

ПРАВО В ИСТОРИЧЕСКОМ ПРЕЛОМЛЕНИИ

Юридическое наследие

Богдан Александрович Кистяковский (1868—1920), юрист, социолог права. Принадлежит к школе классической русской либеральной философии естественного права. Оказал значительное влияние на ее интеллектуальную историю. Сторонник преобразования либерализма в «правовой социализм». Подобно русским ученым — последователям школы субъективной социологии Н. И. Кареева, сделал акцент на изучении конкретных идей.

Защитил диссертацию по философии «Общество и индивидуальность» (1898), опубликованную в Берлине на немецком языке, высоко оцененную немецкими учеными. Публиковался в журнале «Освобождение», сборниках «Проблемы идеализма» (1902, статья о русской социологической школе) и «Вехи» (1909, статья «В защиту права» о правовом сознании российской интеллигенции).

С 1904 г. в Киеве сотрудничал в журнале «Вопросы жизни». Редактировал сочинения М. П. Драгоманова (т. 1, М., 1908). Являлся редактором «Критического обозрения» (1907—1910), «Юридического вестника» (1913—1917), «Юридических записок» (1912—1914). С 1906 г. — преподаватель государственного и административного права в Московском коммерческом институте, на Высших женских курсах. В 1909 г. в качестве магистра государственного права принят приват-доцентом в Московский университет. Поддержал протест профессуры против нарушения университетской автономии.



Б. А. Кистяковский **ПРАВО КАК СОЦИАЛЬНОЕ ЯВЛЕНИЕ¹**

В изучении права в последнее время обнаруживается чрезвычайно отрадное явление — оно стало более углубленным и вместе с тем оно шире захватывает различные проявления права. Лучшим показателем современного движения в изучении права может служить психологическая теория права. Конечно, крайние выводы сторонников этой теории, стремящихся доказать, что право есть только известное психическое переживание и что единственная и истинная сущность права коренится в человеческой психике, не верны. Но изучение права как психического явления заставило посмотреть на право с новой стороны и обратить внимание на многое такое, что раньше оставалось вне круга научно-юридического интереса.

¹ Публикуется по изданию: Кистяковский Б. А. Право как социальное явление // Вопросы права. 1911. Кн. VIII (4). С. 1—17.

Более полное и всестороннее изучение права заставляет пересмотреть вопрос и о социально-научном изучении его. На необходимость социально-научного изучения права было обращено внимание еще в семидесятых годах прошлого столетия. Русский научный мир может гордиться тем, что именно в русской научно-юридической литературе раньше других было выдвинуто требование изучать право как социальное явление. Во второй половине семидесятых годов С. А. Муромцев чрезвычайно последовательно разработал стройную социально-научную теорию права. К сожалению, наше научное развитие до сих пор идет какими-то прерывистыми скачками и ему менее всего свойственны преемственность и традиции. В данном случае присоединилось еще и то обстоятельство, что в силу внешних препятствий, насильно вторгшихся в преподавательскую и научную деятельность С. А. Муромцева, он мог иметь только отдельных последователей и почитателей, но был лишен возможности создать школу в точном смысле этого слова. Таким образом, и то идейное богатство, которое заключается в трудах С. А. Муромцева, до сих пор остается у нас не совсем использованным. На западноевропейскую научно-периодическую литературу труды С. А. Муромцева оказали очень мало влияния, так как из них были переведены на немецкий язык только два сочинения².

Но сам вопрос о необходимости социально-научного изучения права все определеннее выдвигается в последнее время и в немецкой, и во французской литературе. Появился целый ряд исследований, в которых особенно настаивается на значении социологического метода в правоведении. В этих исследованиях отчасти повторяется то, что уже раньше было установлено у нас С. А. Муромцевым, но во многом в них сделан значительный шаг вперед. Это вполне понятно, так как в них может быть принят во внимание практический и научный юридический опыт за последние более чем тридцать лет.

Моя задача, однако, в данный момент заключается не в том, чтобы определять значение самого этого научного направления. Еще менее целесообразными представляются мне рассмотрение каждого отдельного исследования, принадлежащего к этому направлению, и попытки выяснения, что верного или неверного заключается в каждом из них. Напротив, громадный интерес возбуждает исследование вопроса о социально-научном изучении права по существу. В самом деле, в каком отношении находится такое изучение права к общепринятому догматическому изучению его и что оно может дать юристу, как теоретику, так и практику?

Прежде всего надо отметить, что на необходимость социально-научного изучения права было обращено внимание в связи с вопросом о социологии, т.е. об особой науке, изучающей законы развития обществ. Согласно с общим характером и общими задачами социологии было выдвинуто требование социологического изучения права, направленного на открытие общих причин происхождения и развития права³. Такое социологическое изучение права противопоставлялось

² Ср. оценку научной деятельности С. А. Муромцева в работах: *Шершеневич Г. Ф.* Наука гражданского права в России. Казань, 1893. С. 196—214 и 220; *Он же.* С. А. Муромцев как ученый // Сергей Андреевич Муромцев. М., 1911. С. 80—91; *Яблочков Т. М.* С. А. Муромцев как ученый. Ярославль, 1910.

³ Именно так определяет задачи правоведения С. А. Муромцев. По его словам, «правоведению надлежит изучать законы развития той области социальных явлений, которая

догматическому его изучению; целью последнего признавалась чисто подготовительная работа, именно описание в правильной системе фактов гражданского права⁴. Не подлежит сомнению, что этим теоретическим требованием была сформулирована одна чрезвычайно важная задача научного изучения права. Задача эта сохраняет свое научное значение и до сих пор, тем более что для осуществления ее сделано сравнительно немного. В такой постановке социологическое изучение права есть отрасль юридических наук, аналогичная истории права, только более общая. Подобно истории права это социологически-эволюционное изучение права важно для общего образования юриста, так как оно помогает ему более сознательно относиться к праву. Но оно не имеет непосредственного отношения к догматике права.

Возникает, однако, вопрос: исчерпывается ли социологическим изучением права в этом смысле вообще социально-научное изучение права? Иными словами, нельзя ли наряду с социально-научным изучением эволюции права изучать социально-научно и всякую действующую систему права? Далее, если такое изучение возможно, то спрашивается, какое значение оно имеет: должно ли оно заменить общепринятое догматическое изучение права или его надо поставить рядом с ним? Наконец, что может дать такое социально-научное изучение права для уразумения системы права, а следовательно, и для применения правовых норм? Вот ряд вопросов, ответ на которые представляет первостепенную важность как для юриста-теоретика, так и для юриста-практика.

Если мы теперь обратимся к рассмотрению основного из этих вопросов, именно вопроса о социально-научном изучении действующих систем права, то прежде всего мы должны отметить, что нет более общепризнанного положения, как то, что право есть социальное явление. Из этого положения вполне очевидно должен вытекать вывод, что право и следует изучать прежде всего в его социальных проявлениях, т.е. его надо исследовать социально-научно. Однако самый термин «социальное явление» чрезвычайно многозначен: из того, что все согласны в признании права социальным явлением, еще не следует, что все понимают одно и то же, когда говорят, что право есть социальное явление. Даже более, можно сказать, что это утверждение разделяет судьбу многих ходячих истин, так

известна под именем права». См.: Муромцев С. Определение и основное разделение права. М., 1879. С. 11 и 164; Он же. Очерки общей теории гражданского права. М., 1877. С. 196; Он же. Что такое догма права? М., 1885. С. 7.

К этому же мнению присоединяется и Ю. С. Гамбаров. Он утверждает, что «правоведение, как и социология, разыскивает законы развития общественной жизни». См.: Гамбаров Ю. С. Задачи современного правоведения // Журнал М. Ю. СПб., 1907., Янв. С. 31 и 33; Он же. Курс гражданского права. СПб., 1911. С. 37—38.

Здесь он формулирует то же в следующих выражениях: «Правоведение, как и социология, разыскивает — по крайней мере в своем теоретическом отделе — законы развития общественных учреждений».

⁴ Так, С. А. Муромцев утверждает, что общее гражданское правоведение изучает законы развития гражданского права. Оно предполагает, как подготовительную стадию, описательное гражданское правоведение, которое описывает в правильной системе факты гражданского права.



как оно приобрело неясные и туманные очертания; и, может быть, большинство из тех, кто настаивает на нем, даже не вполне отдает себе отчет в его истинном значении. Чаще всего социальную природу права видят в том, что оно может существовать только в обществе и что общественная жизнь обуславливает все правовые явления. Это, несомненно, верно, но не характерно для права. Ведь вся наша культура во всех ее проявлениях тесно связана с общественной жизнью. Даже язык не мог бы существовать без общества. То же надо сказать о всех более или менее развитых формах хозяйства, которое уже давно переступило границы изолированного индивидуального хозяйства: конечно, ни торговля, ни производство для неизвестного потребителя, ни современные пути сообщения были бы невозможны без общественной жизни. Так же точно без общества не могли бы существовать ни литература, ни наука, ни искусство. Однако для всякого ясно, что право есть социальное явление в другом смысле, чем все эти проявления культуры; оно как бы более социально, чем все они.

Другая формулировка по существу того же взгляда на социальную природу права заключается в том, что право составляет часть общественного целого. Из этого совершенно верного теоретического положения извлекают, однако, совершенно неверный методологический вывод, что право нельзя изучать изолированно, так как часть зависит от целого. На такой постановке научного изучения права особенно настаивает Ю. С. Гамбаров в своей статье «Задачи современного правоведения», переработанной в его «Курсе гражданского права». По его мнению, «право и жизнь, жизнь и право — неотделимы друг от друга и стоят в вечном взаимодействии»⁵. На этом основании он признает правильным тот метод, «который не изолирует права от других частей социального целого, а рассматривает его в связи и во взаимодействии с ними»⁶. Эти очень заманчивые предложения изучать право в связи с социальным целым методологически совершенно несостоятельны. Мы всегда изучаем только части, и целое недоступно нашему познанию. Прямо противоречат фактам из истории научного развития утверждения, что право нельзя отделять от социальной жизни и что правоведение нельзя изолировать от социологии. Ведь в научном познании право было выделено как особая область явлений гораздо раньше, чем, например, хозяйство. Вместе с тем правоведение издавна разрабатывалось как совершенно особая наука, отдельная от социологии, и это дало очень много весьма ценных научных результатов. Следовательно, метод изолирования был, несомненно, плодотворен в научном отношении, а для решения вопроса о правильности или неправильности того или другого метода единственным критерием является его научная плодотворность. Конечно, можно признавать, что теперь уже недостаточно старых методов правоведения; можно утверждать, что они не

⁵ Гамбаров Ю. С. Задачи современного правоведения // Журнал М. Ю. 1907, Янв. С. 21 ; Он же. Курс гражданского права. СПб., 1911. С. 2.

⁶ Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права. С. 31. Исходя из вышеприведенного методологического принципа, Ю. С. Гамбаров приходит к заключению, что «нельзя изучать и правоведение без социологии, так как часть зависит от целого и не может быть понята изолированно от этого целого и других его частей». Курс гражданского права. С. 38 ; Он же. Задачи современного правоведения. С. 33.

соответствуют вновь назревшим потребностям научного знания и юридической практики; можно стремиться к более полному и всестороннему познанию права. Но исход из этого положения нельзя искать в том, чтобы слить преследование права с исследованием социального целого. От такого приема не только не может получиться более всестороннее знание права, но и вообще никакое новое научное знание его. Действительно, Ю. С. Гамбаров не может указать других результатов от применения рекомендуемых им методов, кроме как исследование причин развития права, приводящее к социологическому изучению права в вышеуказанном смысле. Но юриста интересует в первую очередь не то, как произошло и развилось право, а что оно из себя представляет как действующий правопорядок; в частности для него очень важно знать, в чем социальная природа права и как ее исследовать.

Третье решение вопроса о том, в чем заключается социальная природа права, предложено Р. Штаммлером в его сочинении «Хозяйство и право». Оно прямо противоположно первому решению. По мнению Р. Штаммлера, право есть регулирующая форма совместного существования людей. Только благодаря этой форме совместное существование людей обращается в общество и становится предметом познания. При этом, смешивая логические процессы с реальными, и в частности отождествляя роль права как формы социальной жизни в социальном процессе с ролью кантовских категорий или форм познания в процессе познания, Р. Штаммлер утверждает, что право создает возможность как понятия общества, так и самого реального предмета общества. Согласно этому построению Р. Штаммлера совместное существование людей и их хозяйственная деятельность, называемые им материей общества, взятые сами по себе как нечто бесформенное, не составляющее цельного научного понятия, не могут служить предметом научного познания. Напротив, право, как регулирующая форма, может быть и само по себе предметом отдельного научного познания, так как оно обладает, так сказать, логической законченностью.

Это теоретическое построение, сплошь основанное на смешении логических процессов с реальными, что так превосходно показал в своей критической статье о книге Р. Штаммлера Макс Вебер⁷, не согласно с фактами из истории социальных наук. Отрицаемая Р. Штаммлером возможность исследования совместной жизни людей и их хозяйственной деятельности вне правовых форм в действительности всегда осуществлялась. Об этом свидетельствует несомненный факт существования политической экономии, которая всегда стремилась исследовать изолированно хозяйственную деятельность людей. Возникновение таких научных направлений в политической экономии, как этическое и государственно-правовое, только подтверждают возможность исследовать хозяйственную жизнь изолированно от правовых форм.

С другой стороны, если вникнуть в истинный смысл этого теоретического построения, то надо признать, что только по недоразумению можно причислять штаммлеровскую теорию права к социально-научным учениям о праве. В силу того же недоразумения Ю. С. Гамбаров считает возможным сослаться на учение

⁷ Weber M. R. Stammers «Ueberwindung» der materialistischen Geschichtsauffassung // Archiv fur Sozialwissenschaft und Sozialpolitik. Bd. XXIV. 1907. S. 94 u сл.



о праве Р. Штамллера в подтверждение своих взглядов на право⁸. В действительности само по себе учение Р. Штамллера о праве как регулирующей форме общественной жизни, которую притом можно отделить от общественной жизни и изучать изолированно, вполне тождественно с традиционным учением о праве как о совокупности известных норм, действующих в обществе. Оно не социально-научно, а формально-юридично, с теми только изменениями, которые внесены Р. Штаммлером, благодаря его ошибочному отождествлению юридического формализма с формализмом гносеологическим и методологическим. Своеобразно, хотя и неверно, не учение Р. Штамллера о праве, а его учение об обществе и хозяйстве. Р. Штаммлер выдвигает и отстаивает не социально-научное учение о праве, в правовое, или, вернее, нормативное учение об обществе и хозяйстве. Для него закономерность социальной жизни заключается в оформлении ее регулирующими нормами и в чисто телеологической обусловленности этого оформления. Поэтому с его точки зрения совершенно невозможны социальные науки, построенные на методологических принципах естественных наук, т.е. исследующие социальные процессы как процессы причинно обусловленные и устанавливающие действующие в них законы в виде причинных соотношений⁹. Это, впрочем, не мешает ему со свойственной ему непоследовательностью признавать, что некоторые ряды социальных явлений состоят из сцеплений причин и действий и должны исследоваться каузально.

Все это заставляет нас признать вышеизложенные попытки определить социальную природу права неудачными. Они не улавливают социальной стороны правовых явлений. Чтобы подойти к этой стороне права, надо сперва отвлечься от тех черт его, которые не являются социальными в точном смысле этого слова. Иными словами, надо прежде всего осознать, что мы до тех пор не приблизимся к пониманию социальной природы права, пока будем рассматривать право как совокупность известных норм или правил, действующих в обществе. С этой точки зрения право всегда останется имеющим отношение к обществу, но не социальным явлением с его характерными особенностями. Уже чрезвычайная легкость, с которой право как норма может быть отделена от социальной жизни и подвергнута исследованию в этом мысленно изолированном от социальных отношений виде, свидетельствует о том, что с этой стороны мы не подойдем к праву как к социальному явлению.

Но право слагается не из тех норм, значение которых можно было бы рассматривать безотносительно к их влиянию на жизнь. Сущность правовых норм не в их внутренней ценности, что по преимуществу можно утверждать о нормах этических и эстетических. Право состоит из норм, постоянно и регулярно осуществляющихся в жизни, и потому осуществление есть основной признак права. Иеринг в одном месте своего трактата «Цель в праве» говорит, что право есть не простое долженствование, но и исторический факт. К этому можно прибавить, что право есть и социальный факт. Следовательно, кто хочет изучать право как

⁸ Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права. С. 365.

⁹ См.: Штаммлер Р. Хозяйство и право. СПб., 1907. Т. 2. С. 265 и passim. Ср.: Риккерт Г. Науки о природе и науки о культуре / пер. ; под ред. и вступ. ст. С. О. Гессена. СПб., 1911. С. 19.

социальное явление, тот должен брать право в его осуществлении или в его воплощении в социальный факт.

В ответ могут указать на то, что и традиционное учение о праве всегда принимало во внимание и осуществление права. Рядом с учением о праве в объективном смысле или о праве как совокупности норм всегда ставилось и ставится учение о праве в субъективном смысле, или о праве как известном отношении, как совокупности прав и обязанностей. И не подлежит сомнению, что традиционное учение о праве, поскольку оно является учением о субъективном праве, приближается к той стороне права, которая делает его социальным явлением. Но традиционное учение о праве рассматривает субъективное право как производное объективного права, а это и мешает ему подойти к тем характерным чертам правовых явлений, которые превращают их в социальные явления.

Напротив, при социально-научном изучении права надо признать осуществление права основным моментом для познания его, а соответственно этому исходить из рассмотрения права в его воплощении в правовых отношениях. Итак, надо смотреть на то право, которое живет в народе и выражается в его поведении, в его поступках, в его сделках, а не на то право, которое установлено в параграфах кодексов. В этом изменении самого объекта наблюдения и заключается расширение нашего познания права, которого попутно достигают в теоретической области представители новейшего направления в юриспруденции, занятые по преимуществу практическим вопросом о правотворческой роли судьи.

Интересующая нас здесь проблема выясняется в научно-юридической литературе вместе с проповедью «социологического метода в гражданском праве», «социологических судебных решений» (*Sociologische Rechtssprechung*), нахождения права путем «взвешивания интересов». Из юристов, принадлежащих к этому направлению и особенно способствовавших выяснению сущности социальной природы права, надо назвать из немцев: О. Бюлова, Эрлиха, Фукса, Штампфа, Гекка, Гмелина, особенно Шпигеля и др., из французов: Жени, Ламбера, особенно Ла-Грассери и др.

Однако могут указать на то, что изучение права, существующего в жизни, а не записанного в законах, только затруднит исследователя, но ничего не даст нового в смысле познания права. Ведь при современной системе писаного права в жизни и осуществляется то право, которое изображено в законах. Такова, несомненно, основная предпосылка традиционной теории права. Но наблюдение показывает, что она, безусловно, неверна. Несоответствие между писаным правом и правом, осуществляющимся в жизни, обусловлено уже самой природой того и другого.

Писаное право состоит из общих, абстрактных, безличных и схематических постановлений; напротив, в жизни все единично, конкретно, индивидуально. Притом жизнь так богата, многостороння и разнообразна, что она не может целиком подчиниться контролю закона и органов, наблюдающих за его исполнением. По этому поводу Эрлих правильно замечает, что «из необозримого количества жизненных отношений только немногие в виде исключения привлекают к себе внимание судов и других учреждений. Ведь наша жизнь протекает не перед учреждениями. Есть миллионы людей, которые вступают в бесчисленное количество правовых отношений и которые настолько счастливы, что никогда не обращаются



ни к одному учреждению»¹⁰. К тому же писаное право неподвижно, оно изменяется только спорадически и для изменения его всякий раз требуется приводить в движение сложный механизм законодательной машины. Напротив, правовая жизнь состоит из непрерывного движения, в ней все постоянно изменяется, одни правовые отношения возникают, другие прекращаются и уничтожаются.

Таким образом, правовая жизнь может уклониться от действующего писаного права, что, однако, до известного момента нисколько не будет влиять на формальную силу писаного права. Писаное право или, вернее, учреждения, которым надлежит ведать его осуществление, часто вступают в борьбу с правовыми явлениями жизни, отклоняющимися от писаного права. Пока эта борьба ведется, писаное право сохраняет полную силу, оно имеет все шансы победить. Но «как только», по словам Шпигеля, «писаное право отказывается от борьбы и спокойно принимает противозаконие (*Rechtswidrigkeit*) и притом не как единичное, изолированное противозаконие, а как противозаконие массовое, тогда именно обнаруживается, что правовая норма, которой это касается, больше не действует»¹¹. Поэтому Шпигель приходит к заключению, что «закон и действительное право не необходимо должны покрывать друг друга и часто и не покрывают друг друга»¹².

Это же положение еще раньше высказал Зинцгеймер в следующих словах: «Нет нужды в том, чтобы установленное право совпадало с правовой действительностью, и оно в самом деле во многих отношениях не совпадает с нею. Ибо не все действующее право действенно и не все действенное право выражено в писаных нормах»¹³. Далее Зинцгеймер приводит целый ряд соображений и фактов, неоспоримо доказывающих, что «правовая действительность имеет самостоятельное значение рядом с правовым порядком»¹⁴.

Отмечаемое здесь расхождение писаного права с правовой действительностью вполне понятно, так как писаное право никогда не может исчерпать всего права, осуществляющегося в жизни. К догматам традиционной теории права относится учение о всемогуществе закона. Часто думают, что закон обладает неограниченной властью над жизнью, он преобразует и формирует ее согласно со своими требованиями. Юрист-позитивист и не имеет права иначе смотреть на отношение между законом и жизнью, так как с его точки зрения, каков бы ни был закон, т.е. как бы он ни противоречил жизни, он прежде всего составляет часть действующего права и должен быть применяем во всей своей полноте»¹⁵.

Правда, Великая французская революция и дальнейшая политическая история европейских государств свидетельствуют о массе случаев, когда и радикально-революционные, и радикально-реакционные законы оказывались совершенно бессильными. С другой стороны, представители исторической школы в

¹⁰ Ehrlich E. *Tatsachen des Gewohnheitsrechts*. Leipzig. 1907. S. 7.

¹¹ Spiegel L. *Jurisprudenz und Sozialwissenschaft*. Grfnhut's Zeitschrift. Bd. 36. (1909) S. 7.

¹² Ibid. S. 10.

¹³ Sinzheimer H. *Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft*. Munchen. 1909. S. 7.

¹⁴ Ibid. S. 13.

¹⁵ Cp.: Geny Fr. *Methode d'interpretation et sources en droit prive positif*. Paris. 1899. P. 356 и сл.

юриспруденции отрицали у законодателя и право, и возможность законодательствовать по своему свободному усмотрению. Конечно, этот исторический опыт и соответственные ему теоретические построения оказывают влияние на современное законодательство. Но вообще законодателям свойственно переоценивать имеющееся в их распоряжении орудие воздействия на жизнь.

Впрочем, и умеренность в законодательных мероприятиях иногда не помогает, так как часто даже наиболее осторожно и осмотрительно сформулированные законы не могут справиться с жизнью; это бывает в тех случаях, когда жизненные отношения развиваются в противоположном направлении тому, которое предписывается законом. Тогда не жизнь приспосабливается к закону, а наоборот, закон приспосабливается к жизни. Вообще при наших современных социальных знаниях никогда нельзя знать вперед, что станет с законом в его действии, т.е. какой он примет вид при своем применении. Поэтому О. Бюлов совершенно прав, когда он утверждает, что только что изданный закон «еще не есть действующее право. Все, что законодатель в состоянии создать, это лишь план, лишь набросок будущего желательного правопорядка»¹⁶.

В свою очередь, и те изменения, которым подвергается закон при своем применении, имеют не случайный и не произвольный характер. Если наука рассматривает, например, процесс образования цен как социально-закономерный, то на том же основании необходимо исследовать с точки зрения социальной закономерности и процесс преобразования положительного закона путем судебного толкования и применения его. Традиционный взгляд на судью как на изолированного индивидуума должен быть оставлен. Не надо никогда забывать того, что судья член и всего общества, и той или иной социальной группы, и что, следовательно, вся его деятельность подчинена различным общественным влияниям¹⁷. Социальную закономерность результата этих влияний и требуется определить при социально-научном изучении права.

Конечно, все эти явления не могли оставаться совершенно не замеченными традиционной теорией права. Они в том или ином объеме рассматривались в связи с вопросом о роли и значении обычного права. Но обычное право в современной правовой теории занимает положение какого-то пасынка; ему уделяется лишь чисто декоративное значение. В действительности в обычное право обыкновенно не верят; от него часто требуют, чтобы оно оправдало или легитимировало себя перед правом, установленным в законе.

Так, например, придается серьезное значение вопросу о том, допускает ли или не допускает та или иная законодательная система обычай в качестве источника права. Далее верят в возможность установить границы действия обычного права законодательным путем. Наконец, иногда отрицают правомерность некоторых форм обычного права; существует, например, целая группа теоретиков, утверждающих, что обычай не может дерогировать или отменять законодательные постановления.

Все это, несомненно, свидетельствует о том, что традиционная теория права влияет на психику большинства теоретиков права и создает одностороннее

¹⁶ *Bulow O. Gesetz und Richteramt. Leipzig, 1885. S. 3.*

¹⁷ *Spiegel L. Jurisprudenz und Sozialwissenschaft. S. 27.*



устремление их внимания на право как совокупность норм и, в частности, исключительный интерес к праву, выраженному в законах. В силу этого они видят право, осуществляющееся в жизни, не таким, каким оно является в действительности, а таким, каким оно им кажется с точки зрения действующих правовых норм. Только новейшие теории судебного толкования и применения законов разрушили эти иллюзии относительно характера права, осуществляющегося в жизни.

С социально-научной точки зрения весь вопрос о возникновении, изменении и уничтожении права представится совершенно в другом свете. Теперь из того положения, что при современном правовом строе право должно возникать, изменяться и уничтожаться только предусмотренными самим правом путями, обыкновенно делают вывод, что это действительно так. Но более тщательное наблюдение над правом, осуществляющимся в жизни, несомненно, покажет, что есть много путей для возникновения нового права и изменения или уничтожения права старого. Вообще процесс правообразования — по крайней мере на первых стадиях своих — чисто социальный процесс.

Итак, масса обстоятельств свидетельствует о том, что правопорядок, существующий в жизни, обыкновенно не тождествен правопорядку, выраженному в правовых нормах. Это и заставляет Шпигеля прийти к заключению, что «как бы ни было удобно отождествлять закон и право, мы не можем более закрывать глаза перед фактами. Требование отделять одно от другого есть не что иное, как постулат научной честности»¹⁸. Отсюда и возникает необходимость изучать правовой порядок, существующий в жизни, как нечто самостоятельное; это и приведет к социально-научному исследованию права или к исследованию права как социального явления.

В новейшей юридической литературе обыкновенно говорят в этих случаях о применении социологического метода к исследованию права. Что задачи социологического метода определяются именно в вышеуказанном смысле, это видно из следующих слов Зинцгеймера: «Мы называем этот метод социологическим потому, что он для того, чтобы охватить правовую действительность, должен исходить не из правовых положений, а только из самих общественных условий жизни». И далее он говорит: «Своеобразие задачи, которая поставлена социологическому методу в науке гражданского права, заключается в выдвигании правовой точки зрения при рассмотрении общественных жизненных отношений или в обработке общественных форм как правовых форм»¹⁹.

Все это заставляет нас прийти к заключению, что есть целая область явлений и фактов, которые должны послужить самостоятельным предметом социально-научного исследования права. Громадный интерес такого исследования в теоретическом отношении не может подлежать сомнению. Но и в практическом отношении такое исследование чрезвычайно важно. Только оно даст возможность законодателю работать не вслепую, не наугад, как это бывает по большей части теперь, а вполне ясно отдавая себе отчет о том, как должен быть издан тот или другой закон для того, чтобы он оказал желаемое воздействие на жизнь. Судье и администратору оно поможет устанавливать решения, согласные с потребностями

¹⁸ Ibid. S. 19.

¹⁹ *Sinzheimer H.* Ibid. S. 14—15.

жизни и способствующие развитию здоровых социальных отношений. Что судье и администратору приходится выбирать между различными решениями, это хорошо известно, так как законы допускают много различных толкований. Особенно это важно в тех случаях, когда в действующих законах встречаются пробелы, неясность или противоречие.

До сих пор мы выясняли по существу вопрос о том, в чем должно заключаться социально-научное исследование права. Теперь представляло бы интерес остановиться и на том, не высказывались ли вышеизложенные идеи и раньше. Конечно, здесь речь идет не о приоритете, так как, строго говоря, приоритет принадлежит не тому, кто первый высказал ту или иную идею, а тому, кто сумел ее сделать плодотворной. Но указание на то, что те или иные идеи уже высказывались, часто показывает, что они логически необходимо вытекают из известной постановки вопроса, а это, в свою очередь, служит лишним доказательством правильности этих идей. В данном случае надо признать чрезвычайно ценным то обстоятельство, что вышеизложенная постановка социально-научного исследования права отстаивалась уже С. А. Муромцевым.

Когда характеризуют социологическую теорию права С. А. Муромцева, то обыкновенно останавливаются на том, что С. А. Муромцев противопоставлял догме права социологическое учение о праве, которое должно устанавливать законы возникновения и развития права. Только такое учение он признавал научным, между тем как догме права он придавал значение лишь прикладного знания и причислял ее к искусствам. Так как затем по своим философским воззрениям С. А. Муромцев был позитивист и, в частности, по своим методологическим взглядам примыкал к Дж. Ст. Миллю и Бену, т.е. был строгим методологическим монистом, то обыкновенно и считается, что социологическим учением о праве в вышеуказанном смысле и исчерпывается вся сущность его социологического учения о праве²⁰.

Но если отвлечься от философского мировоззрения С. А. Муромцева и принять во внимание, что можно в теории придерживаться одних методологических принципов, а на практике под влиянием здорового научного инстинкта следовать совсем другим методам исследования, то социологическая теория С. А. Муромцева окажется гораздо более многосторонней и содержательной.

В своем основном теоретическом сочинении «Определение и основное разделение права» С. А. Муромцев не столько стремится установить социальные законы развития права, сколько пытается дать социально-научное учение о праве в вышеизложенном смысле. Он сам определяет характер своего исследования в следующих словах: «Главная особенность определений, которые должны быть предложены в первом отделе этого труда, состоит в том, что вместо совокупности юридических норм под правом разумеется совокупность юридических отношений (правовой порядок). Нормы же представляются, как некоторый атрибут порядка»²¹.

В дальнейшем изложении С. А. Муромцев стремится установить и точно выяснить, что представляет из себя право, воплощенное в социальных отношениях.

²⁰ Совершенно неверную оценку научного дела С. А. Муромцева дает Н. М. Коркунов (История философии права. Изд. 5. СПб., 1908. С. 443—446).

²¹ Муромцев С. А. Определение и основное разделение права. М., 1879. С. 47.



В заключение, сопоставляя свою социально-научную теорию права с общепринятой, он указывает, что примененная им точка зрения требует, между прочим, изучения субъективного права в первую очередь, т.е. раньше права объективного²². Но признать первенство субъективного права над объективным, хотя бы в чисто методологическом порядке их изучения, это и значит выдвинуть задачу об изучении права как социального явления.

Таким образом, мы здесь имеем попытку исследовать действующее или осуществляющееся право само по себе, т.е. дать социально-научное учение о праве в подлинном смысле.

Для выяснения сущности социально-научного изучения права нам пришлось все время противопоставлять его традиционному, или догматическому, изучению права. Это может подать повод думать, что социально-научное изучение права исключает догматическое. Такое понимание было бы крайне ошибочно. Социально-научное изучение права не исключает догматическое изучение, а дополняет его. Юрист в первую очередь должен изучать действующее право как систему норм. Иными словами, юрист прежде всего должен знать законы и уметь обращаться с ними. Но для того, чтобы стоять на высоте современного уровня знания, юрист не только не должен забывать жизни, как говорили в старину, а и научно изучать «правовую жизнь» в вышеуказанном направлении. Юристу-практику это необходимо и для наиболее справедливого применения действующего права.

Итак, изучение права как социального явления нужно не только для осуществления теоретической цели — достичь наиболее полного знания права. Оно является насущной потребностью для того, чтобы право не расходилось со справедливостью и чтобы само право было справедливым. Коротко говоря, оно приводит к господству справедливости в правовой жизни.

²² Муромцев С. А. Определение и основное разделение права. С. 159.