

ЛИТЕРАТУРНОЕ ОБОЗРѢНІЕ.

П. Г. Виноградовъ, Очерки по теоріи права, Москва, 1915 г., 153 стр.

Новая книга П. Г. Виноградова представляет собою переводъ или, какъ выражается самъ авторъ, „передѣлку въ русскій текстъ“ англійскаго изданія его лекцій, читанныхъ въ Оксфордскомъ университетѣ въ качествѣ введенія къ курсу сравнительнаго правовѣдѣнія.

„Очерки“ обнимаютъ слѣдующіе основные вопросы общей теоріи права: 1) установленіе понятія права, 2) ученіе о правѣ въ субъективномъ смыслѣ, 3) ученіе объ источникахъ права и 4) краткую оцѣнку доктрины естественнаго права.

Установленію понятія права посвящены первыя двѣ главы, изъ которыхъ одна говоритъ о социальныхъ нормахъ, другая—объ юридическихъ нормахъ. Проблема права, какъ явленія моральнаго, рѣшается авторомъ не съ точки зрѣнія каузальнаго изученія, устанавливающаго причины и слѣдствія, но въ отношеніи къ сознательной дѣятельности человѣка, съ точки зрѣнія цѣлей и средствъ, примѣнительно къ двумъ регулятивнымъ идеямъ—идеѣ воли и идеѣ разумной цѣли (10). Соціальныя нормы характеризуются какъ правила поведения, которыя обеспечиваютъ социальный порядокъ и социальное общеніе (10). Опѣ „образуютъ родъ лѣстницы, въ которой каждая ступень предполагаетъ болѣе строгія обязательства, чѣмъ предшествующая ей. Обычай болѣе принудителенъ, чѣмъ мода; условный кодексъ болѣе поводителенъ, нежели обычаи; и правила морали болѣе абсолютны, чѣмъ правила, вытекающія изъ общественныхъ условностей. Наконецъ, юридическія обязанности могутъ быть названы болѣе обязательными, чѣмъ моральныя предписанія“ (13).

Максимальная строгость и въ этомъ смыслѣ абсолютность юридическихъ нормъ выражается въ возможности принудительнаго осуществленія ихъ предписаній. Это свойство юридическихъ нормъ заставляеть автора выдвинуть на первое мѣсто то опредѣленіе права, согласно которому право есть принудительная норма поведения, въ противоположность этическимъ нормамъ поведения, основаннымъ на добровольномъ подчиненіи (17). Установивъ первоначальный источникъ такого опредѣленія въ ученіи Гоббса (18), авторъ останавливается на болѣе популярной формулѣ этого типа, принадлежащей Остину и гласящей, что „право—это совокупность правилъ, признаваемыхъ и принимаемыхъ къ исполненію судами“ (19). Слѣдуя Г. Ману (20—21), авторъ высказывается противъ безусловнаго признанія теоріи государственнаго, respective судебного принужденія въ правѣ, столь распространенной въ англійской юриспруденціи, популярной также и среди континентальныхъ юристовъ. Въ основѣ этой теоріи лежитъ воззрѣніе на государственную власть какъ на главный, можно даже сказать, единственный правопроизводящій факторъ. Это воззрѣніе никакъ нельзя признать правильнымъ: оно противорѣчитъ свидѣтельству исторіи, которая указываетъ намъ въ прошломъ многообразные виды правообразованія въ различныхъ общественныхъ союзахъ помимо государственной власти. Теорія государственнаго установленія юридическихъ нормъ отражаетъ лишь строй болѣе позднихъ образованій въ исторіи права, относящихся къ эпохѣ преобладанія и монополіи государственной власти въ дѣлѣ правотворенія. Она не соответствуетъ однако ни болѣе отдаленному прошлому, ни настоящему, по всей вѣроятности, будущему, ибо, говоритъ авторъ, „несколько не исключается возможность, что послѣ періода постепенной централизаціи права государствомъ начнется движеніе въ противоположномъ смыслѣ—въ направленіи мѣстной и профессиональной автономіи“ (23). Отвергнувъ исключительность государственнаго авторитета въ правѣ, авторъ далѣе отказывается вообще видѣть въ юридической нормѣ „приказаніе“ (23), т. е. высказывается противъ тѣхъ теченій, которыя на континентѣ получили названіе императивной теоріи права. Послѣдней авторъ противопоставляетъ теорію признанія (24) и только въ ней находитъ достаточное объясненіе дѣйствія тѣхъ юридическихъ нормъ, которыя не знаютъ принужденія, каковы нормы конституціоннаго и международнаго права (23—25).

Придя такимъ путемъ къ убѣжденію, что „опредѣленіе права

не можетъ быть основано исключительно на понятіи государственнаго принужденія“ (26), авторъ переходитъ отъ средствъ осуществленія юридической нормы къ ея цѣли, какъ наиболѣе существенному моменту въ установленіи понятія права (26). Комбинируя Кантовскую теорію свободы съ Геринговой теоріей интереса, авторъ приходитъ къ выводу, что „цѣлью права является регулированіе распредѣленія и осуществленія человѣческой мощи надъ лицами и вещами въ процессѣ социальнаго общенія“ (29). Подъ мощью авторъ разумѣетъ господство воли одного человѣка надъ другимъ ради достиженія извѣстныхъ интересовъ. Установивъ цѣль юридической регламентации, авторъ возвращается къ разсмотрѣнному ранѣе моменту принудительности въ правѣ и, сочетая оба элемента, находитъ возможнымъ опредѣлить юридическую норму какъ „рядъ правилъ относительно распредѣленія и осуществленія мощи надъ лицами и вещами,—правилъ, которыя установлены и исполненіе которыхъ выпущается обществомъ“ (36). Это опредѣленіе поясняется еще слѣдующими дополнительными положеніями: 1) право зиждется не только на государственномъ, но вообще на общественномъ установленіи (30—31), 2) принужденіе допустимо и возможно въ правѣ потому, что въ конечномъ итогѣ право опирается на признаніе его обществомъ и на психологическую привычку повиновенія (31—32), 3) право регулируетъ поведеніе, т. е. дѣйствія и внѣшнія отношенія людей, а не ихъ мысли и желанія (34), 4) поведеніе людей учитывается правомъ какъ продуктъ воли, руководимой нормальнымъ разсудкомъ (35).

Отъ нравственности право отличается авторомъ по цѣли. „Цѣль права“, говорятъ авторъ,—„подчиненіе индивида волѣ организованнаго общества, между тѣмъ какъ нравственность стремится подчинить индивидуума велѣніямъ его собственной совѣсти“ (36). Такъ какъ право въ конечномъ итогѣ покоится на признаніи общества, то вслѣдствіе этого неизбѣжно поддерживается согласованность права съ нравственностью и предотвращается рѣзкое ихъ расхожденіе.

Прослѣдивъ путь, которымъ авторъ приходитъ къ установленію понятія права, мы должны отмѣтить въ качествѣ положительной и цѣнной стороны авторскаго разсужденія отказъ автора дать опредѣленіе права по одному какому либо признаку и стремленіе его сочетать въ этомъ опредѣленіи различныя моменты, входящіе въ составъ социальной нормы. Авторъ прицѣпляетъ въ соображеніе и цѣль въ правѣ, и средства осуществленія юридическихъ нормъ, и внѣш-

нее установленіе права, и отношеніе права къ разумной волѣ. Не всѣ моменты въ построеніи социальной нормы учтены авторомъ полностью и въ достаточной мѣрѣ; синтетическій путь установленія понятія права намѣченъ имъ, но не пройденъ до логическаго конца и не раскрытъ съ прозрачною ясностью. Тѣмъ не менѣе общее направленіе взято, по нашему крайнему разумѣнію, правильно и выгодно выдѣляетъ ученіе автора изъ числа обычныхъ однобокихъ опредѣленій права.

Ученію о правѣ въ субъективномъ смыслѣ посвящены главы III и IV, изъ которыхъ первая говоритъ объ „юридическихъ правахъ и обязанностяхъ“, вторая—объ „юридическихъ фактахъ и актахъ“. При изложеніи относящихся сюда вопросовъ авторъ проходитъ мимо существующихъ въ наукѣ теоретическихъ положеній и рѣшаетъ все на основаніи англійской судебной практики. Такая постановка вполне соответствуетъ тому возрѣнію автора на теоретическое правовѣдѣніе, согласно которому послѣднее „изучаетъ процессы мысли, происходящіе въ сознаніи законодателей, судей, повѣренныхъ и тяжущихся“ (8), при чемъ сознанію судей отводится первенствующее мѣсто. Замѣтимъ, однако, что на ряду съ этимъ авторъ полагаетъ задачу теоріи права въ „раскрытіи рациональной взаимной зависимости и внутренняго значенія“ юридическихъ нормъ (8). Эта вторая точка зрѣнія, принадлежащая, такъ сказать, къ высшему теоретическому порядку, не находитъ себѣ достаточнаго приложенія въ ученіи о субъективномъ правѣ, въ которомъ авторъ распространяется о судебныхъ доказательствахъ (55—56) и не считаетъ нужнымъ выяснять природу объекта права (52—53).

Руководящее для теоретическихъ построеній автора значеніе судебной практики сказывается съ особенною силою въ ученіи объ источникахъ права, составляющемъ наиболѣе обширную по объему и наиболѣе важную по содержанію часть „Очерковъ“. Основное дѣленіе источниковъ права проводится авторомъ примѣнительно къ правотворящей функціи суда. „Прежде всего“, говорятъ авторъ, „ясно, что правовая норма либо можетъ быть *создана* заранѣе съ цѣлью регулированія будущихъ событій, либо можетъ быть *формулирована* судами при осуществленіи ихъ юрисдикціи. Отсюда вытекаетъ основное различіе между *законодательствомъ* и *правомъ, выработаннымъ судьями*“ (73—74). Ко второму изъ основныхъ видовъ права авторъ относитъ обычное право, судебныя рѣшенія и справедливость (74).

Хотя законодательство и противопоставляется авторомъ праву, выработанному судьями, тѣмъ не менѣе и оно разсматривается имъ съ точки зрѣнія судебной практики. Авторъ сосредоточиваетъ свое вниманіе не на формахъ образованія воли законодателя и обязательности ея изъявленій, а на проведеніи законодательныхъ нормъ въ жизнь путемъ судейскаго толкованія, къ раскрытію техники котораго сводится все ученіе автора о законодательствѣ (глава V).

Въ главѣ (VI-ой) объ обычаяхъ главное мѣсто отведено изложенію системы „судебныхъ испытаній“, которымъ долженъ подвергнуться въ Англій обычай, прежде чѣмъ онъ можетъ стать частью права страны (96). Однако, въ той же главѣ авторъ освобождается отъ узъ судебной догматики и становится на болѣе широкую соціолого-историческую точку зрѣнія. Последняя проявляется въ критикѣ націоналистической теоріи обычнаго права, а также въ замѣчаніяхъ автора объ особенностяхъ образованія юридическихъ обычаевъ въ болѣе ранніе періоды истории права. Возражая противъ ученія Савиньи и Пухты, дошедшаго по традиціи до нашихъ дней, авторъ справедливо замѣчаетъ: „Нѣмцы разсматриваютъ вопросы права совершенно иначе, чѣмъ французы или англичане. Но, вѣдь, они пишутъ стихи и рисуютъ картины тоже совершенно различнымъ образомъ, и, однако, никто не сталъ бы опредѣлять поэзію или живопись какъ выраженіе національныхъ идей въ области литературы или искусства. Вопросъ въ томъ, что такое право, литература, искусство, а не въ томъ, какимъ образомъ вліяетъ на нихъ національный характеръ“ (93). На основаніи данныхъ первобытнаго права автору „приходится отмѣтить, что юридическіе обычаи возникаютъ часто независимо отъ какихъ бы то ни было тяжбъ, въ результатѣ развитія опредѣленныхъ взглядовъ на права и обязанности“ (101). Сославшись на первоначальное образованіе родительской власти, брачныхъ формъ, супружеской власти, наслѣдованія безъ завѣщанія, авторъ говоритъ: „Относящіяся къ этимъ вопросамъ нормы не являлись, конечно, ни приказаніями власти, ни правилами, выработанными впервые при судебныхъ разбирательствахъ, а были просто практическими мѣрами, принятыми заинтересованными лицами, одобренными мнѣніемъ сосѣдей и постепенно превратившимися въ обычные нормы, на которыя можно было ссылаться въ случаѣ тяжбы“ (102).

Особеннаго вниманія заслуживаетъ глава (VII) о судебныхъ прецедентахъ. Въ ней авторъ даетъ сжатое, но законченное и въ

высшей степени содержательное ученіе объ англійской казуальной юриспруденціи. На послѣднюю у насъ нерѣдко ссылаются, но, къ сожалѣнію, мало ее знаютъ. „Очерки“ П. Г. Виноградова побуждаютъ къ восполненію послѣдняго недочета и даютъ въ этомъ направленіи руководящія указанія. Не менѣе важно и ученіе о справедливости (глава VIII), какъ признанномъ въ англійской практической юриспруденціи источникѣ права. Авторъ послѣдовательно показываетъ, какъ начала справедливости (equity) примѣняются судами въ помощь дѣйствующему праву (138), для восполненія его пробѣловъ (140) и въ видахъ исправленія его недостатковъ, порождаемыхъ формализмомъ и отсталостью отъ общественнаго правосознанія (141). Въ ученіи о справедливости, „какъ методѣ осуществленія судебного усмотрѣнія“ (144), данъ выходъ тому движенію въ пользу свободнаго судейскаго правотворенія, которое овладѣло за послѣдніе годы германской юриспруденціей и нашло законодательное признаніе въ швейцарскомъ гражданскомъ уложеніи. Какъ историкъ и соціологъ, авторъ неизмѣнно имѣетъ въ виду связь правотворящей дѣятельности суда съ общественнымъ правосознаніемъ и подчеркиваетъ эту связь какъ въ ученіи о судебныхъ прецедентахъ (122), такъ и въ ученіи о справедливости (134—135).

Послѣдняя (IX) глава „Очерковъ“ посвящена естественному праву. Изложенное здѣсь на девяти страницахъ разсужденіе автора объ естественномъ правѣ исходитъ изъ двухъ точекъ зрѣнія: догматической и исторической. Первая опредѣляется всецѣло практикой англійскихъ судовъ, въ которыхъ „ссылки на естественное право никогда не пользовались популярностью; но косвенное вліяніе основанныхъ на немъ ученій и здѣсь давало себя чувствовать“ (148). Вторая точка зрѣнія чужда догматико-юридическаго позитивизма и приводитъ автора къ признанію естественноправоваго доктрины несомнѣнной общественной силой критическаго и реформаторскаго характера (151—152).

Окидывая общимъ взглядомъ „Очерки“ П. Г. Виноградова, мы замѣчаемъ въ нихъ двѣ особенности—одну субъективнаго, другую объективнаго характера. Подъ субъективной особенностью мы понимаемъ то, что авторъ внесъ въ теорію права профессиональныя изслѣдовательскія черты присяжнаго историка. Выразились онѣ въ широкой соціологической концепціи права, до которой не всегда доходятъ присяжные юристы. Объективная особенность заключается въ томъ, что авторъ ориентировать теорію права главнымъ

образомъ въ положительномъ матеріалѣ англійской юриспруденціи. Последняя, въ отличіе отъ континентальнаго правовѣдѣнія, по-
κειται на призваніи въ процессѣ созиданія и осуществленія права
государственнаго преобладанія судебной практики. Въ этомъ именно
стилѣ англійской юриспруденціи задуманы и выдержаны „Очерки
по теоріи права“ П. Г. Виноградова. Такая ихъ особенность обеспе-
чиваетъ за ними въ литературѣ особое, вполне самостоятельное
мѣсто и дѣлаетъ ихъ весьма цѣнными для русскихъ юристовъ,
въ общемъ мало знакомыхъ съ англійскимъ правовѣдѣніемъ.

Ө. Тарановскій.