

## Предмет сравнительного правоведения, наука и учебный курс

---

---

### § 1. Предмет сравнительного правоведения

**Право и сравнительное правоведение.** Название учебного курса «сравнительное правоведение» состоит из трех составляющих: право, «*ведъти*» – от старославянского «знать» и «сравнение». В разных правовых системах мира право понимается более или менее одинаково: определенная совокупность правил, норм, повелений, регулирующая поведение людей, созданных ими объединений, органов, организаций.

Возникновение таких правил, их характер, судьба права трактуются по-разному. Существуют два основных подхода:

1. Право имеет *сверхъестественное божественное* происхождение. Оно даровано людям свыше в откровениях Аллаха, Христа, Моисея, другими богами (например, Богом огня Агни в индуизме, Богини Солнца Амаэрасу в синтоизме). В этом случае право обычно является частью синкретических (неразделенных) норм, составляющих правила религии, морали и собственно права. Человек в данном случае пассивен, право рождается и развивается (или является вечным и не развивается) помимо него.

2. Право имеет *рациональное* происхождение, создано людьми и будет существовать вечно или, напротив, на определенной стадии развития исчезнет, отомрет вместе с государством (марксизм-ленинизм), в этом случае право четко отграничивается от морали и религии.

При теистическом отношении к праву вопрос о его развитии, изменении по существу не возникает. Оно понимается как навсегда данное «свыше», сумма неизменяемых божественных законов, пригодных для любых условий. Важно только уметь извлечь из «священных текстов» соответствующие правила, являющиеся комплексным (одновременно религиозным и правовым) индикатором поведения. Таковы, например, толкования современных исламоведов мусульманского фундаментализма. Рациональное правопонимание исходит из того, что в процессе своей деятель-

ности, в отношениях с другими людьми, коллективами, организациями, органами человек, как существо социальное, активно вступает во многие и разнообразные отношения. Эти отношения регулируются разными правилами: обычаями, техническими нормами (например, требования стандартов для изделий), нормами морали (не сорить в общественных местах), другими нормами.

Среди них особое значение имеют правовые нормы, содержащиеся в правовых актах (конституциях, законах, указах президентов и т.д.). Такие нормы не могут регулировать космические процессы или погодные явления. Они не регулируют личные симпатии или антипатии человека, его дружеские отношения, выдачу детям сладостей за хорошее поведение или, напротив, лишение их этого в наказание. Право регулирует *общественные отношения*, но только такие, которые допускают правовое регулирование и могут быть правом урегулированы (невозможно, например, заранее предписать правовым актом стихийные революционные события).

В учебнике сравнительного правоведения такое регулирование изучается в сопоставительном аспекте путем сравнения права различных государств, правовых систем и правовых семей.

Термин «право» в обиходе и в науке имеет неодинаковое значение. Это может быть обозначение *действующего*, применяемого *права*, которое, по доминирующему мнению ученых (есть и иные взгляды), в своем внешнем выражении предстает перед нами как система разнообразных юридических норм, правил, регулирующих наше поведение, отношения путем дозволений, указаний, запретов. Такие нормы отличаются от норм религии (молиться в определенных ситуациях) или правил морали (не причинять неудобств другим пассажирам в транспортном средстве). Действующее право – свое, национальное в каждой стране: французское, бразильское, российское и т.д.

Правом также называют *науку о праве* – правоведение и определенный учебный курс. Отчетливо заметна разница в словоупотреблении термина «право» по отношению к различным отраслям права и науки о нем. Есть право и наука о праве, конституционное право как система норм, регулирующих прежде всего основы общественного, государственного строя и правового положения личности, и наука о конституционном праве (разъяснение норм, концепции, теории ученых). Существует учебный курс конституционного права, где изучаются основы действующего конституционного права и науки о нем. То же можно сказать о трудовом праве (нормы, регулирующие трудовой договор, рабочее время, оплата труда), уголовном праве (статьи кодексов о пре-

ступлениях и наказаниях) и т.д. и соответствующих отраслях правовой науки.

В науке используются также термины «объективное право» (право в объективном смысле слова) и «субъективное право».

Первое – это система юридических норм, правил, о которых говорилось выше. Они содержатся в конституциях<sup>1</sup>, законах парламента, указах, декретах главы государства (президента, монарха), иных правовых актах. Субъективное право – это право, принадлежащее физическому (человеку) или юридическому лицу (определенной организации)<sup>2</sup>, правопритязание, возможность воспользоваться в своих интересах теми условиями, которые заложены в нормах объективного права (например, право гражданина голосовать на выборах по достижении 18 лет, получать оплату за труд в соответствии с конкретным трудовым договором или право обвиняемого на последнее слово в уголовном процессе).

Существует и иное использование слова «право», особенно в обиходе, которое может иметь и правовое, и моральное значение (иметь или не иметь правá на какие-то преимущества, льготы, быть в правым или неправым в определенном поступке).

В науке стран мира и в России есть несколько основных, относящихся к пониманию права (правопониманию), концепций: естественная (право – естественно существующие, прирожденные права человека); позитивизм (право – совокупность норм, установленных властью), юснатурализм (противопоставляет естественное право искусственному закону, связывая первое не только с правами человека, но прежде всего с различными ценностями человеческого сообщества – справедливостью, равенством, достоинством человека и др.). Существуют концепции правового реализма (акцент на осуществление права и зависимости от внешних причин), юридического либерализма (право – прежде всего воплощение, институционализация свободы, от лат. *libertum* –

---

<sup>1</sup> Иногда используется термин «фактическая конституция» – реально существующие основы общественного и государственного строя страны (а не то, что написано на бумаге). Здесь и ниже говорится о юридической конституции – основном законе.

<sup>2</sup> В России понятие «юридическое лицо» дано в ст. 48 Гражданского кодекса. Находящиеся на рассмотрении российского парламента поправки к ГК РФ вносят в него изменения, предлагается текст: «Юридическим лицом признается организация, которая может от своего имени приобретать и осуществлять гражданские права и нести гражданские обязанности, быть истцом и ответчиком в суде». В науке существует дискуссия о различиях юридических лиц частного права и юридических лиц публичного права.

свобода), теологические концепции (право – воля Бога). Многие концепции права развиваются в русле различных теорий феноменологической – право особого рода, феномен, явление; герменевтики – толкование текстов; коммуникативной – изучение связей и отношений и др.

Давно предпринимаются попытки создать интеграционную концепцию права, синтезированное правопонимание. Пока что соединить разные направления в единый подход не удалось.

Рассматривая в дальнейшем вопросы сравнительного правоведения, мы исходим из понимания действующего права, взятого в целом.

Действующее право содержит пять элементов:

1. *Нормы права*, юридические, значимые правила поведения, регулирующие отношения физических и юридических лиц, иных субъектов отношений; это не разрозненные правила и не их простая совокупность, но *система* внутренне согласованных норм, иначе они будут *провергать сами себя*.

2. *Общественно значимый (а не личный или корпоративный) характер правоотношений*. Отношения, регулируемые правом, его нормами, это – *общественные отношения*, которые, будучи урегулированы правом, становятся правоотношениями.

3. *Властный характер норм права* (опять-таки не отдельно взятых, а в их системе); они установлены или санкционированы (обычай, договор) публичной властью, прежде всего государственной, но, возможно, и иной (законами субъектов федерации, например Городская Дума г. Москвы установила в 2011 г. штраф в Москве в размере 1000 руб. за безбилетный проезд на наземном городском транспорте), правовыми актами территориальных автономий (например, в Автономной Республике Крым), актами муниципальных образований (например, запрещение купаться в определенном закрытом водоеме, из которого сельские жители берут воду для бытовых нужд). Такие властные полномочия территориально-публично-правовых образований исходят от суверенной государственной власти, ибо она конституцией, законами устанавливает их предметы ведения, сферу компетенции.

4. *Выполнение правовых норм* обеспечивается угрозой государственного, иного публичного принуждения (в конечном счете от имени государства).

5. *Регулятивная роль права*, которое предоставляет участникам правовых отношений какие-то блага, ограничивает их в чем-то,

запрещает какие-то действия, а в целом регулирует создание и распределение социальных ценностей (благ) в обществе. Это отнюдь не только предоставление прав и свобод, а самые различные способы регулирования, включая репрессии против зачинщиков насильственного нарушения правопорядка.

Итак, в порядке первого приближения к пониманию права в качестве *рабочего определения* для дальнейшего изложения материала можно признать, что *право* – это системы внутренне согласованных юридических норм, установленных или санкционированных публичной (прежде всего государственной) властью, регулирующих общественно значимые отношения, обеспечиваемых в конечном счете государственным принуждением и служащих основой для создания и распределения социальных ценностей (благ) в обществе.

Сравнительное правоведение не является названием действующего права или какой-либо его отрасли (в отличие, например, от трудового или уголовного права). Сравнительное правоведение – отрасль знания, особая наука, а также учебный курс в юридических и некоторых других вузах. Сравнительным правоведением называют также метод познания права путем сравнения (метод сравнительного правоведения).

### **Объект изучения в сравнительном правоведении.**

Сравнительное правоведение изучает право, правовые явления<sup>1</sup> в различных государствах, используя разные методы исследований (о них – ниже). Специфическим методом для данной науки является метод сравнения. Путем сопоставления и противопоставления (контрастирующее сравнение) правовых явлений познаются их сходство и различия, единство и противоположности, выявляется их сущность. Сравниваются *правовые нормы* (например, чтобы понять сходство и различие правового статуса главы государства, мы сравниваем нормы конституций о монархе и президенте и их реальное осуществление, для понимания сходства и различия кражи и грабежа мы сравниваем соответствующие статьи уголовного кодекса и т.д.)<sup>2</sup>; сопоставляются *правовые институты* (право-

---

<sup>1</sup> Термин «правовые явления» ниже используется в наиболее широком значении. Это не только право, но и правоприменительные процессы, правовые идеологии, правовая наука и т.д., но прежде всего в курсе сравнительного правоведения изучается действующее право.

<sup>2</sup> Виды норм права в разных правовых системах и семьях могут быть неодинаковы (например, в англосаксонской семье есть особый вид – конвенциональные соглашения, возникающие из политической практики.

вой институт – определенная, внутренне согласованная система норм в пределах отрасли права), например институты гражданства в России и Бразилии<sup>1</sup>, *подотрасли права* (избирательное право Китая и Японии)<sup>2</sup>, *отрасли права* (гражданское, уголовное и др.)<sup>3</sup>, *правовые семьи* (англосаксонская и романо-германская), *правовые системы* (мусульманская и система права тоталитарного социализма)<sup>4</sup>, *международное право и внутригосударственное право* той или иной страны.

Сравнения можно проводить на базе изучения права отдельной страны (например, выявляя различия договоров в публичном и частном праве, ответственности за клевету и за умаление чести и достоинства в уголовном праве), на базе двух или нескольких государств (например, сравнивая правовые институты главы государства в Испании и соседней Португалии), на международном уровне (выявление особенностей формы конституций в различных странах и др.).

В мире существуют самые разные правовые системы. Некоторые авторы, используя формационно-цивилизационный подход, называют три основные действующие системы права: либерально-социальную капиталистическую систему, систему права тоталитарного социализма и систему мусульманского права. Они подробно рассматриваются ниже.

Сравнение может быть распространено на историю (например, сравнение институтов римского права и современного гражданского права, выявление корней некоторых институтов современности в прошлом).

В сравнительном правоведении сравнивают не только явления прошлого или настоящего в действовавшем праве, сравниваются также *правовые понятия*, создаваемые исследователями,

---

<sup>1</sup> Правовые институты тоже неодинаковы (в мусульманских странах есть институт вакуфной собственности, используемой в основном для поддержки бедняков, в системе права тоталитарного социализма – институт социалистической государственной собственности, чего нет в других странах).

<sup>2</sup> В англосаксонском праве иное деление на отрасли права, чем в континентальной семье. Например, Конституционное и административное право – единая отрасль. Так называются и учебники. См., например, *Bradley A.W., Ewing K.D. Constitutional and Administrative Law*. Ed. 15-th. L. 2011; *Barnett H. Constitutional and Administrative Law*. 7-th ed. L. 2008.

<sup>3</sup> Вычленение подотраслей права внутри отраслей права учеными производится также неодинаково. Например, в Конституционном праве некоторые авторы выделяют 5–7 подотраслей, другие около 10 и более.

<sup>4</sup> Деление на правовые системы и семьи в науке также неодинаково. В данном учебнике предлагается свой подход.

учеными (например, понятие закона, созданное учеными-исламоведами в султанате Оман, в науке Великобритании и в науке Китая). Это не нормы права или правовые институты, но выводы, положения, гипотезы ученых, толкователей права, представленные не в законах, а в научной литературе.

В методическом плане сравнивают также содержание, достоинство и недостатки учебных курсов по тем или иным дисциплинам (например, курс «Конституционное право и политические институты» во Франции и курс «Конституционное и административное право» в Великобритании), включая сравнение учебных и рабочих планов по самим курсам сравнительного правоведения в различных странах и в вузах России.

Иногда в учебных пособиях говорится, что предметом сравнительного правоведения является сравнение правовых систем, семей зарубежных стран. Вряд ли такое ограничение верно. Возможно и даже необходимо сравнение права отдельных стран, например собственной страны, с зарубежными странами, сравнение сходных институтов в собственной стране (например, общегосударственного парламента и законодательных собраний штатов), сравнение институтов международного и внутригосударственного права (сравнение международного договора и договора федерации о разграничении предметов ведения и полномочий между федерацией и ее субъектами) и т.д. Сравнительное правоведение имеет *разносторонний* характер.

## § 2. Наука сравнительного правоведения

Элементы научного сопоставления правовых явлений (правовых обычаев, норм, институтов, актов и др.), права различных народов использовались уже в Древнем мире, в странах Востока. До нас не дошли результаты такого сравнения, есть только сведения, что оно осуществлялось самими правителями и их придворными учеными.

Сравнительные сопоставления права и государственности проводились в Древней Греции. Есть сведения, что их использовал Платон (V в. до н.э.) при подготовке своего труда о законах. Аристотель (IV в. до н.э.) сообщает, что он изучил 58 конституций греческих полисов. Сравнительный анализ при изучении, как бы сказали теперь, частного права (договоров) применял в Древней Греции Теофаст (IV в. до н.э.).

В Древнем Риме сравнительным анализом права по существу не занимались. Римляне считали свой государственный строй и

право вершиной достижений в этой сфере и не видели необходимости изучать и воспринимать что-то от соседей. Тем не менее, и от Рима сохранились многие замечания о правовых обычаях варваров, других народов, их различных нормах.

В Средние века сравнительный метод при изучении права применяли авторы Англии, Франции, Германии (Бартоль, Кульций, Алоиз и др.). Они обычно сопоставляли право собственной страны с римским правом, т.е. изучали в сравнении главным образом частное право.

В XVII–XVIII вв. Монтескьё, Гроций сравнивали некоторые правовые явления в сфере публичного права, в том числе использовали для сопоставлений международное право (Гроций). Особое значение для зарождения сравнительного правоведения имела в то время работа Монтескьё (1689–1755) «О духе законов».

Однако все это были лишь предвестники науки сравнительного правоведения. Первые элементы данной науки возникли во Франции, по мнению одних исследователей, в 1869 г., других – в 1900 г. В Париже в 1869 г. было создано Общество сравнительного законодательства. Его члены в основном переводили на французский язык и публиковали законы других стран. Заметных научных исследований это Общество не создало. В 1900 г. в Париже состоялся 1-й Международный конгресс сравнительного права, образовано Общество сравнительного права. Его члены публиковали статьи по сравнительному праву. Однако деятельность Общества не имела широких масштабов.

После Первой мировой войны, когда в Европе возникли новые государства, сравнительное правоведение получило некоторое развитие, но в основном по вопросам конституционного права, и особенно в сопоставлении внутреннего права с международным. В США в 1928 г. был издан трехтомник Дж.Г. Вигмора «Панорамы мировых правовых систем», но это по существу была работа по юридической географии. Американский исследователь У. Кларк в 1939 г. отмечал, что в научной литературе на доступных ему языках (английском, французском, немецком, испанском) он смог найти лишь книги по сравнительному конституционному праву, но и они относятся только к одной проблеме – федерализму<sup>1</sup>.

После Второй мировой войны и возникновения на месте прежних колоний более сотни новых государств география сравнительных исследований выросла, но все-таки крупных работ

---

<sup>1</sup> Clark W. Comparative Constitutional Law // Bar Association Proc. 1939. № 54. P. 355–356.

по сравнительному правоведению тоже было сначала немного. Изучалось в основном внутреннее право новых государств, в том числе обычное право в государствах Тропической Африки.

В 1950 г. в США была издана первая крупная работа Р. Шлезингера «Сравнительное право». Она содержала в основном материалы и судебные решения некоторых стран, но заложила по сравнению с работой Дж.Г. Вигмора основы новой юридической географии права.

Новым стимулом к системным сравнительным исследованиям стали очерки по сравнительному праву (1950 г.) французского ученого Р. Давида, а затем его известная книга «Основные правовые системы современности» (1964 г.). Позже работы по сравнительным правовым исследованиям опубликовали авторы: М. Ансель (Франция), Р. Сакко (Италия), Е. Врублевски (Польша). Были также опубликованы работы: К. Цвайгерта и Х. Кётца (Германия), посвященная в основном сравнительному частному праву, но в ней были общие подходы, а позже в обновленном виде она издавалась под названием «Введение в сравнительное право»; объемный трехтомник румынского автора Л.Ж. КонстантINESКУ 1972 г., не получивший, однако, широкой известности. В последние годы комплексные работы по сравнительному правоведению были изданы Г.К. Патриком, Р. Де Крузом. Среди них и фундаментальный труд французского исследователя Р. Леже 2008 г., названный, как и книга Р. Давида, «Основные (или «Великие» — Les grandes) системы современности». Опубликованы несколько насыщенных материалом книг украинского автора Х. Бехруза, в том числе «Сравнительное правоведение» (учебник на русском языке. — М., 2008 г.).

В России в 70–80-х гг. крупные комплексные исследования по сравнительному праву начал А.Х. Саидов (позже — узбекский ученый). Учебники и учебные пособия с названием «Сравнительное правоведение» издали также М.Н. Марченко (обновленное переиздание 2011 г.), Ю.А. Тихомиров («Курс сравнительного правоведения», 1996 г.). Крупное двухтомное исследование «Сравнительное правоведение в образах права» опубликовал в 2010–2011 гг. В.И. Лафитский. За рубежом и в России велась также работы по сравнительному праву отдельных отраслей: конституционному, трудовому, административному, по отдельным системам права, например по мусульманскому праву. Активно изучалось право новых государств, появившихся в результате распада колониальной системы, изданы трехтомник по конституционному праву развивающихся стран (1990–1993 гг.), работы, посвященные государствам капиталистической и социалистической ориентации, возникшим в те годы.

Новые работы по сравнительному праву постоянно издаются за рубежом, хотя в общей массе исследований крупных работ такого рода немного. Некоторые зарубежные работы такого рода имеют весьма объемный характер, например вышедшая в 2006 г. в США книга по сравнительному конституционному праву под редакцией В. Джонсон и М. Ташнета (более 1700 страниц), но она в основном содержит извлечения из статей американских авторов с комментариями редакторов. Во Франции сравнительное конституционное право широко представлено в учебных курсах по дисциплине «Конституционное право и политические институты» (такие учебники выходят ежегодно). Иногда учебники по сравнительному праву в целом содержат обзоры права по отдельным странам, написанные их авторами, например оксфордский учебник по сравнительному праву 2008 г.

В настоящее время научная и учебная литература по сравнительному правоведению достаточно богата и разнообразна.

Некоторые проблемы сравнительного правоведения совпадают с вопросами теории права (она строится с учетом данных сравнительного правоведения, а последнее пользуется выводами, понятиями, созданными теорией права). Сравнительное правоведение использует также положения отраслевой правовой науки. Оно имеет много общего с другими гуманитарными науками — историей (исторический опыт различных стран), философией, социологией, экономическими теориями, сравнительным государствоведением. Сравнительное правоведение пользуется данными статистики, а иногда — естественных и математических наук. Эти данные взаимно обогащают отрасли науки, создают условия для более обоснованных выводов. Другие науки также используют данные сравнительного правоведения.

### **§ 3. Методология и методы сравнительного правоведения**

**Методология в сравнительных правовых исследованиях.** Право различных стран — часть окружающего нас мира, и методология, используемая в сравнительном правоведении, — составная часть того или иного мировоззрения, философского подхода к объяснению мира и тенденций его развития<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: Методология сравнительного правоведения. Материалы научной конференции (Москва, 5 декабря 2011 г.). М., 2012.

При исследовании социальных явлений применение той или иной методологии имеет особое значение, является социальной ценностью человечества, и само имеет определенный характер. Исследуя характер правовых явлений, ученые независимо от того, осознают это или нет, используют такую методологию, которая определяется их мировоззрением, характером образования, практическим опытом, иногда определенным положением. Это иногда отчетливо видно в оценках права исследователей, принадлежащих к разным идеологическим направлениям. Ученые-исламы страны мусульманского фундаментализма (Омана, Саудовской Аравии и др.), сопоставляя свое право с правом европейских стран, утверждают, что их правовая система основана на воле Аллаха (рукой, пишущей законы, водит Аллах) и потому является наиболее совершенной. Аналогичные оценки давались в прошлом большинством советских ученых социалистическому праву, основанному на идеях марксизма-ленинизма.

Сопоставляя плюсы и минусы англосаксонской и романо-германской правовых семей, при всех критических замечаниях британские авторы обнаруживают симпатию к первой из идей, французские – ко второй и т.д.

Разумеется, есть разные мнения, но если ученый ангажирован определенной идеологией социального характера, партийными пристрастиями, а иногда и шовинистическим влиянием, при проведении сравнительно-правовых исследований ему может изменять научная объективность. Анализ правовых систем и семей, оценка их качеств требует исследовательской беспристрастности.

Если попытаться на самом высоком уровне, отвлекаясь от частных особенностей, обобщить современные методологические подходы в сравнительном правоведении, то, видимо, можно различить три главных направления: *либерально-социальное*<sup>1</sup>, *социально-радикальное*<sup>2</sup> и *теологическое* (иногда говорят – *теократическое*<sup>3</sup>).

Первое при всем различии научных школ исходит из традиционных общечеловеческих ценностей (свобода, равенство, демократия, права человека и т.д.), из тезисов власти народа, соединяемых с идеями социального государства социальной функцией частной собственности, социальных партнерств и др. В этом направлении есть самые разные течения с их неодинаковыми

---

<sup>1</sup> От лат. *libertum* (свобода) и *socialis* (общественный). Исследования традиционного либерального характера без социальных элементов тоже есть, но они теперь оттеснены последними (кроме США и некоторых других стран).

<sup>2</sup> От лат. *radical* – коренной.

<sup>3</sup> От греч. *Theos* – Бог, *kratos* – власть.

социальными и юридическими оценками, но все они отстаивают мирные средства борьбы за власть, за правовые реформы с учетом социальных факторов и за создание нового права. Лозунги об ограничении излишнего богатства, о преодолении огромного разрыва между богатыми и бедными, об использовании для этого государственной власти и правовых рычагов в период новой волны экономического кризиса звучат теперь и со стороны миллиардеров, ежегодно собирающихся на экономические форумы в швейцарском Давосе, и со стороны юристов «благополучных стран».

Радикальное направление при проведении сравнительных исследований представлено несколькими подходами: марксистско-ленинской концепцией права, идеями так называемых революционных демократов в развивающихся странах и концепцией ведущей роли группы интеллигентов — «передовых борцов» против капитализма. Все эти подходы допускают использование революционного насилия для завоевания власти трудящимися, хотя и такие также претерпели определенные изменения в условиях современного мира.

Марксистско-ленинская концепция права как одно из орудий диктатуры пролетариата ныне изменена и лишь в единичных конституциях стран тоталитарного социализма сохранилось, и то попутно, клише «диктатура пролетариата» (в ст. 1 Конституции Китая 1982 г. говорится о демократической диктатуре народа, основанной на союзе рабочих и крестьян, но во Введении сказано, что это, по существу, одна из форм диктатуры пролетариата). Марксистско-ленинский подход к сравнительным исследованиям характеризуется выдвиганием на первый план ведущей роли рабочего класса (хотя теперь в конституциях есть и упоминания о власти народа), принципом господства социалистического уклада и социалистической собственности (для них в праве существуют предпочтения), но и частная собственность теперь допускается, закреплением руководящей роли коммунистической партии (кроме Китая, она единственная, но и в Китае так называемые демократические партии очень мелкие и существенного влияния не имеют), отрицанием идеи разделения властей, парламентаризма, местного самоуправления, провозглашением советов (органов типа советов) как единственных органов государственной власти снизу доверху. Естественные права человека не признаются (хотя и в этом отношении есть подвижки, соответствующие положения в конституциях несколько изменены), права считаются предоставленными гражданам государственной властью трудящихся. Социальная справедливость в ее марксистско-

ленинском толковании (для трудящихся) по-прежнему выдвигается на первое место в праве<sup>1</sup>, но теперь в законодательстве уже нет требований о ликвидации класса эксплуататоров (правда, иногда в конституциях говорится, что их теперь нет).

Концепции революционных демократов (они были некоторое время правящей силой более чем в десяти странах Азии и Африки) близки к марксистско-ленинскому подходу. В своих конституциях (сейчас они заменены) революционные демократы выдвигали и выдвигают требование социализма, использовали многие положения марксизма (о власти трудящихся, ведущей роли государственного уклада в экономике, руководящей роли революционно-демократической партии, о советах как основе государства и др.). Но некоторые отряды революционных демократов не признавали концепцию диктатуры пролетариата, основной силой общества считали не рабочий класс, а беднейшее крестьянство, угнетаемых женщин и этнические группы, считали возможным союз трудящихся и национальной (не компрадорской, т.е. сотрудничавшей с колонизаторами) буржуазии, отстаивали сохранение государственной религии (например, ислама) и др.

Полуфеодально-теологического направления в сравнительно-правовых исследованиях в подавляющем большинстве стран нет. Не представлено оно и во многих «продвинутых» (модернизированных) мусульманских странах. Теологические исследования в Европе проводятся лишь в некоторых католических университетах; в Азии, насколько можно судить по имеющимся данным, даже в тех странах, где конституции дают преимущество определенным религиям, исследований полуфеодально-теологического характера нет. Однако оно является доминирующим и по существу единственным в Иране, Саудовской Аравии, Омане, Кувейте, Катаре и других странах мусульманского фундаментализма. Это направление неоднородно: правовые концепции шиитов по вопросу о правовом регулировании власти отличаются от подхода суннитов (об этом ниже), но общими являются всегда положения о праве как выражении воли Аллаха, нерасчлененности религи-

---

<sup>1</sup> О социальной справедливости теперь говорится во многих зарубежных конституциях, однако она в развивающихся странах иногда понимается по-своему. Согласно ст. 21 Конституции Непала 2007 г., это право женщин, туземцев, этнических племен, угнетенных бедных крестьян, неквалифицированных рабочих, лиц, принадлежащих к отсталым группам населения, участвовать в государственном управлении на основе принципа пропорциональности. В 2011 г. главным судьей Непала введена в действие новая Конституция, поскольку проект не был еще принят парламентом, а назначенные сроки для этого дважды прошли.

озных и правовых норм, о главном значении не прав, а обязанностей правоверных перед Аллахом и умой (мусульманским сообществом). Права́ в принципе признаются, но полными правами может обладать только мужчина-мусульманин. Женщина имеет меньше прав не только в политических, но и в гражданско-правовых, трудовых, семейных отношениях. Ее можно сурово наказать за преступление, за которое нельзя наказать мужчину. Для мужчины разрешено многоженство (до четырех жен). Основой права считаются Коран (записи проповедей пророка Мухаммеда) и Сунна (жизнеописание пророка, составленное по воспоминаниям его сподвижников).

Существуют другие направления и научные школы, но их подходы не различаются столь принципиально.

Так, некоторые современные исследователи считают, что в условиях нашего времени («постмодернизма») существуют три основных подхода к правопониманию: теория естественного права (естественно возникшего и существующего, это направление или отпочкование от него иногда называют юснатурализмом или юридическим натурализмом), юридический позитивизм (изучение права только на базе норм, хотя в позитивизме есть и социологическое направление) и социология права (социологическое истолкование в связи с социальными явлениями). Некоторые ученые (А.Б. Поляков, Г. Берман (США) и др.) предлагают интегративную концепцию права, которая призвана соединить все лучшее, что можно найти в этих трех подходах. Отдельные авторы выражают пессимизм по вопросу возможности такого соединения (В.Г. Графский); другие считают, что правопонимание в эпоху постмодернизма вызывает к жизни «постклассический тип правопонимания» (И.Л. Честнов), который еще не создан, но его можно создать на основе применения феноменологии (исследование опыта явлений (феноменов) и выделения их существенных черт), герменевтики (истолкования неясных понятий), антропологии (учения о человеке) и синергетики (учение о самоорганизации сложных систем) к пониманию права. Сущность постклассического типа правопонимания остается недостаточно ясной.

Три принципиально различные направления не являются, однако, абсолютно изолированными. В современном либерально-социальном направлении, в отличие от традиционного либерализма, заметно, с одной стороны некоторое влияние марксизма (выше говорилось о новых конституциях, в которых присутствуют слова о трудящихся, допускается национализация частной собственности, а сама она должна выполнять социальную функцию, вводятся институты исключительной государственной собствен-

ности, планирования экономики, нормы социальной справедливости и т.д.). С другой стороны, в странах с господством марксистско-ленинской идеологии в социально-радикальном праве появляются положения, которые ранее принципиально отрицались (о допустимости частной собственности, рыночной экономики, абсолютных правах человека и т.д.).

Мусульманские юристы принципиально отрицают возможность восприятия всяких институтов иного (как иногда говорится, иудейско-христианского) права. Но на деле это имеет место в «продвинутых» мусульманских странах (Египет, Ирак, Сирия и др., в очень широкой степени – в Турции), так же как на право стран Европы влияют некоторые исламские институты (например, отказ от голосования в ряде случаев и принятие решений путем консенсуса). Происходит сближение правовых систем действующего права, и это отражается и не может не отражаться на развитии научных направлений.

**Методы сравнительного правоправедения.** В данном случае речь идет не о методах регулирования, используемых в действующем праве, но о методах, применяемых в науке исследователями, чтобы получить определенные научные результаты, оценки, выводы. В таком понимании метод – это основанный на каких-то исходных принципах *способ познания*. Он включает формулирование научных гипотез, проверку их с помощью частных методик, сбор доказательств и их оценку, формулирование промежуточных выводов, их проверку, наконец, создание окончательных выводов, которые тоже проверяются и автором, и научной критикой других исследователей.

В сравнительном правоправедении используются общенаучные методы, методы, специфические для общественных наук, наконец, методы и приемы, присущие сравнительному правоправедению.

Среди общенаучных методов это прежде всего *создание гипотезы и метод наблюдения* (сбор данных). С этого, по существу, начинается познание. В познании используются методы: *логический* (с его помощью делают умозаключения), *формализации* (выделяются главные стороны правового института при намеренном игнорировании второстепенных, неглавных, чтобы затем отчетливо выделить сходство и различие при сопоставлении экстраполяций – распространения признаков данного явления на другие, сходные явления), *моделирования* (искусственного – создание моделей тех или иных правовых актов, правовых институтов, правовых процедур), *эксперимента* (практическая проверка тех или иных правовых норм институтов в условиях, созданных экс-

периментатором), прогнозирования (с его помощью делаются выводы о сближении различных правовых систем и о том, в каких отраслях такое сближение возможно более быстрыми темпами, чтобы это учитывал законодатель), *статистики* (сбор статистических данных и формулирование на их основе выводов).

Среди общенаучных методов важное значение имеют *анализ* и *синтез*, *индукция* и *дедукция*. Например, путем анализа права как явления мы устанавливаем, что элементом является правовая норма, а в последней может быть гипотеза (условия ее применения), диспозиция (содержание, регулирующее общественные отношения определенного рода) и санкция (возможные неблагоприятные последствия при неисполнении нормы). Путем синтеза однородных норм в пределах отрасли права мы создали понятие «правовой институт» (например, институты монархии или республики в конституционном праве, институты наследования имущества в гражданском праве, трудового договора в трудовом праве, институт тяжкого преступления в уголовном праве и т.д.).

*Индукция* (восхождение от частного к общему) используется для создания понятия правового института, семьи права, отрасли права, правовой системы и др. *Дедукция* (от общего к частному) приводит к понятию разных правовых систем (мусульманской, в прошлом иудейской и т.д.), разных отраслей права в системе права (административного, уголовного, к выявлению институтов в пределах отрасли и т.д.).

Многие общенаучные методы применяются с определенными особенностями и ограничениями, зачастую только в мысленной форме, ибо реальное манипулирование многими явлениями права невозможно. Нельзя, например, реально создать другой закон наряду с существующим и оба объявить действующими, чтобы проверить на практике эффективность того и другого (это создаст хаос в общественных отношениях), хотя возможно ввести в действие закон в порядке эксперимента с тем, чтобы проверить его действие на практике и затем изменить или усовершенствовать его. Такой метод часто использовался в Китае, применялся во Франции, в других странах.

Среди методов, специфических для общественных наук (а сравнительное правоведение тому наука), широко используются *исторический метод* (выявление, как данный правовой институт возник и развивался), *конкретно-социологические методы* и приемы (анкетирование, интервью и др.), *социально-качественные методы* (оценка с социальных позиций и с позиций качества правового явления), *контент-анализ* (анализ содержания, в том числе скрытого, подразумеваемого; так, в частности, в конституционном

праве США, а затем и в России органами конституционного контроля были сделаны выводы о некоторых подразумеваемых полномочиях главы государства – президента).

Особое значение для сравнительного правоведения имеет *сравнительный метод*, что обусловлено характером этой отрасли науки.

**Приемы и стадии развития сравнительных исследований права.** Метод сравнительного правоведения имеет приемы количественного, качественного, негативного (отрицающего), позитивного (подтверждающего) и нейтрального (безразличного к цели его применения) контрастирующего сравнения. В последнем случае намеренно сопоставляются (противопоставляются) нормы, институты, противоположные по своему социальному содержанию или форме (например, правовой институт советов как органов демократического самоопределения в условиях капитализма в Великобритании и советов как органов тоталитарной государственной власти в КНДР).

При количественном сравнении обычно определяют распространенность того или иного правового института, тенденции его развития или, напротив, исчезновения, его масштабности и т.д. При качественном сравнении акцент делается на социальные или юридические качества явления. О социальном качестве сказано на примере советов. Юридические качества могут быть проанализированы, например, путем сопоставления роли закона и судебного прецедента, делегирования полномочий или собственной регламентированной власти, понятия юридического лица в романо-германском праве и корпорации – в англо-саксонском и т.д.

Используя различные методы сравнения (особенно при контрастирующем сравнении), важно учитывать социальное качество сравниваемых явлений (при формальных сопоставлениях возможны принципиальные ошибки в выводах).

Сравнительный правовой метод включает семь стадий: *гипотетически-дефинитивную* (формирование гипотезы, определение области исследования, целей), *коллекторно-кумулятивную* (сбор и сосредоточение правового материала для исследования), *дескриптивную* (создание общего научного представления об исследуемом объекте на основе первоначального знакомства с собранным материалом), *критическую* (научная критика собранного материала, проверка этого материала и первого сложившегося представления об объекте исследования), *сопоставительную* (после проверки мы сопоставляем собранный материал и те предварительные выводы, которые возникли), *эвристическую* (формулирование основных научных выводов и новых гипотез для

будущих исследований), *прогнозно-практическую* (определение тенденций развития изученного правового явления и возможностей его использования в практической деятельности в разных странах).

Каким бы беспристрастным ни был ученый, приступая к исследованию, он создает определенную гипотезу для своей работы, ставит исследовательскую задачу, которая определяет характер собираемого им материала, анализа законов различных стран, явлений общественной и государственной жизни. Все это способствует формированию у ученого научной гипотезы. Но уже на этой стадии возможны ошибки. Если гипотеза сформулирована неверно, необъективно, предвзято, это может привести к неудачному исходу всей работы: выводы могут оказаться ложными.

Стадия отбора, сбора и сосредоточения материала объективно включает его некоторую группировку, систематизацию (иначе невозможно будет разобраться в массе всевозможных сведений, некоторые из которых могут оказаться ненужными). Гипотеза при изучении, например, правового института импичмента (отрешения от должности президента и некоторых других должностных лиц) иная, чем при байях в мусульманском праве (смещение главы государства семейным советом – с улемами), и материал последнего рода может быть не нужен. При сборе материала отсекаются иногда и важные данные, но не являющиеся необходимыми для принятия гипотезы. Если мы занимаемся правовым регулированием законодательной инициативы в парламенте, то нам не нужно собирать законодательные нормы о выборах депутатов, хотя они могут показаться очень интересными. В полной мере научная критика собранного материала, конкретных правовых актов, проверка их подлинности («критика текста») разворачивается на критической стадии исследования и продолжается в последующем.

В результате критического отношения к тексту мы устанавливаем, например, что собственная власть субъектов федерации (в пределах их полномочий осуществляемая их органами) является не государственной властью, как устанавливают статьи некоторых конституций, а публичной властью иного рода, ибо субъекты федеративного государства не являются государствами, хотя иногда в конституциях используется такая терминология.

На стадии сопоставления исследователь сравнивает собранный им материал по видам правовых актов, по правовым институтам и т.д. Это уже подход к научным выводам, которые заложены в самом отборе правовых материалов. Однако он производится не ради самого отбора. Сравниваются не просто явления разного

рода, а однопорядковые (по каким-либо признакам) явления, хотя эти признаки могут быть социально или юридически противоположными (например, глава государства в монархии, республике, единство государственной власти и разделение ее ветвей).

Основные выводы делаются на следующей, эвристической стадии (эвристика – от греч. *heuriskō* – нахожу, искусство и умение находить истину). Это – осуществление главной цели работы, которая в конечном счете делается не для описания различных явлений в сравнительном измерении, а для выявления их сути, качеств, свойств. Сравнивая, например, правовые институты монарха и президента, мы приходим к формулировке: оба они представляют институт главы государства, но монарх – глава государства наследственный и пожизненный, а президент – выборный и на срок.

Завершающая стадия – прогнозно-практическая. Она включает выявление и оценку тенденций дальнейшего развития изученных правовых норм, институтов, отраслей, систем права, оценку возможностей использования полученных результатов в практической деятельности, в том числе в конкретной стране, особенно в стране исследователя, для которой он работает. Изучая, например, законодательство России об объединении некоторых автономных округов с краями и областями, в состав которых они входили (2005–2008 гг.), мы приходим к выводам, что этот процесс может продолжаться и затронуть не только автономные округа такого рода, но и другие субъекты РФ.

#### **§ 4. Учебный курс сравнительного правоведения**

Сравнение правовых институтов одной и той же страны или разных стран, хотя бы только в виде упоминаний или примеров, почти всегда используется в различных юридических учебных дисциплинах. Там, где нет специальных курсов сравнительного правоведения, сравнения делаются также при рассмотрении правовых институтов различных стран (например, во Франции в курсе «Конституционное право и политические институты», в России – в курсе «Конституционное право зарубежных стран»), в учебниках по административному праву зарубежных государств, гражданскому и торговому праву зарубежных государств. В учебниках, посвященных гражданскому, уголовному и др. праву собственной страны, иногда есть отдельные (обычно завершающие) главы о гражданском, уголовном и др. праве зарубежных государств.

В России курс сравнительного правоведения до 2010 г. изучался как факультативный, стандарт 2010 г. сделал его обязательным.

В курсе рассматриваются темы, посвященные сравнительному изучению различных правовых систем, правовых семей, правовых институтов. Их названия содержатся в оглавлении (содержании) учебника.

### ***Контрольные вопросы***

1. Какие основные направления и концепции существуют в понимании права в современной науке России?
2. В чем состоят особенности правового регулирования в различных правовых системах?
3. Сформулируйте объект и предмет изучения в современном сравнительном правоведении.
4. Назовите основные правовые явления, изучаемые в сравнительном правоведении.
5. Что такое правовая система отдельной страны и различные мировые правовые системы?
6. Видите ли Вы различие между понятиями правовой системы и правовой семьи?
7. Каковы основные стадии развития сравнительного метода при изучении правовых явлений?

