

К ИСТОРИИ ПОНЯТИЯ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ

© 2009 г. А. В. Егоров

Для современного этапа развития правовой компаративистики характерна позиция признания сравнительного правоведения самостоятельным научным направлением. Причем большинство исследователей, работающих в сфере теории сравнительного правоведения, склонны относить данное направление к числу общетеоретических дисциплин методологического характера². Но в то же время открытым остается вопрос о предмете обозначенной науки, где даже среди ее сторонников нет единого мнения.

Несмотря на то что метод сравнения законодательных систем применялся еще в Древнем мире, вопрос о предмете правовой компаративистики стал обсуждаться лишь в начале XX столетия. К этому времени был накоплен большой фактологический материал относительно национальных правовых систем, проведены крупные сравнительно-правовые исследования во многих отраслях законодательства. Незавершенной оставалась сама методология сравнительного правоведения, которая могла дать толчок новому развитию сравнительно-правовых исследований.

На начальном этапе становления правовой компаративистики в качестве ее предмета рассматривались национальные правовые системы. Суть такого подхода связана с многочисленными работами компаративистов по систематизации фактологического материала относительно правовых систем. Достаточно вспомнить трехтомную работу американского ученого Дж. Вигмора “Панорама правовых систем мира”, который обобщил материал о современных ему правовых системах³.

Но вскоре привилегированное положение правовых систем в качестве предмета компаративистской науки не стало удовлетворять исследователей, работающих в сфере сравнения нормативного материала – отраслей права, правовых институтов, юридических прецедентов и т.д. Эти ученые посчитали себя выпав-

шими из сферы общей компаративистской науки и стали создавать отраслевые направления сравнительно-правового характера. Так появляются сравнительное конституционное, сравнительное уголовное, сравнительное трудовое, сравнительное судебское право и т.п. Каждая из отраслей разрабатывала свою “мини-теорию” относительно предмета исследования при отсутствии общего компаративистского подхода. Вскоре значимость данных теорий была поставлена под сомнение самими же исследователями отраслевой юридической науки, которые признали, что их работа проводится лишь на определенном уровне сравнения – отрасли права, нормы права, юридической практики и т.д. Характер же исследуемого материала в принципе один и тот же – иностранные правовые образования. В эту схему также не вписывалась привилегированность правовых систем как предмета сравнительного правоведения, поскольку они представляли собой лишь один из уровней сравнения. Таким образом, появляется необходимость определить предмет компаративистской науки таким, чтобы в него вошли все без исключения элементы иностранного правового массива.

Изучение иностранных правовых образований отраслевыми науками предполагает использование метода сравнения при сопоставлении правовых явлений разных правовых порядков. Здесь действительно правы авторы, которые считают, что сравнение является методом, используемым всеми юридическими науками. Сравнительное правоведение – наука более высокого порядка, изучающая не все, а лишь наиболее важные, устойчивые элементы закономерностей функционирования иностранных правообразований. О такой направленности сравнительного правоведения говорили многие авторы. Так, Г.Ф. Шершеневич утверждал, что сравнительное правоведение выясняет “общие законы развития права”⁴. По мнению западного ученого Р. Паунда, задача сравнительного правоведения состоит не столько в сравнении существующих в разных правовых системах норм, сколько в определении общих принципов права⁵. Из современных авторов наиболее адекватно общетеоретической точке зрения определяет предмет сравнительного правоведения известный российский исследователь М.Н. Марченко.

⁴ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. СПб., 1907. С. 16.

⁵ См.: Pound R. Comparative Law in Space and Time // The American Journal of Comparative Law. Vol. 1. 1955. P. 70.

¹ Декан юридического факультета Полоцкого государственного университета (Беларусь), кандидат юридических наук, доцент.

² См., например: Cruz P. A Modern Approach to Comparative Law. Boston, 1993. P. 4–5; Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (Основные правовые системы современности). Учебник / Под ред. В.А.Туманова. М., 2001. С. 34–37; Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть. Учебник для юридических вузов. М., 2001. С. 79–81.

³ См.: Wigmore J. A panorama of the world's Legal Systems. Vol. 1–3. Saint-Paul, 1928.

Он предлагает рассматривать в качестве предмета сравнительного правоведения “общие принципы и закономерности возникновения, становления и развития правовых систем”⁶. Правда, данное определение в качестве базового уровня сравнения рассматривает опять же правовые системы. Кроме того, из логического ряда элементов “возникновение, становление, развитие” выпадает такое важное звено как функционирование правовых систем. Можно только предположить, что вопросы функционирования правовых элементов отдаются снова в ведение отраслевых юридических дисциплин.

Другой точкой зрения, заслуживающей внимания, является позиция компаративиста В.А. Туманова, который предметом сравнительного правоведения называет “специализированное изучение зарубежного (иностранного) права”⁷. Конечно, в качестве предмета науки не может рассматриваться само изучение, являющееся всего лишь процессом познания объекта. Предмет науки составляют определенные закономерности в функционировании объекта. Заслуга В.А. Туманова состоит, как представляется, в том, что он в качестве объекта сравнительного правоведения выделяет зарубежное (иностранное) право. Правда, исходя из предложенного определения предмета сравнительного правоведения (по нашему мнению, объекта), вне поля зрения остаются правовые учреждения, судебная политика, язык права зарубежных стран и многие другие важнейшие компоненты иностранной правовой действительности.

Своеобразную позицию относительно предмета сравнительного правоведения занимает другой исследователь А.Х. Саидов. О выстраивает целый ряд компонентов предмета компаративистской науки. Но из всего предложенного арсенала в качестве научной компоненты можно признать лишь “методологические проблемы сравнительно-правовых исследований”⁸. В остальном А.Х. Саидов перечисляет по сути не элементы предмета, а звенья исследовательской цепи, реализуемой на пути к его познанию: сопоставительное изучение основных правовых систем современности, обобщение и систематизация результатов конкретных сравнительно-правовых исследований, разработка конкретных методических правил, исследование историко-сравнительных правовых проблем, сравнительное изучение международно-правовых вопросов.

Что касается белорусской теоретико-правовой науки, то она еще не определила свое отношение к понятию и содержанию предмета сравнительного правове-

дения. Традиционные учебники лишь упоминают о методе сравнения, относя его к общим методам познания государства и права, не развивая идеи о предмете сравнительного правоведения⁹. Отдельные компаративистские работы, появившиеся в последнее время, изданы региональными вузами малым тиражом и к тому же представляют собой скорее личную позицию авторов, нежели направления, школы и т.п.¹⁰

Компаративистскими темами в учебниках по теории государства и права остаются “Правовые системы современности” и “Источники (формы) права”. Правда, подходы авторов не всегда являются традиционными как в отношении трихотомии правовых семей, так и в отношении источников права. Так, в учебном пособии по общей теории государства и права, подготовленном коллективом авторов Академии МВД, подход к трихотомии правовых семей, в отличие от традиционного, предусматривает выделение отдельной семьи: религиозно-общинного права¹¹.

Профессор Гродненского госуниверситета Н.В. Сильченко в одной из своих работ предлагает нетрадиционный для белорусской теоретико-правовой науки подход относительно источников права¹².

Свое отношение к предмету компаративистских исследований не высказали и отраслевые юридические науки. Определенную активность в написании сравнительно-правовых работ проявили белорусские конституционалисты, которые издали ряд книг как в республике, так и за рубежом¹³.

Таким образом, можно сказать, что становление теории правовой компаративистики в Беларуси только начинается. Вместе с тем, белорусская юридическая наука имеет богатые компаративистские традиции нормотворческого характера, которые сложились под влиянием различных правовых школ Европы. В свое время Беларусь не только заимствовала иностранный правовой опыт, но и активно делилась соб-

⁹ Общая теория государства и права. Учебное пособие / Колл. авт. (А.Ф. Вишневский, Н.А. Горбаток, В.А. Кучинский). Минск, 2002. С. 303–325.

¹⁰ См., например: *Егоров А.В.* Основы сравнительного правоведения. Новополоцк, 1999.

¹¹ См.: *Общая теория государства и права. Учебное пособие / Колл. авт. (А.Ф. Вишневский, Н.А. Горбаток, В.А. Кучинский).* С. 316

¹² См.: *Сілачанка М.У.* Агульная тэорыя права. Навучальны дапаможнік па аднайменнаму курсу для студэнта спецыяльнасці Г 0901 “Правазнаўства”. У 4 ч. Ч. 1. Гродна, 1997. С. 57–90.

¹³ См.: *Чудаков М.Ф.* Конституционное право зарубежных стран. Минск, 2002; *Головко А.А., Крамник А.Н.* и др. Совершенствование деятельности местных органов государственной власти социалистических стран. Учебное пособие. Потсдам, 1989; *Головко А.А., Крамник А.Н., Вашкевич А.А., Чудаков М.Ф.* Новое правовое регулирование (Изменения в системе права Белоруссии и Польши). Люблин, 1994 и др.

⁶ *Марченко М.Н.* Указ. соч. С. 109.

⁷ *Туманов А.А.* О развитии сравнительного правоведения / Сравнительное правоведение. М., 1978. С. 44.

⁸ *Саидов А.Х.* Указ. соч. С. 30.

ственным. Достаточно вспомнить Статут Великого княжества Литовского 1588 г., который был использован Пруссией при кодификации национального права, а также лег в основу подготовки российского Соборного Уложения 1649 г. Долгое время Статут был основным источником права Украины, о чем свидетельствует порядка 50 украинских рукописей текста. Таким образом, отношение белорусской юриспруденции к сравнительно-правовой науке формируется через нормотворческую практику, имеющую богатые компаративистские традиции.

Прагматизм характерен и для зарубежных исследований в области сравнительного правоведения. Западную науку мало интересовала методология сравнительного правоведения как самостоятельной науки. Метод сравнения, дающий непосредственный результат, например в виде повышения качества национального регулятора за счет правовой рецепции, был признан и методом изучения иностранного права, и методом его исследования¹⁴. О самой методологии сравнительного правоведения было заявлено, что она «имеет второстепенное значение»¹⁵.

Современная зарубежная компаративистика неоднородна в своих подходах как к методологии компаративистской науки в целом, так и к определению ее предмета, в частности. Американские школы по-прежнему остаются на позициях жесткого прагматического отношения к сравнительно-правовой науке. Это относится не столько к использованию результатов компаративистики в национальном правотворчестве, сколько в отношении использования сравнительного метода в правоприменительной системе. Анализ состояния сравнительного права в США, проведенный группой американских ученых, выявил основную сферу приложения сравнительного метода – содействие применению иностранного права в национальных судах¹⁶. Появляющиеся в американских изданиях работы, посвященные предмету сравнительного правоведения, в действительности отражают применение сравнительного метода в той или иной правовой сфере¹⁷.

¹⁴ См.: Тилле А.А., Швеков Г.В. Сравнительный метод в юридических дисциплинах. М., 1978. С. 18.

¹⁵ Merryman J. Comparative Law and Scientific Explanation // Law in the USA in social and technological revolution. Brussels, 1974. P. 104.

¹⁶ См.: Comparative Law. Cases-Text-Materials. New York, 1998. P. 43–228.

¹⁷ См.: Markesinis B. Comparative law – a subject of an audience // Modern law rev. Vol. 53. № 1. L., 1990. P. 1–21; Wagner W.J. Comparative law: its methodology and development in the United States // Comparative law review. Torun, 1991. P. 5–19; Watson A. From legal transplants to legal formants // American journal of comparative law. Vol. 43. № 3. Berkeley, 1995. P. 469–476 и т.д.

Европейское направление сравнительных исследований менее прагматично в своем отношении к предмету и методологии компаративистской науки. Особой фундаментальностью отличаются французская и немецкая правовые школы. Естественно, что большое влияние оказывают здесь исторические традиции Франции – родины официального компаративизма и Германии, выступившей идеальным «рецептантом» римского права. Так, немецкие авторы К. Цвайгерт и Х. Кетц предлагают компаративистам опираться в своих исследованиях прежде всего на общие принципы: «В сравнительном плане могут быть рассмотрены различные аспекты или части одной правовой системы, например различные параграфы Германского гражданского уложения. Если содержание сравнительного права ограничивалось бы лишь этим, то было бы трудно отличить сравнительное право от обычной деятельности юристов...термин «сравнительное право» должен означать нечто большее, чем это может показаться с первого взгляда»¹⁸.

Французский исследователь Р. Давид, а впоследствии и проф. К. Жоффре-Спинози говорят о переменных и постоянных элементах права, рассматривая последние в качестве основного звена сравнительного правоведения¹⁹.

Такой же трактовки неизменности, типичности правовых явлений, изучаемых сравнительным правоведением, придерживаются и другие западные ученые. Особенно это касается компаративистов восточноевропейского региона, которые еще в советский период отстаивали статус самостоятельности сравнительно-правовой науки и уникальности ее предмета. Так, венгерский ученый И. Сабо говорил о том, что сравнительное правоведение «намного значительнее просто метода», что это «целое движение»²⁰. Чешский компаративист А. Канда определял сравнительное правоведение как научную дисциплину со своим особым методом познания²¹. О такой же предметно-методологической направленности говорят и современные работы компаративистов восточноевропейского региона²².

Подход большинства исследователей, стоящих на позиции самостоятельности науки сравнительного

¹⁸ Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2-х т. Т. I / Пер. с нем. М., 1998. С. 8–9.

¹⁹ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К., Указ. соч. С. 19–20.

²⁰ Сабо И. Сравнительное правоведение. (Критика современной буржуазной теории права). М., 1969. С. 166.

²¹ См.: Kanda A. Základní problémy správnání právních systémů různých soustav // Právnícke studie. 1965. № 4. S. 701.

²² См.: Tokarczyk R.A. General considerations on comparative law // Annales Universitet Maria Curie-Skłodowska. Vol. 38. Lublin, 1991. S. 275–290; Letowski J. Comparative law science in the so called applied fields of law // Comparative law review. Torun, 1991. P. 21–34 и др.

правоведения, может быть сведен к тому, что предмет компаративистских исследований должны составлять не случайные правовые элементы и явления правовой действительности, а лишь те, которые носят постоянный, типичный для той или иной правовой системы характер. Представляется, что не относящиеся к постоянной, типичной правовой материи элементы должны стать объектом отраслевых или специально-правовых исследований. Уровень так называемых микросравнений – норм, отраслей, институтов права должен в конечном итоге либо устанавливать типичные закономерности, либо просто обслуживаться общей методологией компаративистской науки.

Сам же предмет правовой компаративистики (**сравнительного правоведения**) *представляется в виде типичных, устойчивых, всеобщих закономерностей возникновения, функционирования и развития правовых элементов и явлений, существующих в различных правовых системах.*

Типичность в праве устанавливается в результате сопоставления объектов и их описания. Сравнительный метод – самое подходящее научное средство для данной операции. Неважно, что сравнивается – правовые системы в целом или их элементы в виде юридической практики, правовой доктрины или даже норм права. Главное, чтобы выдерживалось правило, согласно которому элементы иностранных правовых систем или семей права должны сопоставляться с однородными элементами сравниваемой системы, как правило, собственной. Таким образом, изучение типичных закономерностей функционирования иностранных правовых элементов предполагает использование собственного национального компонента. В противном случае мы будем иметь дело не с компаративистской наукой, а с простым описанием иностранного права или других элементов правовых систем.

Следующая особенность установления типичности правовых явлений связана с описанием иностранных объектов и заключается в следующем: типичное для иностранной правовой действительности может быть нетипичным для национальной системы, и наоборот. С данного рода нетипичными ситуациями имеют дело прежде всего отраслевые и специально-прикладные науки с тем, чтобы иногда просто показать преимущества своего или, напротив, инородного явления. Сравнительное правоведение, определяя типичность иностранного правового явления, может исходить из простого подобия объектов, имеющих в зарубежном и национальном праве. Например, сравнивая правовые институты собственности, мы устанавливаем их типичность с точки зрения объективного бытия в правовой жизни всех обществ. Но конкретное содержание правомочий собственника по характеру типичности отличаются, например, в индусском праве, где существует институт “бинами” (передача вещи в собствен-

ность лицу без намерения создать для него выгоду) и во французском праве, основанном на классической триаде владения, пользования и распоряжения вещью “наиболее абсолютным образом”.

Типичность исследуемых в сравнительно-правовой науке закономерностей касается возникновения, функционирования и развития правовых элементов, существующих в разных правовых системах. Оценка этих “форм бытия” правового объекта должна проходить с использованием как можно большего числа правовых систем. Так, возникновение права характерно для всех обществ. Типичность такого возникновения как раз и заключается в том, что тип нормативного регулирования свойственен всем обществам. Эмпирическая основа типичности возникновения права у разных народов заключается в поисковом характере и обобщении данных об уровне развития правовых регуляторов в том или ином обществе. Теоретическая основа уже связана с системой и дает целостное представление о возникающем и возникшем праве. Такую же оценку типичности возможно дать на любом уровне компаративистских исследований от правовых систем до норм права. Так, типичность функционирования правовой нормы состоит в реализации логических звеньев ее цепи – гипотезы, диспозиции и санкции. Все национальные нормы имеют такую объективную структуру и даже юридический прецедент, содержание которого выводится на основе анализа *ratio decidendi* и *obiter decidendi* судебного решения.

Типология правовых явлений предполагает создание некой абстрактной модели наличного правового объекта. Эта модель может быть в определенном смысле идеализирована. Значимость ее создания заключается в возможности оценки типичности правового явления, выходящего за рамки конкретной национальной правовой системы. Как отмечал М. Ансель, для сравнительного исследования правовых систем необходимо глобальное восприятие иностранного правового образования, что позволяет проводить “дальнейший дифференцированный сравнительно-правовой анализ”²³.

Помимо оценки типичности правовых закономерностей, компаративистская наука обращает внимание на устойчивость иностранного правового образования. Конечно, достаточно трудно определить правовой объект во времени, тем более, если он носит идеальный характер. Как отмечает Н. Неновски, вся история права – это единый, всеобщий процесс, где “прерывность и непрерывность суть только моменты движения права как относительно самостоятельного социального явления”²⁴.

²³ Ансель М. Методологические проблемы сравнительного права // Очерки сравнительного права. М., 1981. С. 54.

²⁴ Неновски Н. Преемственность в праве. М., 1978. С. 11.

Устойчивость правового явления оценивается с точки зрения преемственности в праве, которая сопровождает весь процесс исторического развития. Устойчивость определяет уровень качества изменения элементов правовой действительности на юридической карте мира. Устойчивым по характеру своего возникновения, функционирования и развития является тот правовой элемент, который предполагает преемственность сущностных характеристик, вытекающих из природы “производящего” объекта, и переходящих в содержание нового правового явления. Конечно, отдельные элементы правовых образований могут “переживать” сам объект, видоизменяться как по форме, так и по содержанию. В такой ситуации необходимо исходить из целостного представления об объекте, т.е. из суммы всех характеризующих его признаков. При изменении определенного правового образования, скажем, института права, естественно не происходит его полного отмирания. “В прошлом” могут оставаться отдельные комплексы норм, некоторые принципы функционирования. Но в любом случае какая-то часть объекта “перекочует” в другое правовое образование, и исследования здесь уже будут проводиться не на уровне института, а, скажем, на уровне отдельных норм или юридической практики.

Сравнительное правоведение в плане оценки устойчивости функционирования правовых элементов особое внимание обращает на объект правового регулирования и его своеобразную юридическую форму – понятийно-категориальный аппарат.

Стабильность объекта юридического воздействия определяется факторами, к числу которых традиционно относят общественные связи и отношения, объективные законы природы и так называемые константы человеческого фактора. Объект правового воздействия является основным фактором устойчивости правового развития общества, так как он задается природой человеческих отношений и законами физического мира. Изменение этих факторов влечет трансформацию объекта правовой компаративистики. Базовыми для оценки устойчивости правового регулирования в компаративистском плане могут рассматриваться отношения собственности, отношения власти и правовой статус личности. Данные элементы заданы объективно и являются критериеобразующими для правового воздействия. Таким образом, речь идет не о конкретных отраслевых объектах правовой регламентации, а о социально более значимых и объемных явлениях, формирующихся объективно.

Эволюция объекта правовой регламентации происходит медленнее, чем изменение форм его регулирования, хотя и в формальной сфере правового воздействия существуют “постоянные величины”. Так, правовая компаративистика в числе устойчивых правовых компонентов называет сущностные характеристики

права (нормативность, императивность, справедливость и т.д.), традиционные формы права (юридический прецедент – в англосаксонской правовой семье, нормативный правовой акт – в романских странах, правовой обычай – в религиозно-общинной семье права) и т.д.

В качестве своеобразной формы объекта правовой регламентации можно рассматривать понятийно-категориальный аппарат. Данный компонент обладает достаточной стабильностью, обусловленной не только устойчивостью объекта правового регулирования, но и языковыми традициями того или иного общества. Уникальность языка многих народов определила неизменность правового понятийного фонда. Ярким примером является мусульманское право, индусское право, где религиозная природа правового языка смогла интегрироваться в систему других элементов светской жизни.

Оценить устойчивость правового понятийного фонда довольно сложно, прежде всего по причине недостаточного знания компаративистами иностранных языков. Объективно исследователь не может знать всех наречий и языковых особенностей, существующих в правовых системах. Но по возможности он должен владеть языком изучаемой правовой системы. Иного пути у компаративиста-исследователя просто нет.

Еще один признак предмета правовой компаративистики – всеобщность закономерностей развития правовых элементов. Он определяет возможность существования “сравнительного права” как самостоятельного, в отличие от сравнительного правоведения, явления. Правовая компаративистика как наука способствует образованию определенного абстрактного комплекса, состоящего из сравниваемых национальных и иностранных правовых элементов, который должен получить в компаративистской литературе название “сравнительное право”. Не все авторы разделяют такую точку зрения, нередко считая употребляемый нами термин отраслью позитивного права. В действительности такой отрасли права не существует. Имеет место лишь теоретически предполагаемая модель сравниваемых правовых элементов, которая заменяет традиционную “общую теорию права” на “всеобщую теорию права” или “сравнительное право”, что, на наш взгляд, идентично.

Конечно, сегодня трудно говорить о наличии такого специального комплекса знаний. Но уровень дифференциации общетеоретической правовой науки свидетельствует о происходящих качественных изменениях как в структуре, так и в самом содержании общей теории государства и права. Всеобщность как признак правовых объектов затрагивает проблему существования “сравнительного права”.

Компоненты возникновения, функционирования и развития основных закономерностей иностранных правовых элементов показывают весь сущностный ряд в диалектическом развитии иностранного правообразования. Сравнительное изучение возникновения правовых элементов дает целостную картину об их генезисе. Элемент функционирования представляет собой данность того или иного правообразования на момент исследования, причем самую широкую. Практика функционирования объекта поставляет основной материал для исследования, и подавляющее большинство компаративистских работ посвящено именно современному состоянию иностранных правовых объек-

тов. Категория развития заложена в любом правовом образовании и дает основание исследователю выстроить алгоритм возможного состояния правового объекта в будущем.

Все три вида закономерностей существования иностранных правовых явлений представляют собой пространственно-временную категорию, с которой компаративисту приходится иметь дело. Это та объективная реальность, которая определяет и характер предмета сравнительно-правовой науки, обусловленного типичностью, устойчивостью и всеобщностью закономерностей возникновения, функционирования и развития правовых элементов в различных системах.