проблемы правопонимания в связи с исследованием форм, или источников права, следует выделить применительно к изучению светских правовых систем и их источников не-

¹ См.: *Марченко М.Н.* Правовые системы современного мира. 2-е изд. М., 2008.

² *Кофанов Л.Л.* Возникновение и развитие римского права в VIII–VI вв. до н. э.: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2001. С. 18–19.

³ Жреческие коллегии в Древнем Риме. К вопросу о становлении римского сакрального и публичного права / отв. ред. Л.Л. Кофанов. М., 2001. С. 14.

⁴ См.: *Кофанов Л.Л.* Возникновение и развитие римского права в VIII–VI вв. до н. э. С. 19.

сколько имевших место в отечественной и зарубежной юридической литературе направлений и подходов, часть из которых используется и поныне.

В дореволюционной России (до Октябрьской революции 1917 г.) довольно распространенными направлениями и подходами к решению проблем правопонимания, наряду с психологической теорией¹, были такие, которые ассоциировались с попытками их разрешения исключительно *с позиции позитивного права или же с позиции позитивного и естественного права*.

В первом случае акцент ставился только на взаимосвязи и взаимодействии государства и права, вне каких бы то ни было взаимоотношений последнего с обществом или иными явлениями, институтами и учреждениями. Возникавшие при этом время от времени споры касались лишь таких вопросов, как: «Есть ли право произведение государства или, наоборот, его основание?», «Подчинено ли государство праву или, напротив, “стоит над ним в качестве его высшего источника?”» и т. п.²

Ответы на данные и им подобные вопросы содержались в соответствующих теориях, развивавшихся в данный период отечественными и зарубежными правоведом. Среди них были такие, как теория «первенства права», приписывающая, по словам Ф. Кистяковского, «первенствующее значение праву» и выводящая из него государство, теория «первенства государства», ставящая на первое место государство и рассматривающая право как «производное от него явление», и теория «параллелизма права и государства», ставящая право и государство «рядом друг с другом как две самостоятельные, хотя и связанные между собой силы»³.

Во втором случае, когда проблемы правопонимания пытались одновременно решать с позиций позитивного и естественного, точнее, *обновленного естественного права*, основной акцент делался не только на взаимоотношениях права и государства, но и на характере взаимосвязей права и общества.

В зависимости от того, писал в связи с этим Е.Н. Трубецкой, «чем обуславливается обязательность правовых норм», все они подразделяются на две различные группы, «причисленные к двум основным формам права». Все те правовые нормы, пояснял автор, «коих обязательность обуславливается санкцией того или другого внешнего авторитета (например, государства, Церкви), суть *нормы права позитивного, или положительного*». Напротив, «все те право-

¹ См.: *Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 1909.

² *Кистяковский Ф.* Лекции по общему государственному праву. М., 1912. С. 137.

³ Там же. С. 138.

вые нормы, коих обязательность не обусловливается каким-либо внешним авторитетом, а требованиями разума, суть *нормы права естественного*¹.

Наряду с названными направлениями и подходами к разрешению проблем правопонимания в рассматриваемый период в отечественной и зарубежной литературе нередко использовались также идеи, лежащие в основе **исторической школы права**.

Комментируя этот факт, И. В. Михайловский писал еще в самом начале века, что право, как оно понимается основателями и последователями исторической школы права, будучи одним из проявлений народного духа, всегда подчинялось и подчиняется «общему закону органического развития». Вследствие этого оно получает высший авторитет. Как «органический продукт народного духа, создающийся помимо сознательной деятельности человека, оно не может подлежать никакой нравственной критике»². Оно одинаково обязательно как для подданных, так и для власти: ведь «законодательство не участвует в его образовании, оно лишь выжидает течения народной жизни и санкционирует нормы, возникшие уже из этой жизни, записывает, формулирует их». Законодатель, с точки зрения сторонников исторической школы права, есть ни кто иной, как «выразитель народного духа, а обычаи и законы — это формы для распознавания права, таящегося в глубине народного духа»³.

4. **В советский период**, охватывающий более чем 70-летний отрезок времени, начиная с 1917 г. и кончая 1990-ми гг., проблемы правопонимания решались, *как правило, с «нормативистско-позитивистских» позиций*. В основе данного подхода и направления лежало известное определение понятия права, принятое по докладу А. Я. Вышинского Первым совещанием научных работников права в 1938 г. Понятие права при этом рассматривалось как «совокупность правил поведения, выражающих волю господствующего класса, установленных в законодательном порядке, а также обычаев и правил общежития, санкционированных государственной властью, применение которых обеспечивается принудительной силой государства в целях охраны, закрепления и развития общественных отношений и порядков, выгодных и угодных господствующему классу»⁴.

На базе данного представления о праве отечественными и зарубежными исследователями из социалистических стран были выработаны два весьма отличающиеся друг от друга по своему логи-

¹ Трубецкой Е. Н. Энциклопедия права. По запискам студентов. Перепеч. с изд.: Киев, 1906; СПб., 1998. С. 73–74.

² Михайловский И. В. Очерки философии права. Томск, 1914. Т. 1. С. 228.

³ Там же.

⁴ Основные задачи науки советского социалистического права. М., 1938. С. 8.

ческому объему и содержанию, но весьма близко примыкающие друг к другу по своей сути понятия права: «узконормативное» и «широкое» понимание права¹.

Узконормативный подход к определению понятия права сводился к выработке представления о праве как о системе норм, установленных или санкционированных государством, выражающих волю государства и обеспеченных государством.

Весьма типичными для сторонников данного подхода и представления о праве были его определения, согласно которым право — это «система норм, выполнение которых обеспечивается принудительной силой государства»²; право — это «совокупность правил поведения (норм), установленных или санкционированных государством, выражающих волю господствующего класса, применение которых обеспечивается принудительной силой государства в целях охраны, закрепления и развития общественных отношений и порядков, угодных и выгодных господствующему классу»³. Или же: «Право есть государственная воля господствующего класса, выраженная в совокупности норм, которые охраняются государством как классовый регулятор общественных отношений»⁴.

Следует отметить, что подобное «узконормативное» понятие права с модификацией некоторых его положений, касающихся, в частности, «воли господствующего класса», замененной в духе времени «общечеловеческим» характером права, довольно широко используется в отечественной юридической литературе и поныне.

В качестве примера можно сослаться на «общее определение понятия права», выработанное М.И. Байтиным в его весьма содержательной работе «Сущность права». Право здесь определяется как «система общеобязательных, формально-определенных норм, которые выражают государственную волю общества, ее общечеловеческий и классовый характер, издаются или санкционируются государством и охраняются от нарушений возможностью государственного принуждения, являются властно-официальным регулятором общественных отношений»⁵.

¹ Подробнее об этом см.: Керимов Д.А. *Философские основания политико-правовых исследований*. М., 1986; *Он же*. *Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права*. М., 2000; *Байтин М.И.* *Сущность права*. Современное нормативное правопонимание на грани двух веков. Саратов, 2001; и др.

² Труды первой научной сессии ВИЮН. М., 1940. С. 9.

³ *Карева М.П., Кечекьян С.Ф., Федосеев А.С., Федькин Г.И.* *Теория государства и права*. М., 1955. С. 70.

⁴ *Иоффе О.С., Шаргородский М.Д.* *Вопросы теории права*. М., 1961. С. 59.

⁵ *Байтин М.И.* *Сущность права*. С. 81–82.

В 60-е, и особенно в 70-е и 80-е гг., «узконормативный» подход к правопониманию, именуемый *post factum* некоторыми авторами как «официальный»¹, постепенно вытесняется так называемым *широким подходом*. Суть его сводилась к тому, что в общее понятие права наряду с нормами права предлагалось включать также (в разных вариациях — в зависимости от позиции того или иного автора) правосознание, правоотношения, правовые принципы и т. п.²

Обращение к «широкому» пониманию права свидетельствовало, с одной стороны, о полном или частичном (исходя из авторского восприятия) несоответствии узконормативного правопонимания реальной действительности и, соответственно, о неудовлетворенности существующим представлением о праве, а с другой — как об этом свидетельствует история развития правоведения, о продолжении (по сути, никогда и не прекращавшихся) попыток поиска все новых, наиболее адекватно отражающих реальную правовую действительность представлений о праве и выработке его соответствующих определений.

Анализ многочисленных, в той или иной степени отличавшихся друг от друга точек зрения и подходов, возникших за относительно короткий период времени в рамках «широкого» правопонимания, со всей очевидностью свидетельствовал о том, что предлагавшиеся «широкие» представления о праве и его соответствующие определения отнюдь не носили некоего радикального характера и, по существу, не выходили за пределы официального узконормативного представления о праве³.

Несомненно, прав был В.С. Нерсисянц, когда писал, что в целом полемика представителей «широкого» понимания права против сторонников «узконормативного» подхода носит «непринципиальный характер, поскольку в фактически неправовой ситуации оба направления в одинаковой мере базируются на априорной предпосылке о наличии советского социалистического права, которое по существу отождествляется с советским законодательством». Под нормой права в обоих случаях понимается норма законодательства, производными от которой являются компоненты более «широкого» понимания права (правоотношение и правосознание)⁴.

¹ См.: *Нерсисянц В.С.* Наш путь к праву. От социализма к цивилизму. М., 1992. С. 288.

² Подробнее об этом см.: О понимании советского права // Советское государство и право. 1979. № 7. С. 56–71; № 8. С. 48–77.

³ См.: *Керимов Д.А., Недбайло П.Е., Самощенко И.С., Явич Л.С.* К вопросу об определении понятия социалистического права // Правоведение. 1966. № 2.

⁴ См.: *Нерсисянц В.С.* Наш путь к праву. От социализма к цивилизму. С. 286.