План:

[Введение. 3](#_Toc41996165)

[1. Естественная и историческая школы права. 5](#_Toc41996166)

[1.1. Школа естественного права 5](#_Toc41996167)

[1.2. Историческая школа 7](#_Toc41996168)

[1.3. Экономический материализм. 12](#_Toc41996169)

[2. Происхождение права 17](#_Toc41996170)

[3. Развитие права 23](#_Toc41996171)

[Заключение. 29](#_Toc41996172)

[Литература. 33](#_Toc41996173)

# Введение.

Кардинальное преобразование нашего общества люди чаще всего связывают с правом, с правовым государством, с правосудием, с правами человека. Но как возникло право? Как появилось это общественное явление, этот незаменимый в современном цивилизованном обществе социальный регулятор? Этот вопрос интересен многим и тем более тем, кто выбрал юриспруденцию своей профессией - настоящей или будущей. Сразу следует отметить, что вопрос об образовании права разделяется на два весьма отличных друг от друга вопроса: о происхождении права и о его развитии. Вопрос о происхождении права есть вопрос о том, как образовалось в обществе то явление, которое именуется правом. Вопрос о развитии права есть вопрос о том, каковы факторы, под влиянием которых происходит преобразование права, приобретение им таких форм, в которых мы можем видеть право сегодня. Цель данной курсовой работы –рассмотрение вопросов происхождения и развития права.

Вопрос об образовании права сложен, и у юристов нет единого мнения на этот счет. Существуют и существовали различные взгляды, концепции по этому вопросу, обусловленные различными обстоятельствами: конкретным историческим промежутком, историко-правовой обстановкой в государстве - родине конкретного правового учения, а также субъективными факторами: личным мнением юриста-теоретика, основателя учения, его отношением к той или иной социальной группе. Было бы неправильным не изложить в данной работе учения различных правовых школ, учения о природе и происхождении права. Сразу отбросив ненаучные концепции, хотелось бы привести взгляды классических правовых школ: школы естественного права, исторической школы права (вместе с учением Рудольфа Иеринга - поначалу представителя этой школы, но затем обособившегося и внесшего свои поправки в учение школы, ставшими отдельной концепцией), учение экономического материализма. И уже опираясь на концепции классических правовых школ, что-то почерпнув из них, а с чем-то не согласившись, мы рассмотрим вопросы о появлении права и о его дальнейшем развитии.

При обсуждении проблемы образования права мною был изучен ряд литературных источников. Основными являются труды по теории права, из которых почерпнут теоретический материал, прежде всего взгляды тех или иных школ права. При этом были взяты книги как современных юристов (таких, как С.С.Алексеев, автор "Теории права"), так и дореволюционных (прежде всего, Г.Ф.Шершеневич, "Общая теория права"). Труды по истории государства и права (такие, например, как "Всеобщая история государства и права" З.М.Черниловского или "История государства и права зарубежных стран" под редакцией О.А. Жидкова) помогают рассмотреть вопрос о происхождении права с историко-правовых позиций, что помогает постичь суть проблемы, последовательность фактических событий; без изучения литературы по истории права также довольно затруднительно получить общее представление о юридических памятниках начала его зарождения и развития (древних сводах правовых норм - Законах Ману, Законах XII таблиц, а также юридических памятниках средневековья - так называемых варварских правдах, прежде всего Русской Правды и Салической Правды), без чего невозможно полноценное написание данной курсовой работы.

# 1. Естественная и историческая школы права.

## 1.1. Школа естественного права

Школа естественного права, особенно при том направлении, которое она приняла в XVIII столетии, стала в оппозицию к исторически сложившемуся праву. Государственный порядок и положительное право составляет продукт искусственного творчества прежних времен. Государство и право изобретены так же, как и религия. И то и другое - орудие порабощения мысли, совести и свободы человека в интересах властвующих. С течением времени они покрылись авторитетом старины и создали в умах людей политические и юридические предрассудки.[[1]](#footnote-1)

Государственный и правовой строй, основанный на исторических началах, по мнению естественной школы права, перестал удовлетворять запросам современности. Его нужно сокрушить, чтобы на его месте воздвигнуть новый строй. Протест против исторического начала в праве был поднят во имя разума, не примиряющегося с тем, что есть, а диктующим то, что должно быть. Право должно быть преобразовано на началах разума. Оно должно быть преобразовано, потому что оно может быть преобразовано. Если государство и право были произвольно созданы вопреки требованиям разума, они могут быть создано применительно к требованиям разума.

В борьбе рационализма против историзма имеется два момента: философский и политический. Ум, воспитанный на математическом методе и на механическом мировоззрении, не мог не увлечься мыслью, что социальные отношения построены так же, как и все, сделанное человеком. Политический момент выразился в сознании полного несоответствия между исторически сложившимся правом и требованиями разумности и нравственности.

Если право было некогда создано произволом людей, если право может быть произвольно преобразовано на началах разума, то в учении школы естественного права выдвигается представление о произвольности в образовании права. Разум ведет человека к открытию тех естественных норм права, которые лишь затемнены предрассудками, развившимися на почве исторического произвола. Среди многообразия исторического права возвышается единое, вечное и неизменное право разума. Отсюда второй вывод, делаемый из рационалистического учения школы естественного права, - это неизменность права, основанного на природе. Право разума, к которому человечество должно стремиться, не подлежит развитию, а поддается только раскрытию. Право разума - то, что называют обыкновенно Правом Природы или Законом Природы и что можно было бы также назвать Всеобщим Законом, потому что соблюдать его обязан весь род человеческий, или еще Вечным законом, потому что оно не подлежит изменениям подобно положительным законам.

Природа и разум едины. Поэтому естественное право не зависит от особенностей того или иного народа. Отсюда третий вывод в учении рассматриваемой школы - космополитизм права. Если естественное право едино, вечно и неизменно, а задача законодателя состоит в приспособлении положительного права к естственному, то не может быть и не должно быть права французского, английского, немецкого. Право только одно - человеческое. Если в действительности наблюдается различие в правах не только между странами, но даже в пределах той же страны, то это лишь плод исторических предрассудков.

Из представления о произвольности права следует симпатия школы естественного права к закону, как наилучшей форме права, как к наиболее приспособленному орудию разума. Обычное право есть плод исторических предрассудков и средство их поддержания. Просвещенный монарх или суверенный народ могут дать торжество праву разума только путем законодательным.

Исторически сложившееся право есть произвольное уклонение от права природы; основная задача государственной власти - создать право, соответствующее праву природы. В этом основном положении раскрывается главный недостаток теории школы естественного права - полное игнорирование сил, воздействующих на волю человека в его правовом творчестве и начала закономерности в развитии права. Законодатель, кто бы он ни был, самодержавный монарх или республиканский парламент, является продуктом своего времени, его идей, его стремелений, его потребностей. Законодатель творит право не из абсолютного разума, а из относительных условий своей деятельности. Чтобы право вошло в жизнь и не встречало трений, способных противодействовать его применению, необходимо, чтобы оно соответствовало историческим условиям существования данного общества. Единство права может быть достигнуто лишь путем сближения условий существования различных народов.

## 1.2. Историческая школа

Против школы естественного права выступала историческая школа. Возникновения исторической школы определяются временем победной борьбы германской нации за освобождение ее от французского господства под главенством Наполеона I. Поводом послужил вопрос об издании для всей Германии гражданского кодекса в противовес кодексу Наполеона.

Главные представители исторической школы - это Савиньи и его ученик Пухта, оказавший немалое влияние на своего учителя. Замечательно, что оба они по мере отдаления от общественных условий, вызвавших их учение, стали смягчать резкие черты своего направления.[[2]](#footnote-2)

Выступление исторической школы в начале XIX столетия являлось протестом против школы естественного права, господствовавшей в XVIII в. по основаниям отчасти философским, отчасти политическим. Рационализму противостоял историзм как стремление к обоснованному на фактах знанию. Космополитизм оказался в противоречии с национальной борьбой. Политическое увлечение преобразованиями общественной жизни на новых началах, диктуемых разумом, столкнулось с историческими силами, задержавшими осуществление идей равенства, свободы и братства. Разочарование неуспехом и реакция против крайностей революционного периода толкали мысль от бессильного будущего к могучему прошлому.

Сменилась основная проблема философии права. На место вопроса, как преобразовать право, стал вопрос, как образуется право. Если прежде обнаруживалась наклонность раздвоить право на положительное, обязанное своим происхождением предрассудкам и произволу, и естественное, раскрываемое из разума или природы, то теперь проявляется стремление свести право к единству. Все право - положительное, все право имеет общий источник происхождения и все право подлежит одним и тем же условиям развития. Идея развития сменяет собой идею творчества в праве.

Учение исторической школы есть утверждение развития права против произвольности исторического права и неизменности естественного права. Произвола в установлении права нет и быть не может. Законодатель не изобретает право, а записывает подсказанное ему право, в лучшем случае выбирает из предложенного его вниманию. Развитие права, сменяемость его форм в исторической действительности не допускает идеи неизменного естественного права.

Отрицая человеческий произвол в образовании права, представители исторической школы отвергали и внешние факторы, под влиянием которых могло бы складываться развитие права. Право образуется только посредством внутренних, незаметно, тайно действующих сил. Право есть продукт народного духа, который дается каждому народу (нации) при выступлении его на историческую сцену и который живет и проявляется во всех членах народа (нации). Таким путем создается народное правосознание - неисчерпаемый и единственный источник права. Поэтому у каждого народа право имеет свои характерные черты, отличающие данный народ от других, как отличают его язык, нравы, учреждения.

Если право составляет продукт народного духа, то образование права есть не что иное, как постепенное раскрытие этого духа в историческом процессе. Из народного духа создается народное правосознание, которое выливается в нормы права. Воля человеческая не играет роли в развитии права, которое происходит чисто объективно, по началу необходимости. Народный дух двигает развитие права помимо сознательного участия людей. Право складывается не так, как оно должно бы быть по субъективному представлению отдельных личностей, а так, как оно должно быть по закону объективной необходимости. Образование права идет не в направлении желательности, а в направлении неизбежности.

Идея саморазвития права из народного духа внутренними силами роста приводит логически к признанию национального характера права. У каждого народа свой дух, искони в него заложенный. Следовательно, правосознание одного народа отличается от правосознания всякого другого народа. Поэтому нормы права, возросшие на почве одного правосознания, непригодны для другого народа, как противоречащие его правосознанию. Чтобы дать народу соответствующее ему право, надо понять его дух, а народный дух тем яснее, чем глубже в историю заглядывает глаз исследователя. Отсюда близость исторической школы к романтизму, устремившему свой взор в далекое прошлое.

Нормы права могут вылиться из народного правосознания двояким образом: непосредственно в форме обычаев и посредственно через законодателя. Конечно, законы тоже отражают народное правосознание, как и обычное право, но то обстоятельство, что законные нормы проходят через отделку законодателя, подрывает в глазах исторической школы ценность этой формы права по сравнению с обычным правом. Обычное право, особенно после исследования Пухты, стало любимым детищем исторической школы.

Отрицая творческое воздействие личности на образование права, отстаивая идею саморазвития путем внутреннего процесса, историческая школа должна была принять консервативное направление. Учение исторической школы противоречит исторической действительности: утверждая, что право развивается внутренними силами, мирным путем, историческая школа обошла два исторических явления в процессе образования права: внешнее влияние и внутреннюю борьбу. Народный дух, этот неиссякаемый источник правообразования, не имеет в себе ничего исторически реального.

Учение исторической школы, с течением времени встречало все более решительную критику. Самым решительным критиком исторической школы следует признать немецкого юриста Рудольфа Иеринга несмотря на то, что он был воспитан в духе школы и достаточно проникся историческим миросозерцанием.

Органическому представлению Иеринг противополагает целесообразность правообразования, мировому процессу - борьбу. Пока право подвергнуто опасности со стороны проивников права, до тех пор ему не избавиться от борьбы. Жизнь права есть борьба, борьба народов, государственной власти, сословий, индивидов.

Верность Иеринга воззрениям исторической школы обнаруживается в признании единства права и изменчивости права. Для Иеринга нет раздвоения права на положительное и естественное - право существует только в виде положительного. Для Иеринга нет вечного, неизменного и всеобщего права: все право - исторически сменяемое явление. С этой стороны Иеринг стоит с исторической школы против школы естественного права.

Но в понимании исторического процесса правообразования Иеринг далеко расходится с исторической школой: по Иерингу право, раз возникнув, требует себе вечного существования, право вечно сменяет право.

Второе отличие от исторической школы заключается в том, что право развивается не из самого себя, а под влиянием внешних сил. Этими факторами являются интересы, двигающие человеком и заставляющие его ставить цели, осуществимые при помощи права.

Третье отличие состоит в том, что образование права под влиянием этих фактором совершается не мирным, а боевым путем. Где только существующее право достаточно крепко укоренилось, новому праву приходится пролагать себе путь при помощи борьбы, и эта борьба тянется нередко целое столетие. Все великие приобретения в истории права: уничтожение рабства, падение крепостничества, свобода поземельной собственности, промыслов, верований и так далее - все они должны были быть завоеваны путем нередко вековой борьбы. Взывая к улучшению права путем борьбы, Иеринг облагораживает ее как средство достижения цели. Он считает, что борьба, необходимая для рождения права, есть не проклятье, а благословение.

Отстаивая против исторической школы роль сознательного начала Иеринг в практическом выводе разошелся с Савиньи и Пухтой в сравнительной оценке обычного права и законодательного творчества. Иеринг отнесся отрицательно к обычному праву и, становясь на сторону школы естественного права, выдвинул роль законодателя как сознательного творца права.

Против исторической школы было выдвинуто два возражения. С одной стороны, было указано, что право развивается не внутри самого себя, не из заранее предопределенного народного духа, а образуется и развивается под влянием внешних факторов. С другой стороны, мы обратили внимание на то, что процесс правообразования происходит небессознательно, а при участии разума и воли индивидов. Была подчеркнута идейная сторона в борьбе за право.

## 1.3. Экономический материализм.

Особое положение в отношении к исторической школе заняли представители экономического материализма. Они отвергли также самораскрытие из духа и признали действие внешних факторов. Но в то же время они отвергли идейное творчество и сблизились с исторической школой в бессознательности процесса правообразования.

Отношение основателей экономического материализма к исторической школе права было самое отрицательное, считая ее не более чем реакцией против "фривольного духа XVIII столетия".[[3]](#footnote-3)

В основу понимания процесса правообразования с точки зрения экономического материализма легло знаменитое место из "Критики политической экономии". В общественном отправлении своей жизни люди вступают в определенные, от их воли не зависящие отношения - производственные отношения, которые соответствуют определенной ступени развития их материальных производительных сил. Совокупность этих производственных отношений образует экономическую структуру общества, реальное основание, на котором возвышается правовая и политическая надстройка и которому соответствуют определенные формы общественного сознания. Способ производства материальной жизни обусловливает собой процесс жизни социальной, политической и духовной вообще. Не сознание людей определяет их бытие, а, напротив, общественное бытие определяет их сознание.

Когда имеется в виду установить важность экономического фактора в образовании права, когда утверждается, что право развивается, складывается под условием склада экономических отношений, то против этого невозможно возражать с точки зрения исторической действительности. История права дает немало подтверждений такому положению. Всюду наблюдается образование общественных классов как группировки по общности интересов, которая вызывается сходством и различием в отношении к распределению капитала и труда. Фактическое влияние в государстве обеспечивается за классом, имеющим наибольшую экономическую силу. Соответственно тому политический порядок складывается всегда в пользу предоставления власти экономически сильнейшему классу. Борьба за фактическое влияние в связи с нарастанием новой экономической силы приводит к процессу преобразования государственного права. В эпоху натурального хозяйства, когда основной ценностью является земля, право дает участие во власти землевладельческому классу, окружающему монарха. Постепенно на почве действующего права происходит перестановка богатства. Рядом с поместьем становится торговый и промышленный капитал, который приводит к представительному образу правления с высоким цензом, обеспечивающим соучастие во властвовании дворянства и буржуазии. Далее экономическое движение приводит к появлению большого и сплоченного по интересам пролетариата, давление котрого влечет ко всеобщему избирательному праву. Так, резкое изменение в юридическом положении женщины имеет свои корни также и в приобретении женщиной экономической самостоятельности.

Школа экономического материализма считает уголовное право системой карательных мер, направленных к защите положения экономически господствующего класса. Уголовные законы охраняют под страхом наказания те экономические интересы, которым при данном экономическом складе угрожает наибольшая опасность. Всякое изменение в экономическом строе должно логически вызывать передвижение норм уголовного права. С точки зрения экономического материализма вся система права есть не что иное, как регламентированный по параграфам и статьям порядок господства интересов имущих классов над интересами неимущих. Вновь выдвигающиеся экономические интересы господствующего класса заставляют законодателя ограждать их от угрожающей им опасности. Уголовные законы видоизменяются применительно к перестановке экономических интересов. Экономический фактор объясняет сильное карательное реагирование крестьянина на нарушение его имущественных интересов по сравнению с нарушениями против его здоровья, чести, свободы. Экономическая конкуренция выдвигает ряд уголовных законов, обеспечивающих средства борьбы одних предприятий против других. В строгих карах против забастовок проявляется забота о защите интересов предпринимателей против начинающих осознавать свою силу рабочих.[[4]](#footnote-4)

Влияние экономики на право проявляется особенно ярко в области гражданского права, разграничивающего экономические интересы. Конечно, право собственности, свобода договора и институт наследования, тесно связаные с капиталистическим строем, не являются только следствием из него, потому что они сложились задолго до него. Но верно то, что эти институты могут принимать различные образы в применении к различию экономической обстановки. При малоразвитом обмене, при преимущественно потребительной оценке права собственности поначалу строится строгая виндикация: собственник может взять свою вещь, где бы ее ни нашел, по какому бы основанию она ни попала владельцу. Наоборот, при общественном порядке, когда на первое место выдвигается меновая ценность, когда предприятия заинтересованы в беспрепятственном передвижении вещей из одного хозяйства в другое, право собственности строится на начале защиты добросовестного потребителя, собственник не может взять своей вещи у лица, которое приобрело ее добросовестным путем. Свобода договора на протяжении XIX века испытала влияние экономических перемен. До половины этого столетия провозглашался принцип свободы, насколько это требовалось соглашением между работодателем и рабочим, из которых первый считал себя достаточно обеспеченным своей экономической силой. Во второй половине того же столетия, когда сами работодатели оказались в зависимости от крупных предприятий, транспортных, страховых, банковых, свобода договора стала сменяться неизменными условиями договора, начертанными самим законом. В институте наследования индивидуализация семьи, как следствие экономических изменений, подорвавших родовые связи, создает постепенное изменение в направлении сокращения лиц, призываемых к наследованию.

И тем не менее все это доказывает только лишь огромное влияние экономических условий на образование права, однако все же не оправдывает заключение, будто экономический фактор составляет единственную силу, двигающую образование права. В объяснении образования права с точки зрения экономического материализма замечают две ошибки: игнорирование идейного фактора и устранение сознательности в творчестве права.

Пусть экономические условия влияют на идейную сторону. Но психика человека не просто отражение экономики, она имеет свои законы действия и развития. В борьбе за право не все сводится к отстаиванию своих материальных выгод. Борцами за новое право выступают не только те, кто может непосредственно выгадать от изменения, но и те, кто может потерять. Впечатление экономического неравенства, страдание одних при роскоши других, порождает идею несправедливости такого порядка даже в тех, для кого сохранение его составляет прямой расчет. Это объясняется тем, что новое впечатление падает на подготовленную ранее идейную почву и в сочетании с другими представлениями двигает мысль и волю человека в направлении, противоположном его материальным интересам.

С другой стороны, неверна картина образования права, рисуемая экономическим материализмом, и в том отношении, что весь процесс правообразования приобретает характер механический, с устранением сознательности. Экономический материализм как бы не признает сознательную борьбу за право, хотя социал-демократия, принявшая это учение как основу политики, стремилась всем силами развить у рабочих сознательность и организовать их для борьбы. Экономический материализм игнорирует идею психического труда в образовании права. А между тем духовная инициатива и духовная инерция в процессе образования права играют выдающуюся роль.

Исторический процесс и его изображение оказывается не столь закономерным, сколь диалектическим. Переход к капиталистическому строю и от капиталистического к социалистическому состоит в развитии и примирении противоречий. В сущности весь исторический процесс, а следовательно, и процесс правообразования представляется в виде "мертвого механизма", соответствующего процесса в физическом мире. В общественной жизни, как и в природе, все явления таят в себе противоречия, которые рано или поздно положат конец его существованию, превратят его в собственную противоположность. Если теперь принять во внимание, что право только надстройка в экономике и что экономика развивается диалектическим путем, то легко прийти к выводу о предопределенности права, что далеко не верно.

# 2. Происхождение права

Итак, мы непосредственно подошли к вопросу об образовании права. Как уже было отмечено во введении, этот вопрос разделяется на две весьма отличных друг от друга части: о происхождении права и о развитии права. Однако одинаково ошибочно как утверждение, что право всегда было, так и утверждение, что право сразу появилось в виде дара богов или в виде изобретения, выдумки людей. Право создалось незаметными переходами, путем дифференциации из однородной массы правил общежития. Долгое время не замечали, как постепенно наростало новое явление, пока оно не достигло такой степени самостоятельности, что обратило на себя внимание и возбудило о себе вопрос. Это внимание, вероятнее всего, было возбуждено чьими-то интересами, которые вдруг почувствовали себя задетыми какой-то новой силой, действие которой до сих пор не подозревали.

Где есть общество, там имеются и правила общежития. На самых ранних ступенях эти правила представляют однородную, недифференцированную массу. Типичным отражением первоначальной однородности может служить индийское законодательство Ману, в котором право, мораль, приличие, религия еще вовсе не разошлись.

Все нормы в это время неразрывно связаны между собой, все одинаково глубоко проникли в сознание каждого как правила должного. Здесь еще нет никакого разлада между нормами, как они есть, и нормами, как они должны быть - должно быть, как есть, и есть, как должно быть. Соблюдение этих норм охраняется давлением общественной среды, не допускающей никаких уклонений от точного их выполнения, и отсутствием критики в поведении каждого человека.

В тех случаях, когда нарушение правил происходило, оно встречало реакцию со стороны того, чьи интересы такой поступок нарушал. Он сам пытался защитить свои интересы, и чувство мести было побудителем к отстаиванию их, а силу придавало сознание своей правоты, которая брала верх над неуверенностью противника. Принцип самоуправства, самопомощи встречается всюду на начальных ступенях. Тот, кому причиняли вред, личный или имущественный, сам должен был позаботиться об охране своих интересов. Долгое время в истории процесса сохраняются следы первоначального самоуправства. По Русской Правде, например, охрана права прежде всего дело самозащиты и самоуправства.

Наряду с самопомощью защита правил общежития поддерживалась судом общественного авторитета. К нему должен был чаще всего прибегать тот, кто чувствовал себя слишком слабым, чтобы отстоять личными силами свои интересы. Это не был суд, организованный властью, это был суд добровольный, наподобие третейского суда. В таких случаях судьями выступали старцы. То обстоятельство, что всюду мы встречаемся с судьями из старейшин, объясняется тем, что когда нет письменных законов, старые люди являются живыми хранителями старины, а опытность, связанная с продолжительной жизнью, внушала себе особую авторитетность их суждениям. Авторитетными лицами, суду которых охотно подчинялись, были часто жрецы, например, в Галлии, по словам Цезаря, друиды. Воодушевленный обществененой поддержкой, потерпевший находил в себе и в общественной среде достаточно силы против обессиленного решением противника.

Но наступает момент, когда из общей массы правил общежития начинает выделяться группа, получившая с течением времени настолько резкие отличные признаки, что уже не могло быть сомнения в зарождении нового явления. Что же вызвало процесс дифференциации, чем объясняется выделение из правил общежития норма права?

Причины дифференциации заключаются в следующем.

Во-первых, численный рост населения. Пока общественная среда невелика, жизнь и поведение каждого человека проходят на глазах у всех. Ему не ускользнуть от внимания и осуждения своих сожителей. Но сколько-нибудь значительно усиление личного состава тотчас же ослабляет влияние общества на личность, потому что внимание среды распределяется между большим числом людей, потому что каждый человек при этом сумеет, хотя бы отчасти, освободить свое поведение от общественного контроля.

Во-вторых, нарушение однородности людей. Пока их личный состав не обнаруживает никаких различий ни по происхождению, ни по богатству, группа сильна единством своих интересов, взглядов, преданий. Но завоевания подрывают эту однородность. Или победители переселяют к себе побежденных, или сами поселяются среди них, заставляя их работать на себя. В пределах одной и той же группы сталкиваются уже заранее прямо противоположные интересы, воззрения, выработанные в разное время при разных условиях. То, что с точки зрения победителей дурно, то с точки зрения побежденных хорошо; то, что первые будут порицать, то вторые будут одобрять. А между тем общественное мнение только и сильно своим единством. Тогда становится ясна недостаточность этого способа охраны правил общежития.

В-третьих, рост общественной группы и нарушение ее однородности приводят к увеличению числа правил, создаваемых для сохранения сплоченности. Как бы медленно ни развивалась жизнь, а все же число правил постепенно накопляется. Удержание всех их в памяти становится затруднительным для стариков, а отсутствие письменности и грамотности возлагает всю надежду на человеческую память. Возможно, что более новые правила не вполне согласуются с прежними. В действии общественного мнения появится некоторое замешательство, которым готовы воспользоваться одни члены за счет других. При таком положении становится очевидной необходимость выделения особой группы норм, поддерживаемой более энергичными средствами.

Сам процесс дифференциации норм права обусловливается нарождением в общественной среде нового явления - суда от имени власти. Зародыш права - в обособлении суда, организованного политической властью, от суда общественного. Как только политическая власть стала обнаруживать свое значение, так сделалось вполне естественным обращение к ней за помощью для защиты своих интересов. К новой силе обращались за защитой те, которые не надеялись на общественный суд или потому, что не считали достаточным его решение, или потому, что боялись неблагоприятного решения. Для князей, королей вмешательство в суд составляло интерес с точки зрения сборов, взимаемых за оказанную помощь.

Суд от власти судил первоначально не по особым правилам и не без участия общества. Суд происходил среди всех собравшихся, к которым судья обращался за указанием норм, или с привлечением наиболее почетных старцев к постановке решения. Особенность этого суда заключалась в соединении двух авторитетов: общественного, в лице старейшин, и политического, в лице судьи. Однако, хотя содержание решения исходило от общественного авторитета, само решение с приказом подчиниться ему исходило уже от политического авторитета судьи.

Но суд власти не мог долго выдержать этой роли. Пользуясь своим авторитетом и побуждаемый интересами тех, кто стоял ближе к власти, суд начал делать выбор между теми правилами, которые ему предлагались общественными элементами, поддерживал одни правила и отвергал другие. Далее, суд основывается на своих прежних решениях независимо от соответствия их общественным правилам, даже вопреки им. Применительно к такой самостоятельности принятой судом власти он стал все больше отрешаться от общественных элементов. Сначала суд происходил в собрании при участии всех собравшихся, потом при участии выборных для данного случая, потом выборных на срок, которые невольно ассимилировались с судьями князя или короля, наконец, вовсе без их участия.

Тот момент, когда суд стал выбирать из предложенных ему правил или стал творить новые правила путем прецедента, был моментом обнаружения права. Впервые возникает представление о том, что существуют правила, расходящиеся с общепризнанными. Несмотря на обнаруженный разлад, близость норм права к прежней массе правил общежития проявляется уже в самом названии. Корни слов "право" и "правда" своей близостью показывают на создавшееся представление о соответствии права нравственным воззрениям, на что указывает также и позднейшее слово "справедливость", то есть то, что согласно с правдой. Недостаточная дифференцированность первоначальных норм права выражается в той тесной связи права с религией и моралью, какая долго еще сопутствует развитию права.

Обнаружение совершенно нового явления в общественной жизни настолько поразило воображение, что праву стали приписывать божественное происхождение. Почти у всех народов сохранилось предание, как боги дали людям право. Это представление выразил в Греции Демосфен, назвавший право изобретением и даром богов. Людям было трудно примириться с мыслью, чтобы такое могучее средство поддержвания общественных связей, как право, могло быть делом рук простых смертных.

Что же замечательного было обнаружено в этом средстве, почему происхождение права можно было связывать с божественным вмешательством? Эта идея могла внушаться теми, кому было выгодно придать большее значение праву, обеспечивающему их интересы. Но эта идея могла сама создаться в уме тех, кто усмотрел в праве защиту против произвола и насилия со стороны более могущественных. Здесь мы подошли к вопросу, явилось ли право новым средством подчинения слабых элементов общества господству сильнейших или же оно создалось как средство обеспечения слабейших элементов против давления сильных.

Трудно сомневаться, что суд как орган власти, начав отбор норм или творчество их, действовал в интересе властвующих. Трудно отрицать, что усмотрев возможность воздействовать на население путем установленных норм, властвующие создавали нормы права, чтобы обеспечить себя организованным действием своей силы. Но нельзя отрицать, что организованный порядок соответствовал интересам слабейших, потому что освобождал их от страха постоянного произвола со стороны властвующих. Право обеспечивает сильных планомерное использование своей фактической силы, но право обеспечивает слабейших от случайных и неожиданных актов произвола.

История права всех народов показывает нам везде почти один и тот же порядок, в каком происходил переход к правовой нормировке. Прежде всего правовой охране подвергается личная неприкосновенность носителей установившейся власти. Право угрожает самыми суровыми наказаниями за всякое покушение на жизнь и здоровье лиц, стоящих у власти или ближе к власти. Это относится к князю, жрецам, дружине. Уголовное право за политические преступления выступает как первый ряд норм права, исходящих от политической власти. Вообще уголовное право составляет главное содержание юридических памятников, причем, чем сборник древнее, тем больше его уголовное содержание. За уголовным правом следуют нормы, определяющие, что должно вносить население в пользу власти - это дань, уроки, налоги. Далее следуют нормы процессуальные. Определение порядка судопроизводства составляет важное содержание древних юридических памятников. Это легко понять, если принять во внимание, что низшие классы заинтересованы главным образом в том, чтобы судили не по произволу, а по установленным правилам. Это первая уступка, делаемая господствующим классом всей массе населения. И только на последнем плане выступают уже нормы гражданского права. Сначала власть стремится укрепить свое положение и отношения между подданными ее не интересуют: это их дело, а не государственное. Только много позднее власть приходит к сознанию, что истинная опора ее в самом обществе, а следовательно, чем прочнее правовой порядок, тем тверже основа, на которой держится государственная власть.[[5]](#footnote-5)

# 3. Развитие права

Многообразие и разнообразие норм права, встречающееся в исторической действительности, не в состоянии подорвать твердо установленные закономерности в развитии права. Трудно утверждать, что всюду, у всех народов, процесс правообразования протекает в одних и тех же формах, но не подлежит сомнению, что наблюдаемое различие в процессе развития есть также действие законов.

Развитие права не представляет собой чего-либо отличного от общего социального развития. Рассмотрение процесса правообразования есть не что иное, как научное отвлечение от цельного исторического процесса. В действительности право, государство, нравы, религия, искусство, наука, материальная культура развиваются рука об руку, в постоянном взаимодействии и связи, как элементы развития общественности.

Первоначальный характер права соответствовал психологии малоразвитого общества. Его отличительные черты, встречающися всюду, где история сохранила следы, заключаются в следующем.

Прежде всего консерватизм права. Авторитет норм права основывается не на их целесообразности, а на их старине. Поэтому создавшееся право трудно поддается преобразованию. Причины консерватизма права следует искать, с одной стороны, в устойчивости внешних условий жизни, а с другой - в психологической неспособности человека к восприятию нововведений. Право находится всецело под действием традиции, которая сама поддерживается косностью мысли человека. Сколько-нибудь быстрое преобразование права встречает затруднения и в том, что право выражается в форме обычая, изменение которого связано с изменением общественного мнения.

Вторая характерная черта - формализм. Юридические акты облекаются в определенную форму, которая должна быть соблюдаема строго и неукоснительно. Малейшее нарушение формальной стороны уничтожает все значение акта. Эта форма состоит в произнесении слов в поточно выработанной формуле, в привлечении свидетелей определенного рода и в определенном числе. Требование формы основывается не на сознательном расчете, который выдвигается иногда законодателем, который устанавливает для сделки форму, желает заставить человека вдуматься в значение совершаемого акта, а на психологии малоразвитого человека, который не способен отличить сущность действия от внешней его стороны, внимание которого останавливается не на воле, выражаемой в действии, а на внешнем его проявлении.

Третья черта - символизм. Юридические акты должны сопровождаться символами, выражающими в конкретной форме абстрактную идею. Если в начале спор о земельном участке происходил на нем самом, то с перенесением процесса в суд необходимо было доставить глыбу спорной земли. Если собственность приобреталась в набеге оружием, то спор о праве собственности между членами одной и той же общественной группы должен был выразиться в прикосновении копьем к спорному предмету. Символизм права соответствовал конкретности мышления малоразвитого человека, который не в состоянии отвлечься от тех случаев, во всей их обстановке, когда правило поведения проявлялось в жизни.

Наконец, следует иметь в виду для характеристики исходных моментов в развитии права, что право мало обособилось от нравов, морали, религии. Процесс правообразования заключается именно в постепенной все большей дифференциации права в среде правил общежития, в дифференциации, происходящей внутри права и в интеграции норм права, которая выражается в том, что, несмотря на постоянное возрастание числа норм права, происходит соединение и координирование их в институты. Этот процесс происходит под воздействием ряда фактов, все более изменяющих характерные черты первоначального права.

Процесс правообразования испытывает на себе действие материального фактора, под которым следует понимать те внешние условия, в которых развивается право. Сюда прежде всего относится природа того места, где живет общество, в среде которого происходит процесс правообразования (например, для направления, какое может принять правообразование, далеко не безразлично, находится ли общежитие у берега моря или оно расположилось вдали от него, сплочено ли население окружающими горами или рассыпалось по равнине). Политический строй и право народа, живущего земледелием, отличается большей консервативностью, чем строй и право торгового народа, живущего у моря и легко поддающегося переменам, потому что сама торговля вырабатывает подвижность, совершенно несвойственную однообразному земледелию. Сплоченное население, при большей остроте столкновения интересов, строже держится правовых форм, нежели население, рассеянное на значительном пространстве, менее нуждающееся в точном урегулировании отношений. Материальный фактор следует видеть и в расовой особенности, насколько в одной и той же местности разные расы могут дать далеко различные культуру и право, как, например, древние греки и современные турки. Материальный фактор в настоящее время выражается главным образом в экономической строе. Если бы мы не знали степень экономической культуры какого-нибудь народа, но имели бы данным его право, мы могли бы воспроизвести высоту его экономического развития по правовым данным.

Рядом с материальным фактором на развитие права оказывает решающее влияние идейный фактор, под которым следует главным образом понимать рост сознательности человека. Подчиняясь первоначально силам природы, человек начинает познавать эти силы и приспосабливать внешний мир к своим потребностям. То же самое наблюдается и в отношении социальной среды. Сначала человек чувствует себя данным в обществе, как и в природе, среда - это факт, не допускающий критики. Но постепенно, на почве сравнения различного положения, занимаемого людьми в этой среде, на почве противопоставления интересов, пробуждается критическая мысль, оценивающая условия общественного существования. Являясь сначала достоянием незначительного меньшинства, сознательная критика общественности распространяется по все большим кругам. Критическая мысль пробуждается и работает все более усиленным темпом по мере того, как все быстрее изменяются внешние условия существования. Сознание направляется на приспособление окружающей среды к целям достойного существоания человека, к обеспечению интересов материальных и духовных каждой личности. Оружием такого сознательного воздействия служит закон, в котором полнее всего выразилась дифференциация права и который лучше всего отвечает задаче сознательного нормирования взаимных отношений между людьми в обществе.

Чем сильнее вытесняет сознательность традицию, тем более острый характер принимает борьба за право, как важный фактор в процессе правообразования. Путем права господствующие классы укрепляют свою позицию, хотя бы ценой частичных уступок,- путем права низшие классы завоевывают новые позиции на пути улучшения личного и материального благосостояния, хотя бы ценой временного примирения с неравенством положения. Эта борьба сводится, таким образом, к отстаиванию старого права со стороны заинтересованных в сохранении существующего порядка и к проведению нового права со стороны заинтересованных в изменении этого порядка. Борьба принимает вид столкновений то на почве физической силы, то на почве идейной. В жизни общества наступают иногда острые моменты, когда борьба за право разрешается путем революций, восстаний, бунтов. И этот способ борьбы обусловливается недостатком иных способов. Но сознательное отношение к общественному строю приводит к убеждению, что для предотвращения кровавых столкновений необходимо открыть широкий правовой простор для идейной борьбы, которая бы сводилась к убеждению общественной массы в необходимости преобразования права в том или ином направлении с целью примирения недовольных с существующим порядком.

Процесс правообразования испытывает на себе еще действие весьма крупного фактора - заимствования. Право не развивается исключительно в недрах одного народа теми силами, какие заложены в данном общественном союзе. Национальный характер право носит только в самом начале культурной жизни, когда общественный союз держится изолированно. Чем больше втягивается народ в жизнь других народов, тем более испытывает он воздействие права. Это влияние первоначально выражается в двоякой форме: путем военного столкновения и путем коммерческого соприкосновения. Военный успех нередко сопровождался навязыванием права

победителей побежденным, которые постепенно примиряются с ним. Коммерческие же отношения были первыми проводниками чужого права. Степень экономических связей, соединяющих одну страну с другой, определяет их правовую близость не только потому, что сходство экономических условий порождает сходство права, а также и потому, что совершение сделок на почве международного обмена должно неминуемо привести к стиранию особенностей права каждой страны, нормирующего эти сделки. Наконец, на высшей ступени заимствование производится путем сознательного перенесения к себе учреждений и правовых институтов, соответствующих целям общежития и обеспечивающих государство в его борьбе за существование с другими государствами.

В процессе своего развития право все более стремится обособиться, отстоять свои специфические черты. Тесно связанное с религией вначале, право в дальнейшем сбрасывает с себя религиозный покров и обнаруживает тенденцию стать чисто государственным. Также сильно обнаруживается стремление права обособиться от морали. Эта цель достигается тем легче, чем совершеннее становится законодательный аппарат, который приобретает способность работать без морального двигателя. Общество и государство воздействуют каждое своим средством. И это отличие права от морали не стирается оттого, что государственная власть, становясь все более под контроль общественного мнения, вынуждена в своем правовом творчестве придерживаться моральных требований общества. Мораль все более влияет на то, какое право образуется, но созданное право действует независимо от морали.

Такова дифференциация права в процессе его развития среди других правил общежития. В то же время внутри права, по мере его развития, происходит новый процесс дифференциации. Вначале единое, право в дальнейшем распадается на части, довольно далеко расходящиеся в своих главных чертах. Прежде всего, право распадается на две большие области - на публичное и частное право с резко выраженными чертами отличия. В пределах каждой области идет дальнейший процесс диффернциации.

Увеличиваясь в количественном отношении и отличаясь качественно как извне, так и внутри, нормы права в то же время обнаруживают стремление к интеграции. Выдвигаясь вначале по мере того, как жизнь создает случай, требующий нормирования, и приобретая поэтому казуистический характер, право в дальнейшем, при сознательном творчестве захватывает случаи не только бывшие, но и возможные и приобретает абстрактный характер. Нормы права не становятся рядом друг с другом на равном положении, а преобразуются в стройную систему, где нормы располагаются иерархически. Чем развитее право, тем сильнее абстрактность берет верх над казуистичностью, тем меньшее число положений необходимо для того, чтобы охватить с правовой стороны наибольшую область жизненных отношений.

Заключение.

Социальное регулирование первобытных обществ можно рассматривать в качестве предправового социального явления. В нем по мере общественного развития, с численным ростом населения, с нарушением однородности людей, появлением различий между людьми по происхождению, по богатству все более накапливаются элементы, которые потом, когда сложились необходимые социальные факторы, являются предпосылкой появления права. Право при переходе общества к цивилизации возникло не вдруг, не на пустом месте: его появление в какой-то мере было подготовлено развитием системы социального регулирования первобытных обществ.

Обществу в эпоху цивилизации потребовался принципиально новый социальный регулятор, который смог бы выполнить по крайней мере две задачи.

Первая - обеспечить в обстановке усложнения всей общественной жизни функционирование общества как сложной и динамической системы, целостного организма, несравненно более высокого порядка, чем первобытное общество. И притом такое функционирование, которое определяет глубинные (нормативные) начала общества. Непосредственно существенную роль сыграли потребности экономических отношений, складываюшихся в условиях частной собственности, товарного производства и рынка. Потребность закрепить, сделать незыблемой собственность, создать беспрепятственное распоряжение ею, утвердить экономический статус товаровладельцев, необходимость обеспечить для них устойчивые и гарантированные экономические связи, постоянные, прочные и обязательные для всех предпосылки хозяйственной, коммерческой деятельности, надежные и стабильные предпосылки для самостоятельности, активности, инициативного действия явились исходным источником многих важнейших свойств юридической формы общественного регулирования.

Второй задачей в условиях цивилизации явилась необходимочть провести в жизнь исходное гуманитарное начало - закрепить и обеспечить надлежащий статус автономной личности, ее индивидуальную свободу, следствием чего в экономических отношениях является право собственности и свобода договоров, а социально-политической сфере - личные, политические и социальные права и свободы.

Возникновение этого социального регулятора, получившего название "право", связано с формированием государственной власти, ее институционного выражения - государства. Возникновение права непосредственно обусловлено требованиями самого общества, вступившего в эпоху цивилизации, прежде всего требованиями обеспечения его целостности, товарно-рыночной экономики, а также гуманитарными началами. А вот обретение этим принципиально новым регулятором необходимых свойств, позволяющих ему быть мощной силой, способной решать новые сложные задачи, невозможно без государства, без взаимодействия с ним.[[6]](#footnote-6)

Ключевой, внешне зримый момент, наглядно свидетельствующий о возникновении права, - это появление в сфере официальной государственной жизни писаных норм (точнее, писаных источников права и формально-определенных норм), закрепляющих права и обязанности, поддерживаемых государственным принуждением и способных быть носителями интеллектуального содержания (плода интеллектуальной работы). Именно этот момент выражает отрыв регулирования от естественно-необходимых, природных связей и формирование внешне объективированного институционного нормативного образования с набором строго определенных, особых свойств (нормативностью, формальной определенностью, государственной обеспеченностью, системностью).

Предыстория права характеризуется по крайней мере двумя взаимосвязанными чертами:

во-первых, тем, что юридическое регулирование еще недостаточно отдифференцировано от социального регулирования в целом, от иных, неюридических его разновидностей (моральной, религиозной и других);

во-вторых, тем, что элементарными, примитивными являются нормативные обобщения; они представляют собой по большей части государственно-нормативное выражение индивидуального решения или призванного и защищаемого государством обычая.

В этом смысле первые письменные памятники права древнейших цивилизаций (законы Ману, Законы XII таблиц, хетские законы и другие) и средневековья (так называемые варварские правды прежде всего) по своим технико-юридическим характеристикам удивительно схожи. Все они - компиляции, состоящие главным образом из трех основных элементов:

во-первых, решений конкретных дел, которым в той или иной степени придано нормативное выражение (то есть прецедентов);

во-вторых, господствующих обычаев, нередко также отражавших сложившиеся образцы индивидуальных решений; в-третьих, некоторых прямых правотворческих постановлений.

Позднее, в ходе экономического, политического, культурного развития общества в условиях цивилизации, тот или иной элемент специально-юридического содержания права приобретает доминирующее значение, становится основой последующего прогресса. И тогда начинается специфическая история права, формирование и развитие национальных правовых систем и семей.

При этом нужно взять на заметку то существенное обстоятельство, что с первых же фаз своего бытия право сложилось и стало развиваться по двум самостоятельным (хотя и взаимодействующим) сферам - в виде публичного и частного права. И та и другая сферы представляют собой различные, в чем-то даже несопоставимые категории, особые "правовые миры".

Возникнув, право заняло центральное место (или во всяком случае одно из центральных мест) в системе социального регулирования общества. По своим свойствам и регулятивным качествам, по заложенной в нем социальной энергии право приобрело значение главного регулятора, при помощи которого решаются коренные вопросы и задачи социального развития общества.

Ценности права - великое достижение цивилизации и культуры - складывались веками, накапливались многотрудным опытом человечества, закалялись в его испытаниях. Их важнейшее свойство - непрерывность в развитии, накопление и утверждение все более совершенных и искусных механизмов и форм, когда право обретает особые качества - возникает последовательная правозаконность. И первейшая задача нынешнего времени - восприятие ценностей мировой правовой культуры, творческий поиск теоретических решений во имя возрождения нашего Отечества.

# Литература.

1. Всеобщая история государства и права З.М. Черниловский, "Юрист", Москва 1995год, 576 стр.
2. Всеобщая история государства и права. З.М.Черниловский, "Юрист", Москва 1995г.
3. История государства и права зарубежных стран, под ред. О.А.Жидкова и Н.А.Крашенниковой, в 2-х частях, ч.I, "НОРМА", Москва, 1996г.
4. История государства и права России, курс лекций, И.А.Исаев, "БЕК", Москва, 1993г.
5. История государства и права России. Исаев И.А., "Юрист", Москва, 1994г.
6. Общая теория права Г.Ф. Шершеневич Москва 1995 г 363 стр.
7. Основы государства и права. А.Б.Венгеров, И.Ф.Казьмин, А.В.Миукевич и др. Под. ред. А.Д.Кашина. "Высшая школа", Москва, 1987г.
8. Теория государства и права. Курс лекций. В 2-томах, т.I, "Юридический колледж МГУ", Москва, 1995г.
9. Теория права, С.С.Алексеев, "БЕК", Харьков, 1994г.
10. Черданцев А.Ф. «Теория государства и права» учебник для ВУЗов - М.: Юрайт - М 2001 год, 432стр.

1. Черданцев А.Ф. «Теория государства и права» учебник для ВУЗов - М.: Юрайт - М 2001 год, 432стр. [↑](#footnote-ref-1)
2. История государства и права России, курс лекций, И.А.Исаев, "БЕК", Москва, 1993г. [↑](#footnote-ref-2)
3. Теория государства и права. Курс лекций. В 2-томах, т.I, "Юридический колледж МГУ", Москва, 1995г. [↑](#footnote-ref-3)
4. Всеобщая история государства и права. З.М.Черниловский, "Юрист", Москва 1995г. [↑](#footnote-ref-4)
5. Теория права, С.С.Алексеев, "БЕК", Харьков, 1994г. [↑](#footnote-ref-5)
6. Общая теория права Г.Ф. Шершеневич Москва 1995 г 363 стр. [↑](#footnote-ref-6)