

М. А. Исаев

ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

Том 1

Введение в историю права.

Древний мир

УЧЕБНИК

ДЛЯ АКАДЕМИЧЕСКОГО БАКАЛАВРИАТА

3-е издание, исправленное и дополненное

*Рекомендовано Учебно-методическим отделом
высшего образования в качестве учебника для студентов
высших учебных заведений, обучающихся по юридическим
направлениям*

**Книга доступна в электронной библиотечной системе
biblio-online.ru**



Москва ■ Юрайт ■ 2018

УДК 340.15(075.8)

ББК 67.3я73

И85

Автор:

Исаев Максим Анатольевич — профессор, доктор юридических наук, профессор кафедры конституционного права международно-правового факультета Московского государственного института международных отношений (университета) Министерства иностранных дел Российской Федерации.

Рецензент:

Гребенюк А. В. — кандидат исторических наук, профессор.

Исаев, М. А.

И85

История государства и права зарубежных стран. В 2 т. Том 1. Введение в историю права. Древний мир : учебник для академического бакалавриата / М. А. Исаев. — 3-е изд., испр. и доп. — М. : Издательство Юрайт, 2018. — 423 с. — (Серия : Бакалавр. Академический курс).

ISBN 978-5-9916-3973-6 (т. 1)

ISBN 978-5-9916-3975-0

Представлен фундаментальный курс истории государства и права зарубежных стран, в котором учтены новейшие научные достижения. Учебник написан в соответствии с требованиями Федерального государственного образовательного стандарта высшего образования четвертого поколения по направлениям «Юриспруденция» и «Правоведение». В основу учебника положен курс лекций, которые автор читал в течение ряда лет на международно-правовом факультете МГИМО(У)МИД России и на факультете права НИУ ВШЭ.

Для студентов высших юридических учебных заведений, получающих образование по направлению «Юриспруденция».

УДК 340.15(075.8)

ББК 67.3я73



Все права защищены. Никакая часть данной книги не может быть воспроизведена в какой бы то ни было форме без письменного разрешения владельцев авторских прав. Правовую поддержку издательства обеспечивает юридическая компания «Дельфи».

ISBN 978-5-9916-3973-6 (т. 1)

ISBN 978-5-9916-3975-0

© Исаев М. А., 2011

© Исаев М. А., 2014, с изменениями

© ООО «Издательство Юрайт», 2018

Оглавление

Предисловие	5
Авторское предисловие	9

Введение. Основы современного правопонимания

Глава 1. Введение в науку история права.....	10
1.1. Предмет науки история права.....	10
1.2. Методология науки история права	23
<i>Контрольные вопросы и задания.....</i>	<i>31</i>
Глава 2. Проблемы древней истории права и общества	32
2.1. Антропогенез.....	32
2.2. Становление общества.....	35
2.3. Формы древнего общества	36
2.4. Древнее право	47
2.5. Проблема формации в истории цивилизации.....	52
<i>Контрольные вопросы и задания.....</i>	<i>54</i>

Часть первая

ПРАВОВЫЕ ЦИВИЛИЗАЦИИ ДРЕВНЕГО МИРА

Раздел I. Древний Восток

Глава 3. Древний Египет.....	57
3.1. Территория и территориальное управление Египта.....	58
3.2. Население.....	62
3.3. Государственная власть.....	70
3.4. Право и судебная система Египта	74
<i>Контрольные вопросы и задания.....</i>	<i>86</i>
Глава 4. Право и общество стран Передней Азии	87
4.1. Правовая цивилизация Древнего Шумера.....	87
4.2. Государство и общество Древнего Вавилона.....	98
4.3. Кодекс царя Хаммураби.....	115
4.4. Государство и общество Древней Иудеи	130
4.5. Моисеево законодательство	142
<i>Контрольные вопросы и задания.....</i>	<i>156</i>
Глава 5. Право и общество Древней Индии.....	157
5.1. Общие замечания	157

5.2. Территория и территориальное управление в Древней Индии	171
5.3. Население Древней Индии	176
5.4. Государственная власть	188
5.5. Правовая система Древней Индии.....	191
5.6. Суд и организация правосудия в традиционной Индии	212
<i>Контрольные вопросы и задания</i>	218
Глава 6. Право и общество Древнего Китая	219
6.1. Общие замечания и характеристики	219
6.2. Территория и территориальное управление в Древнем Китае	241
6.3. Население	249
6.4. Государственная власть.....	253
6.5. Право и суд в традиционном Китае	261
<i>Контрольные вопросы и задания</i>	272

Раздел II. Древний Запад

Глава 7. Правовая цивилизация Эллады	273
7.1. Общая теория полиса (города-государства).....	273
7.2. Синойклизм	276
7.3. Полис	290
7.4. Государственный строй Афин	297
7.5. Право и суд в Древних Афинах	319
7.6. Государственный строй Древней Спарты	338
<i>Контрольные вопросы и задания</i>	345
Глава 8. Римская правовая цивилизация	346
8.1. От civitas к Pax Romana	346
8.2. Территория Римской державы	351
8.3. Население Древнего Рима	361
8.4. Организация государственной власти в Древнем Риме	372
8.5. Система источников римского права	393
8.6. Гражданское (частное) право и процесс в Древнем Риме.....	404
8.7. Уголовное право и процесс в Древнем Риме	414
<i>Контрольные вопросы и задания</i>	423

Предисловие

Вот уже более двухсот лет учебная дисциплина «История права и государства» является необходимым условием для получения высшего юридического образования в России. Высоквалифицированный специалист-правовед в современных условиях должен уметь ориентироваться в огромном потоке юридической информации, ему необходимо владеть развитыми навыками интерпретации юридических фактов и текста права. Знание исторических условий существования и развития правовых феноменов существенно расширяет профессиональный кругозор и эрудицию будущего специалиста. Всему этому в базовой основе юрист учится в рамках высшего профессионального образования, программы бакалавриата.

История государства и права зарубежных стран — это учебная дисциплина, которая входит в базовую (общепрофессиональную) часть профессионального цикла Федерального государственного образовательного стандарта высшего профессионального образования (ФГОС ВПО) для бакалавров. Данная дисциплина в совокупности с другими юридическими дисциплинами является одним из основополагающих теоретических и методологических фундаментов для формирования у студента юридического мышления, спецификой которого является создание (осмысление) основы для разрешения социальных конфликтов в обществе и обеспечения существования социума в рамках стабильного развития. Вместе с другими дисциплинами базовой части профессионального цикла ФГОС ВПО «История государства и права зарубежных стран» обеспечивает инструментарий формирования профессиональных компетенций бакалавра.

При изучении дисциплины «История государства и права зарубежных стран» бакалавр должен обладать следующими компетенциями:

знать:

— основные понятия, категории и конструкции истории права и государства;

- базовые модели развития исторических обществ и цивилизаций, начиная с древности вплоть до наших дней;
- теоретические и практические подходы к толкованию текстов права на примере памятников права;
- природу и сущность права и государства Древнего мира, Античности, Средневековья и Нового времени;
- содержание правовых феноменов различных типов исторических цивилизаций;
- особенности возникновения и формирования основных систем права;
- установление и развитие государственного механизма, систем частного права в ведущих странах;
- особенности формирования и деятельности государственного механизма на основе конституционных принципов: парламентаризма, разделения властей, народного суверенитета и федерализма;
- содержание основных памятников права, актов конституционного законодательства эпохи Древнего мира, Античности, Средневековья и Нового времени;
- ведущие теории исторического процесса применительно к истории права и государства;

умень:

- анализировать и толковать правовые феномены в потоке времени и в привязке к географическим локусам;
- сравнивать определенные исторические этапы в разных государствах;
- выделять особенности развития правовых систем разных стран;
- формулировать предпосылки формирования учреждений централизованного государства разных эпох;
- выявлять особенности развития механизма государства разных эпох;
- формулировать предпосылки формирования демократических институтов Нового государства;

владеть:

- навыками проведения сравнительного анализа различных правовых явлений, памятников права в потоке времени;
- навыками работы с правовыми документами, актами законодательства;
- навыками оценки правовых актов (конституций) и других основных правоустанавливающих актов;
- навыками оценки знаковых событий в истории разных стран и составления собственного мнения по ним.

Изучение дисциплины «История государства и права зарубежных стран» основывается на сумме знаний, полученных студентами в ходе освоения общей истории, а также общей теории государства и права. Материалы данного учебника могут быть использованы при изучении дисциплин: «Теория государства и права», «Конституционное право зарубежных стран», «Административное право зарубежных стран» и «Гражданское (частное) право зарубежных стран» в высших юридических учебных заведениях России и стран СНГ.

При работе над учебником использовались достижения как отечественной, так и западной науки истории права за последние десятилетия. Большое внимание было уделено непосредственному анализу текстов правовых памятников, часть которых недоступна студентам либо из-за редкого издания, либо в связи с отсутствием их перевода на русский язык.

Учебник состоит из введения и семи разделов. *Во введении* рассмотрены предмет и методология науки истории права и государства, проанализированы последние по времени общие теории антропогенеза и возникновения общества и государства.

В первом разделе (Древний Восток) рассмотрена общая типология государства и права ирригационных цивилизаций древности: Египта, Шумера, Вавилона, Индии и Китая. Здесь проанализированы особенности становления права и государственности древней Иудеи, чья культура оказала огромное влияние на Западный тип цивилизации.

Второй раздел (Древний Запад) посвящен анализу полисного типа демократии, на котором строилась государственность древней Греции и Рима. Здесь же рассмотрены основные этапы становления римского частного права.

В третьем разделе (Наследие Античности) рассмотрена история становления и развития Церкви как общественного института, канонического права, прослежена историческая судьба Восточной части Римской империи, более известной как Византия. Последняя тема представляет особый интерес для отечественного специалиста, так как национальное русское право развивалось под громадным влиянием культуры и права этой цивилизации.

Четвертый раздел (Становление цивилизации ислама) посвящен анализу и истории развития исламского права и государственности (уммы).

В пятом разделе (Становление правовой цивилизации Европы) рассмотрены факторы и условия, приведшие к формированию современного типа западного общества: государственность варваров, эволюционировавшая в общество феодального типа. Рассмотрены особенности существования права в условиях феодализма, его влияния на общественные институты.

В шестом разделе (Становление национального государства) рассмотрены процессы, приведшие к возникновению на Европейском континенте государства нового типа — *Etat-nation* (Национального государства). Выявлены и проанализированы особенности и формы буржуазных революций как главного инструмента по строительству государства нового типа. Здесь же рассмотрена история буржуазного законодательства в общегражданской и торговой сферах, история создания колониальных империй и их крушений, становление современного типа государственности Японии.

В седьмом разделе (Становление современного общества) проанализированы тенденции, приведшие к формированию современного типа государства (*Welfare State*) и формы, в которых государство благоденствия продолжает существовать по сегодняшний день. Определено главное условие данного рода эволюции — кризис национального государства, воплотившийся в тоталитарных режимах XX века: фашизме, национал-социализме и коммунизме.

Настоящий учебник предназначен для бакалавров всех направлений, изучающих историю права и государства.

Авторское предисловие

В основу настоящего учебного курса согласно замыслу автора положены *первоисточники*, что вызвало потребность в цитировании многочисленных произведений античных и средневековых авторов. Ссылки на эти произведения даны согласно традиции, устоявшейся в русской академической науке. Иными словами, ссылки даны согласно пагинации или рубрикации, установленной при *научном издании* текста произведения того или иного древнего или средневекового автора. Например: Аристотель. Политика. 1252 b5. Для издания трактата «Политика» Аристотеля в четвертом томе его Собрания сочинений: Москва, изд. «Мысль» 1984 года это место будет соответствовать с. 377 научного издания труда данного автора.

Ссылки на памятники древнего права даны также согласно рубрикации, произведенной при их публикации на русский или другие иностранные языки. Например: Артхашастра. II. 1, что соответствует второму отделу главы первой названного памятника (с. 52 изд.: М., 1993).

Тексты книг Библии цитируются по принятому в патристике и богословской науке способу. Сначала приводится краткое наименование книги Ветхого или Нового Завета, затем дается нумерация главы этой книги, затем — нумерация стихов. Например: Второзак., 21: 15–17, что означает: Второзаконие (пятая книга Пятикнижия), глава 21, стихи с 15 по 17.

Введение ОСНОВЫ СОВРЕМЕННОГО ПРАВООПОНИМАНИЯ

Глава 1 ВВЕДЕНИЕ В НАУКУ ИСТОРИЯ ПРАВА

После изучения данной главы бакалавр должен:

знать:

- основные понятия и категории науки истории права;
- особенности предмета и методологии науки истории права;
- общий характер и закономерности исторического процесса;

уметь:

- анализировать правовые феномены в привязке к предмету и методу науки истории права;

владеть:

- понятийным аппаратом в области методологии науки истории права.
-

1.1. Предмет науки история права

Общее понятие науки

«Все люди от природы стремятся к знанию» — с этих слов начал свою «Метафизику» Аристотель. Накопление знаний, их систематизация, проверка и обоснование со временем приводят к появлению науки. Наука становится объективной формой систематизированного знания.

Правда, здесь нам не обойтись без некоторых уточнений. Знание становится научным не с самого начала возникновения цивилизации. На Древнем Востоке понятие

абсолютной истины было выработано в форме непререкаемых метафизических догматов¹. Древние греки положили начало традиции не принимать ту или иную сумму знаний на веру (источником которых, напомним, на Древнем Востоке считалось божественное откровение), а искать логическое обоснование их истинности. На этой традиции строилась система научного знания практически без изменений в течение последующих двух тысяч лет, пока в конце эпохи Просвещения (XVIII в.) Иммануил Кант не создал фундаментальный критерий научности знания, сводимый к понятию суждения о возможности и, следовательно, способе (видах, формах и т.п.) существования мыслимого объекта в мире. Научное знание, говоря проще, это *суждение о том, как существует определенный объект в его формах, свойствах и соотношении с другими объектами окружающего мира*.

Знание немислимо без своего носителя, оно даже бессмысленно без своего субъекта, как не имеет смысла Вселенная без Наблюдателя. Это телеологическое понимание науки выводит нас снова на важное положение, основы которого были заложены также древними греками, но окончательное содержание было выработано опять-таки Кантом. В научном знании огромная роль принадлежит субъекту — он главный критерий классификации наук. Именно посредством субъекта вырабатывается классификация наук на: *науки о самом субъекте* (мыслящем «Я»), т.е. человеке, и *науки об окружающем субъекта мире*. Этот дуализм научного знания получает отражение в познаваемом предмете науки. Формами познания служат понятия и категории, в которых мыслится объективное существование предмета познания.

Такая классификация позволила четче определить сам предмет наук. Предмет наук естественных — *изучение объективных законов реального мира*, предмет наук гуманитарных (раньше употреблялось более удачное выражение: «науки о духе» — «Geistlichwissenschaft») заключен в *изучении объективных законов мышления*. Изначально это разделение было жестким, но с конца XIX в. наблюдается взаимное проникновение «физики» в «метафизику», и наоборот.

¹ В соответствии с непреложными верованиями древних народов практически всех цивилизаций, как Востока, так и Запада начало знания было положено богами. Боги то спускаются с небес, то выходят из пучины морской, то просто сбрасывают с неба предметы культуры. Такое однообразное толкование начала цивилизации у разных народов не может не вызывать удивление.

История права как гуманитарная наука

История права как наука принадлежит к разряду гуманитарных наук со всеми вытекающими из этого последствиями. Она исследует явления, происходящие в сфере Духа: таких проявлений разума человека, как право и история. Соответственно, вопрос о предмете науки истории права распадается на два подвопроса: что есть право и что есть история?

Несмотря на многочисленные варианты ответа на вопрос, что есть право, обусловленные различными типами правопонимания, под правом понимается всегда и везде некая общая совокупность понятий. *Право — это понятие порядка, данное в нормах (правилах). Этот нормативный порядок подлежит неукоснительному исполнению. Неисполнение наказывается внешней силой (принуждением). И последнее, право как нормативный порядок опосредует только поведение людей.* Самая существенная проблема правопонимания обусловлена попытками дать ответ на два других возникающих вопроса: каково содержание порядка и каков характер внешней силы, санкционирующей порядок?

Мы не станем отнимать хлеб у представителей науки теории и философии права, в целях экономии укажем на то, как мы отвечаем на эти два вопроса, поскольку именно ответы на них положены в основу настоящего курса. Содержанием порядка в нашем понимании является свобода поведения индивида, ограниченная рамками (нормами или правилами), суть которых выражена в рациональном смысле их собственного содержания. Граница (норма, правило) — это обусловленное временем своего существования понятие о правильной (истинной) форме поведения человека в ситуации, которая опосредована правом.

Поясним эту мысль на примере. Человек как биологическое существо в ходе эволюции, если принимать во внимание данные антропологии, начисто утратил такой условный рефлекс, как торможение. Причем считается, что отсутствие этого рефлекса явилось отличительной чертой человека от других млекопитающих. Иными словами, человек — бесконечно агрессивное существо, чье поведение регулируется только запретами, сформированными правом, являющемся в данном случае показателем цивилизованности общества, в котором живет человек. Неспособность сформулировать эти запреты в общественном поведении и привела, в частности, к вымиранию неандертальцев и других палеоантропов. Они были просто вынуждены держаться крайне малочисленными группами и не создавать больших коллективов!

Рациональный смысл запрета, таким образом, заключается в простой истине: или самоуничтожение, или сохранение форм общественной жизни за счет подавления природной агрессивности. Дилемма не столь уж надуманная, как может показаться. В этнографической литературе описаны случаи вендетты, приводшей к взаимному истреблению двух соперничающих кланов. В современном мире эта агрессивность проецируется даже на отношения международного масштаба, ведь что такое «стратегия взаимного ядерного сдерживания» сверхдержав, как не сублимированная форма страха взаимного уничтожения?

Ответ на второй вопрос, о внешней санкционирующей силе, разрешается с исторических позиций. Эта сила в разное время персонифицируется в форме рода, племени, общины, государства и т.п. Это формы власти, выработанные цивилизацией. Необходимо подчеркнуть, что эти цивилизационные формы даны в виде группы норм и сами становятся по сути правовыми явлениями! Поэтому, каким бы парадоксальным это ни показалось, внешняя санкционирующая право сила покоится на праве!

Ответ на вопрос, что есть история, не может быть дан в той простой форме, как ответ на предыдущий вопрос.

Понятие историзма

Сложность заключается, прежде всего, в неопределенности понятий и категорий истории. Например, на интуитивном уровне каждый способен ощутить генетическую связь понятия истории с понятием времени. Время — это необходимое условие становления истории. Но при ответе на вопрос, что есть время, всякий раз сталкиваешься с парадоксом Блаженного Августина. Тот как-то заметил, что когда его не спрашивают, что есть время, он знает ответ на этот вопрос, а когда спрашивают — то не знает. Это знаменитое высказывание из его «Исповеди» (*Confessionum. 11. XIV*) позволяет нам вслед за «ишпонским епископом» интуитивно определиться с понятием времени. Время — это попытка нашего разума воспринимать окружающий нас мир в динамике, в становлении, как сказал бы Гегель. Получается, что время — не что иное, как одна из форм нашего мышления. Сказанное подтверждается представлением о цикличности времени, которое было выработано в глубочайшей древности.

Время, эпохи повторяются, но это повторение имеет парадоксальное свойство, его фактичность (ряд фактов, из ко-

торых оно, собственно, состоит) противоречива, поскольку изменение, составляющее свойство этих фактов, невозможно верифицировать логически безупречным образом. Напомним: в одну и ту же реку нельзя войти дважды. Время, несмотря на свою цикличность, одновременно уникально, что замечено еще Гегелем, с иронией утверждавшим, что на примере истории ни народы, ни правители ничему не учатся!

Это как раз и есть проблема, получившая наименование *историцизма*. Историцизм утверждает относительность исторического знания: если каждая эпоха уникальна сама по себе, то смысла в этом нет. Из этого бесконечного ряда уникальностей не получается объективной истины.

Поэтому научное понимание истории возможно только в пределах поиска «связи времен», т.е. в попытках отыскать смысл в истории, сформулировать понятие *историзма*. Первым такую попытку сделал «отец истории» Геродот, утверждавший, что смысл истории заключен в ее дидактическом свойстве. История должна учить:

«Геродот из Галикарнаса собрал и записал эти сведения, чтобы прошедшие события с течением времени не пришли в забвение и великие и удивления достойные дела как эллинов, так и варваров не остались в неизвестности...» (*Геродот. История. I.1*). Он удачно, терминологически безупречно назвал свое занятие «ἱστορία». В переводе с древнегреческого это слово означает «исследование».

Более сложные дидактические свойства истории отмечал Лейбниц:

«Трех выгод ждем от истории (*acessiones historicae tria sunt que expectimus in historia*): прежде всего — наслаждения узнавать необычные вещи, затем — полезных, особенно для жизни, наставлений и наконец — рассказа о том, как настоящее произошло из прошлого, когда все превосходно выводится из своих причин (*cum omnia optime ex causis noscatur*)».

В дальнейшем понятие истории усложнялось, как отмечал Гегель, под историей начали понимать как *historia rerum gestarum*, так и *res gestas*: историю деяний и сами деяния. Этот дуализм позволил точнее увидеть смысл истории: «понимание более позднего из его эквивалентности более раннему». Определение это принадлежит известному немецкому историку Георгу Зиммелю. Впрочем, этот смысл истории достаточно рано стал достоянием здравого смысла, отразившись в пословицах. Как тут не вспомнить английскую поговорку: *future hauntes the past* — «будущее отбрасывает тень»!

Таким образом, постановка основного вопроса о научности истории: «как из реальных событий создается научное построение, именуемое нами историей» [Зиммель. 1. 1996: 532], редуцируется в другой: каков смысл истории? Научность, согласно критериям, выведенным нами ранее, трансформируется исключительно в одну проблему: а есть ли в истории вообще хоть какой-то смысл? Однозначного ответа на этот вопрос до сих пор нет.

История как наука одновременно содержит в себе строгую структуру (что доказано К. Марксом), представляющую собой закономерность не смены одних общественных форм другими, как думал этот мыслитель, а закономерность становления общественных форм, простейшей структурой которых является схема: зарождение — развитие — упадок — гибель. Одновременно с этим история демонстрирует нам абсолютный релятивизм: невероятную трудность объяснения настоящего из прошлого и абсолютную невозможность предвидения будущего из настоящего. Порой вообще кажется, что история есть не более чем калейдоскоп причудливых фактов, бессмысленных в своей совокупности, и только «хитрость разума» (Г. Гегель) позволяет видеть единую нить событий, скрытую страстями — побудителями поступков людей.

Из сказанного возможен только один вывод: *история — это всего лишь форма реальности, создаваемая мышлением человека!*

Каково содержание этой формы? Содержание этой формы представляет собой противоречие историцизма с историзмом, отмеченное нами выше. В основе этих двух явлений лежит один и тот же логический прием работы: обобщение частных, попытка генерализации этих частных (Э. Трёльч). Только область применения полученного результата у них разная.

Историцизм стремится к научному обобщению, чтобы на основе этого обобщения построить схему развития общества, а на основе этой схемы — предсказывать будущее. Предсказание будущего развития есть его главное предназначение, внутренний дaimон историка, поработанного этим методом. Но по сути это филиация донаучного мышления — попытка магическими средствами проникнуть в грядущее. Разницы между историком и гадалкой здесь нет никакой. Тут достаточно сослаться на парадокс Карла Поппера. В общем виде «нищета историцизма» доказывается очень просто посредством следующего силлогизма:

А — знание развивается.

В — если знание развивается, то мы не можем знать то, что будем знать завтра.

С — история, претендующая на знание грядущего, непознаваема.

Но вот историзм как прием обретения смысла истории в виде познания общего через индивидуальное (Ф. Мейнеке) не претендует на то, чтобы творить чудеса. Историзм бьется над разрешением основной проблемы истории (раз решишь ее — обретишь смысл истории): соотношения частного с общим. Точнее, как возможна универсальная история, если вся история представляет собой совокупность фактов из жизни конкретных личностей (сумму биографий)? Поэтому историческое (научное) мышление — это попытка генерализации (обобщения), на основе которой пытаются синтезировать целое. Поэтому проблема историзма есть чисто логическая проблема: как возможно непротиворечивое мышление универсума?

Однако здесь есть еще одна трудность. Психологически, а не как иначе, историк чисто произвольно решает сам для себя возможность такого непротиворечивого мышления универсума. Получается, что надежды на то, что когда-нибудь будет найден критерий объективности исторического исследования, нет. Следовательно, необходимо допущение иррационального элемента — элемента хаоса (свободы) — в историческое построение. Только в этом случае конструкция выполняет свое гносеологическое предназначение: она объясняет. Но это объяснение опять-таки будет приближительным. Причина этого — природа факта. Одно и то же событие, как в известном кинофильме Акиры Куросавы, имеет разное значение и смысл для лиц, вовлеченных в него, а раз так, — то и разное содержание.

Факт в истории, или лучше сказать исторический факт, есть уникальное явление, уникальность его не в том, что он неповторим, а в том, что он потенциально многозначен. Однозначное его истолкование невозможно. Поэтому любое исследование, написанное с позиции: «черное» или «белое», научным быть не может по определению. Это как известный диалектический софизм по поводу познания Абсолюта. Познание Абсолюта возможно, но не полностью (иначе это не Абсолют), но раз так, то Абсолют непознаваем, но знание непознаваемости Абсолюта противоречит самому понятию Абсолюта, стало быть, — он

познаваем и т.д. Поэтому выход из круга этих рассуждений возможен посредством ценностного выбора рассуждающего субъекта: он сам для себя решает, познаваем Абсолют или нет. Этот выбор — чисто психологического свойства — есть проявление Духа истории и одновременно даймона историка. Но этот выбор вовсе не есть нечто *психическое* по своей сути — это лишь образ отраженной идеи индивидуального в общем. Говоря словами Э. Трёльча: «существенное и индивидуальное тождество конечных духов с бесконечным духом и именно вследствие этого *интуитивное* (курсив наш. — М. И.) участие в его конкретном содержании и подвижном жизненном пространстве» [Трёльч, 1994, с. 520]. Именно полученное тождество есть вершина непротиворечивости нашего мышления! Таким путем становится известен вектор развития — движение истории — и, следовательно, ее смысл. Понятие «развития» не стоит при этом путать с понятием «изменения», которое есть лишь череда событий, опосредованных банальным детерминизмом.

Впрочем, мы погрешили бы против истины, если бы не задали себе вопрос: каков смысл во всем этом? Современные студенты в своей массе исключительно прагматичны. Так в чем прагматическая ценность осознания собственной неповторимости, если эта неповторимость может существовать лишь только в сумме повторимостей? Опыт как следствие этого взгляда ценен только индивидуальности, воссоздающей его. Он не применим к другой индивидуальности, тем более к сумме их, составляющих целое. Но тогда весьма вероятна и специфическая оценка ценности историзма. Он ценен не сам по себе, а в применении к Духу, его породившему. Грубо говоря, он ценен тем, что наносит смертельный удар концепции, стремящейся воспользоваться им в целях доказательства собственной универсальности, в смысле такой универсальности, которая есть венец истории, ее конец.

Применительно к науке истории права и государства историзм помимо реальной отдачи в виде понимания смысла тех или иных правовых фактов, связанных воедино хитростью нашего разума, имеет и сугубо практическую цель. Часто науку истории права именуют «фундаментальной», из-за огромного фактического материала, которым она оперирует, но на самом деле ее фундаментальность заключается в том, чтобы юрист, знакомый с ней не понаслышке,

не наделал *фундаментальных* ошибок в своей практической работе; не стал бы повторять тех глупостей, которыми, увы, полна история человеческой цивилизации.

Предмет науки история права

История права как наука во многом несет в себе родимые пятна науки истории. Эта проблема становится особенно наглядной, если мы примем во внимание простой факт (ускользавший, разумеется, от внимания советской историографии), что человеческая цивилизация в любой исторический отрезок своего времени: Древность, Средневековье, Новое время и т.п. несет в себе однотипные общественные формы. Например, капитализм Древнего мира отличается от средневекового и современного только интенсивностью своих форм; рабство как общественное явление мирно существовало в таком типично буржуазном обществе, как США до 1865 г. Это свойство исторических эпох делает их уникальными, но в то же время позволяет в силу однотипности общественных форм сравнивать их друг с другом. В результате вырабатывается понятие закономерности развития этих форм, что, в свою очередь, позволяет считать историю права именно наукой, а ее предмет — особым предметом, отделяющим историю права от других правовых наук.

Предмет в логическом смысле есть субъект суждения. Иными словами, предмет — это некоторое содержательное утверждение о наличии реального объекта, его форме и свойствах. Понятно, что понятие предмета во многом при таком подходе совпадает с понятием объекта физического мира. Однако в науках о духе (гуманитарных) объект исследования отличен от объекта физического мира. Объектом исследования в нашем случае являются «вещи» идеального порядка, к которым относится, безусловно, право и государство.

Право, как и государство, ощутить невозможно, поскольку эти «вещи», существуют только в сознании людей. Вместе с тем, будучи идеальным объектом, и право, и государство обладают объективной формой, известной как источники права и формы власти (господства) в широком смысле слова. Поэтому юридические науки изучают право посредством этих форм. Но у истории права есть своя специфика. История права имеет дело с отжившими источниками права и формами власти, превратившимися в памят-

ники права. Само понятие памятника необходимо при этом осознавать гораздо шире, чем узкое «вышедший из употребления источник права». Под памятниками в истории права (как и истории вообще) понимают, как очень удачно выразился знаменитый немецкий историк И. Г. Дройзен «остатки былого, из тьмы которого они свидетельствуют грядущим поколениям об определенном событии своего настоящего, как бы фиксируют свое представление о нем» [Дройзен, 2004, с. 85]. Иными словами, памятники права — любые свидетельства о состоянии права и государства в интересующий нас отрезок времени.

Из суждений о данных свидетельствах и складывается предмет исследования: право и государство *in status nascendi* — в их развитии и становлении. Полученное таким образом знание позволяет не только судить о временных формах права и государства, но и проследить направление их развития. В некотором смысле речь идет при этом о «законах» развития общества. Одному из столпов науки истории права, знаменитому английскому юристу Генри Сомнеру Мэну принадлежит утверждение, что вся история прогрессивных обществ представляет собой развитие от «статуса к контракту» [Maine, 1874, p. 170]. Мэн, таким образом, подтвердил идею Гегеля, высказанную им в «Философии истории», что «всемирная история есть прогресс в сознании свободы, который мы должны познать в его необходимости» [Гегель, 1993, с. 72].

Хотя сам Гегель признавал, что «во всемирной истории есть несколько больших периодов, которые прошли таким образом, что развитие по-видимому не продвигалось вперед, а напротив того, все огромные культурные приобретения уничтожались; после этого, к несчастью, приходилось начинать опять сызнова» [Гегель, 1993, с. 104–105]. Это действительный факт, вплоть до сего времени в науке нет четкого понимания содержания «законов», регулирующих развитие общества в целом.

В этом месте нашего анализа необходимо учесть одну очень простую вещь. Зачастую понятие прогресса из сферы узкой сферы деятельности людей — техники — переносят в сферу идеального. Прогресс вообще отождествляют с техническим прогрессом, тогда как в сфере нравственности, судя по всему, развития вообще нет. Наоборот, мы можем говорить о значительной степени деградации нравственных устоев общества. Простой пример. Ядро современных

моральных устоев составляют десять заповедей (Декалог). Доказано, что сформулированы они были в XIII в. до Р. Х. Вы можете хотя бы три тысячи лет спустя сформулировать одиннадцатую?

И последнее, о чем следует сказать в данном разделе учебника. Предмет науки истории права весьма конкретен. История права изучает исторически данные юридические феномены, обусловленные типом общества, в котором они появились. Понятие типа общества предполагает под собой понятие условной модели, достаточно высокую степень абстракции, когда обобщение достигает уровня одной или нескольких идей, лежащих в основе поведения людей, из которых и состоит данный исторический тип общества.

Особенность идеи определяется тем, что она способна, как говорил Маркс, при определенных условиях стать действительным фактором истории. Следовательно, люди — носители идей — и есть самый главный делатель истории, ее субъект. Усредненное и абстрактное понятие человека, его родовая сущность — тоже впервые описанная Марксом — и есть тот критерий, посредством которого мы вырабатываем наше понятие правовой цивилизации, не лишнее, впрочем, налета идеальности. Как идеальный тип капитализма определяется таким идеальным критерием, как *homo oeconomicus* (стоящий в центре мироздания, созданный теорией Адама Смита), так и идеальный тип правовой цивилизации определяется таким идеальным критерием, как *homo cogens* — субъект права. Поясним нашу мысль чуть подробнее.

Понятие правовой цивилизации как предмета науки история права

Понятие цивилизации напрямую связано с понятием культуры. Под культурой мы понимаем объем способов взаимодействия (в позитивном значении этого слова) человека с окружающей средой. Взаимодействие это может нести в себе негативный заряд, отрицающий как самого человека, так и окружающую его среду, и положительный. Ясно, что взаимодействие человека с окружающим миром (сюда же мы включаем и понятие социальной среды — общество) носит двусторонний характер. Это взаимодействие системно, в ходе его осуществления должно быть устранено противопоставление человека окружающему

миру. Кроме человека этого сделать никто не в силах. Следовательно, устранение подобного противоречия является своего рода деятельностью. Своеобразие этого рода деятельности заключается в том, что сам человек является предикатом и субъектом этой деятельности. Эта деятельность, таким образом, является регулятивной: моральной и правовой.

Деятельность возможна постольку, поскольку она свободна. Свобода в данном случае есть акт познания человеком самого себя. Поскольку это познание происходит через деятельность, направленную на окружающий мир, мы можем судить, насколько человек в том или ином акте своей деятельности себя познал, т.е. был свободным. Так же и в праве. Отчуждая себя первоначально в виде самостоятельного субъекта, человек реализует свою субъективность в отношениях с другими ему подобными. Проще говоря, в данном случае он получает возможность действовать в том направлении, в котором, как ему кажется (пока еще кажется), он должен действовать. Отсюда возникает иллюзия внешней данности, и от этого зарождается императивность совершенных человеком действий, превращающихся в многообразие фактов, из которых по сути состоит первичный правовой порядок — протообычай древнего человека. По мере осознания и, следовательно, сравнения фактов (своих прошлых действий) с сегодняшним своим состоянием человек из прошлого выбирает то, что он знает как наиболее для него приемлемое. Постепенно наиболее приемлемое получает форму источников права: обычая, судебного решение (*res iudicata*) и, наконец, закона.

Осознав себя стороной в процессе сравнения социальных фактов, человек становится действительным субъектом права и как субъект начинает вступать в правоотношения. Осуществленное в этих отношениях самосознание человека (осознание себя как субъекта права) уже в глубокой древности приводит к определению основных и общих принципов права, которые, обрстая различными культурно-бытовыми особенностями, и составляют правовую систему той или иной цивилизации древности. Так мы восстанавливаем «связь времен». Именно особенности и своеобразие этих связей мы изучаем. Это и есть предмет науки истории права в узком значении слова.

Положение науки история права среди других наук о праве

Под этим вопросом мы подразумеваем зависимость истории права от других наук. Поэтому для более точного уяснения этой зависимости имело бы смысл дать определение каждой из общих наук о праве. Именно общих, поскольку только такие науки рассматривают право не в отдельных формах его проявления, как это делают, например, отраслевые науки, а в его совокупности.

Итак, первой такой наукой является наука теории права, вернее, общая теория права и государства. Под теорией права мы понимаем попытку объяснения правовых феноменов исходя из материала самого права. В данной науке наиболее плодотворным методом является, конечно же, логическая тавтология, имеющая форму догмы права. В рамках этой науки даются общие определения как самому феномену права, так и его слагающим: таким, как норма права, его субъект, общее понятие источника права и т.п.

Следующая общая наука о праве — это философия права. В данном случае эта наука может быть сравнима с высшей математикой права. В рамках данной науки исследователь пытается объяснить право исходя не из материала самого права, а с помощью тех социальных механизмов, которые, так же как и право, пытаются выполнять в обществе регулятивную функцию. Данная отрасль знания крайне обширна, поскольку до сих пор еще не выработано в юриспруденции общего критерия определения единственно возможной детерминанты права. Этим детерминантом может быть как разум человека — феноменологические теории права (наиболее известная из них — теория естественного права), так и чувств человека — психологическая теория права, а равно и производственные отношения — марксистская теория права. В концептуальном плане философия права есть не что иное, как его метафизика!

Третьей общей наукой о праве есть сама история права, которая отвечает на вопрос об общем направлении развития права и государства. История права исследует факты появления, развития и смерти права в рамках той или иной цивилизации.

В то же время необходимо отметить, что в конце прошлого столетия от истории права отпочковалась другая общая наука о праве, а именно социология права. В рамках этой науки исследуются факторы, влияющие на измене-

ние и развитие права, как в потоке времени, так и в рамках общей нормативной системы данной страны или целого региона. Поэтому объектом социологии права зачастую являются все общество и его основные институты.

Таким образом, история права, как и социология права, в отличие от двух первых из указанных нами наук исследует право в его динамике: развитии и изменении, тогда как философия и теория права больше интересуются статикой права.

Одновременно хотелось бы отметить тесную связь теории права с его историей, подмеченную еще в позапрошлом столетии [Максимейко, 1897, с. 10]. Безусловно, у этих двух наук общий предмет — право во всех его многогранных проявлениях, но вместе с тем и общий аппарат исследования; кроме того, общая теория права во многом пользуется материалом, накопленным историей права. Не ошибемся, если скажем, что без истории права никакая теория права в принципе невозможна.

Вместе с тем история права есть еще и смежная наука, или, как ее иногда называют «стыковая». Она лежит на стыке общегражданской, т.е. социальной, истории с юриспруденцией, следовательно, не может не быть обременена грузом хронологии, массой фактов, без которых немислима история вообще.

1.2. Методология науки история права

Методы (от греч. «μεθοδος», что означает «следовать за чем-нибудь», «путь к истине») науки вне зависимости от ее предмета делятся на общие и специальные. Сразу же заметим, что путь к истине очень часто отождествляют с самой истиной. Эта сложная философская проблема, которую не место исследовать в данном курсе. Однако отметим, что в рамках этой проблемы зачастую становится возможной ситуация, когда предмет исследования сам диктует метод собственного исследования. Это один из способов позитивного изучения предмета.

Общие методы истории права

Под общими методами науки истории права можно понимать двоякого рода способы изучения: те, которые ведут к изучению наиболее общих проблем данной отрасли зна-

ния, и те, которые присущи всем отраслям данной науки. Зачастую эту двойственность разделить невозможно.

В рамках общей методологии истории права необходимо, прежде всего, выделить такие логические приемы исследования, как дедукцию и индукцию.

Дедукция (от лат. «deductio», «выведение») помогает с помощью логических операций (от общего к частному) анализировать такой сложный комплекс социальных явлений, которым является право. Между логиками давно идет спор: можно ли представить норму права в виде логического силлогизма? Такой вид формальных операций помогает очень часто восстанавливать первоначальный «текст» норм древнего права. Развившаяся сравнительно недавно из ассерторических суждений модальная логика уже претендует на выяснение смысла древней нормы права, часто представляемой в виде дискурсивного императива. Для дедукции характерен вневременной характер применения. При помощи дедукции анализируют нормы права вне потока времени, опираясь только на «доводы разума».

Индукция — выведение общих закономерностей путем сопоставления различного рода фактов — служит существенным дополнением дедуктивных операций. Индукция рассматривает право как динамическую структуру, с ее помощью наблюдают развитие права. Собственно, на это указывает этимология самого термина: от лат. «inductio», т.е. «наведение», что является калькой с греч. «ἐπιγωγή» — «приведение к чему-либо». Изначально индукция представляла собой ссылку на тот или иной авторитет, подтверждающий аргумент. Со временем под индукцией стали понимать ряд примеров, подтверждающих какую-либо точку зрения.

Системный метод относительно недавно стал достоянием науки, в основном после Второй мировой войны. Под системой понимается взаимосвязь явлений окружающего мира, позволяющая рассматривать эти явления как целое. Причем целое является уже нечто большим, чем совокупность элементов, из которых оно состоит. Право, особенно его история, рассмотренные с помощью системного подхода, предстает перед нами, с одной стороны, как элемент чего-то большего — всего общества, а с другой стороны, как качественной характеристикой, отражающей развитость регулятивной функции этого общества.

Безусловно, любое исследование правовых феноменов не может обойтись без **формально-догматического** метода. Иногда его называют просто «юридическим» или «догматическим». В основе этого метода лежит логическая операция по формулированию тавтологии. Право, его исторические феномены изучаются через само право. Позитивность этого метода можно продемонстрировать следующим образом. Возьмем к примеру такой элемент государства, как его территория. В обычном смысле территория — часть земной поверхности, для географа это уже какой-то ландшафт, для историка — это локус, место развития той или иной цивилизации и т.п. В юридическом контексте территория — это государственная граница, административно-территориальная единица, фискальный округ, terra nullis или, в общем смысле, земля, имеющая своего суверена. Выработка этих правовых понятий, собственно, и является задачей формально-догматического метода.

Следующим общим местом мы бы назвали **экзегетику**, т.е. толкование. Иногда предпочитают говорить о герменевтике, т.е. науке о толковании явлений культуры, к которым, безусловно, принадлежит право. Применительно к истории права экзегетика (герменевтика) призвана толковать памятники права. При этом она решает ряд важнейших задач. Первое — дает точную датировку памятника. Второе — выясняет его подлинный смысл. Третье — выясняет связь этого памятника с другими. Задачи эти невероятно сложные, но важные, поскольку наука истории права знает довольно много примеров, когда памятники в буквальном смысле фальсифицировались с различными целями.

Последним в ряду общих методов можно, пожалуй, назвать **метод построения теоретических гипотез** (гипотетических суждений) и моделей, также зачастую понятийного и категориального аппарата, которые позволяют связать воедино массу разноречивых фактов. Наиболее наглядный пример использования подобного «теоретического метода» — различные теории происхождения права и государства.

Специальные методы науки история права

К специальным методам науки истории права мы бы отнесли, прежде всего, **сравнительно-правовой метод**, или, как его называют применительно к истории права, «историко-сравнительный метод» [Ковалевский, 1880].

К слову сказать, терминологический вопрос в данном случае есть вопрос не последний. В общем своем виде сравнительный метод появился как *comparative politics* — так его определял, например, в 1873 г. известный английский историк права Эдуард Фриман, хотя французский термин «*droit compare*» был известен с 1863 г. В основе этого метода лежит общелогическое предположение, что сравнению подлежат сущности, хоть в чем-то схожие. Словарь социальных наук, изданный в 1961 г. в Нью-Йорке, так определяет понятие сравнительного метода:

«Сравнительный метод является общим понятием, определяющим процедуры выяснения схожестей и различий, отраженных в явлениях (или их классах). Как полагают, в основе метода лежит ряд критериев, посредством которых проводится сравнение, имеющее своей целью выявление и классификации: а) причинных факторов появления и развития явлений (или их классов); б) моделей взаимодействия (*patterns of interrelation*) как внутри, так и между явлениями (или их классами)» [Dictionary, 1961, p. 116].

Применительно к праву сравнение различных систем его возможно потому, что в основе их всех лежит общая идея права. Поэтому если исследователь сравнивает право арийцев Древней Индии с правом квиритов, то общим, что позволяет проводить такое сравнение, является то, что, несмотря на кажущуюся несхожесть норм и институтов, тем не менее, мы сравниваем *право*, точнее, его идею в ее проявлениях, т.е. формах. Впрочем, сравнимость данных исторических систем права может быть объяснена родственными узами народов, их выработавших, принадлежностью их к одной языковой семье, в нашем случае индоевропейской.

Далее, давно уже было отмечено, что сравнение как таковое может с успехом решать двойственную задачу: выступать в роли метода; и выступать в роли «методологической науки» [Тилле, Швеков, 1975, с. 75], способной отвечать на более глубокие вопросы о сущности права вообще. В первом случае сравнение проводится более чем двух правовых порядков, которое в результате приводит к установлению трех причин сходства, указанных в свое время Э. Фриманом. Это единство в прошлом или общность происхождения двух народов; прямое заимствование одного народа у другого; и, наконец, третье — сходство причин или условий жизни, порождающих одинаковое явление у разных народов. В конце XIX в. даже была высказана мысль, что на-

роды в разное время проходят одинаковые стадии развития или цивилизации. Однако тогда же это положение было подвергнуто разгромной критике, дав толчок развитию цивилизационного подхода к истории народов. Оказалось, что одинаковые стадии развития не столь уж одинаковы, как кажутся на первый взгляд.

Конец XIX в. в лице знаменитого американского антрополога Э. Б. Тайлора принес новое содержание историко-сравнительному методу. Теперь сравнение было направлено не на две и более системы права, а вглубь одной. В данном случае задачей историко-сравнительного метода является выяснение так называемой филиации (*filiation historique*) — исторической преемственности того или иного социального явления. Сам Тайлор очень образно называл этот прием «методом переживания» или «исторических пережитков» [Тайлор, 1990, с. 28–29]. Суть этого приема состоит в том, чтобы в позднейшем материале находить факты, объяснение которых возможно только в качестве явлений, переживших свое время.

Так, например, институт майората предстанет перед нами как пережиток родовой собственности, когда владеть ею могли только члены одного рода. То, что в конце позапрошлого века немцы называли «*Dorfgehen*», а на русском Севере называлось «девичьи посиделки», оказывается пережитком института инициации. Швабское название свадебной процессии — «*Frauenfang*» и его синонимы «*Hochzeit*», «*Brautlauf*», указывают на способ заключения брака у древних германцев — «похищение невесты». У многих индоевропейских народов вплоть до сего дня существует поверье о нежелательности заключения брака в месяце мае. «В мае жениться — весь век маяться», говорят русские. Объяснить это поверье можно только тем, что у индоевропейцев месяц май был табуирован, в мае запрещались все значимые действия, поскольку он был посвящен душам предков. В мае совершались культовые поклонения предкам, поэтому совершить что-нибудь еще, кроме отправления культа, означало оскорбить души предков, что наказывалось очень жестоко.

Использование историко-сравнительного метода в качестве своеобразной науки направлено на выяснение сущности права вообще. Достигается это посредством решения вопроса о той роли, которое право играет у разных народов в разные исторические периоды.

Немаловажное подспорье науке истории права оказал следующий специальный метод, который знаменитый немецкий филолог Отто Шрадер назвал «**лингвистической палеонтологией**»; сейчас его чаще всего называют «**исторической лингвистикой**».

Не секрет, что история права есть в основном история письменных его источников, дописьменная история права изучению ранее не подвергалась. Поэтому совершенно логично предположить, что язык, его история, особенно этимология специальной терминологии способны пролить свет на многие загадки истории вообще и закономерности развития права в частности. Лингвистическая палеонтология дает бесценный материал о состоянии права в дописьменный период развития человеческой цивилизации, иными словами, дает возможность заглянуть во времени далее VII тысячелетия.

Можно без преувеличения сказать, что огромный толчок развитию этого специального метода был дан знаменитым английским лингвистом Уильямом Джонсом, заметившим в 1786 г., «что сходство между санскритом, греческим, латинским, германскими и кельтскими языками может быть объяснено лишь предположением, что эти различные языки имеют общее происхождение. Гегель едва ли впал в преувеличение, когда приравнивал последствия этого открытия к открытию Нового Света» [Тейлор, 1897, с. 1]. Дальнейшие исследования прибавили к этой группе языков славянские языки, литовский, армянский и иранскую группу языков. Таким образом была определена индоевропейская языковая семья. Макс Мюллер в 1861 г. (Mühlher, 1861) гениально предположил, что все индоевропейские языки суть диалекты праиндоевропейского, а О. Шрадер в 1883 г. доказал это (Шрадер, 1886).

Поэтому материал, который дает нам язык, особенно через специальную юридическую терминологию, обозначающую отношение древнего человека к миру предметов и его положение среди них, должен быть принят нами во внимание.

Чтобы не казаться голословными, приведем пример и возьмем его из этимологии самого слова «право». В индоевропейских языках существует глубокая параллель этому слову из однокоренных с ним терминов: сканд. «rett»; нем. «Recht»; англ. «right» (в смысле субъективного права, правомочия лица); фр. «droit». В латинском к этому корню

принадлежало слово «ritus» (установление, ритуал); в языке Авесты (зенде) это «arta» (порядок) и, наконец, в санскрите мы находим общий термин «ṛta». Определяя его значение, известный французский лингвист Эмиль Бенвенист сделал следующий вывод: «“порядок”, которому подчинены как устройство мира, движения светил, смена времен года и течение лет, так и отношение между богами и людьми. Все, что касается человека или мира, находится во власти “порядка”. Таким образом, это религиозная и нравственная основа всего общества; без этого принципа все возвратилось бы к хаосу» [Бенвенист, 1995, с. 299].

Кстати, в русском языке слово «право» в современном юридическом значении употребляется только с XVII в. До этого вместо него использовалось другое — «правда» от древнерусского «правьда», этимологически состоящего из двух слов «пря» (спор) и «вада» (обвинение). Право в древности, таким образом, представляло собой тот порядок (истину), который устанавливается посредством судебного состязания. Именно это множество форм порядка уже в эпоху индоевропейской общности привело к возникновению богатого многообразия лексических терминов, обозначавших различные оттенки смысла права как юридического понятия **порядка**.

Систематический метод в любой науке помогает рационально организовать в ее рамках исследование, изложить материал и т.д. В нашем случае применительно к истории права мы можем упомянуть следующие виды ее систематизации.

Так, до революции широко практиковалось, например, деление науки истории права на внутреннюю и внешнюю. Под внутренней историей понималась история развития и образования юридических норм и институтов. Под внешней же историей понималась история источников права или производящих право сил.

При изучении внутренней истории права главным образом анализируют процесс образования и развития юридических норм и институтов, не заботясь об изучении истории самого памятника, из которого эти нормы взяты. Наиболее часто встречающиеся до сих пор в библиотеках сочинения на эту тему носят подзаголовок «историко-догматическое исследование». Необходимо отметить, что это крайне полные в фактическом отношении исследования, представляющие интерес и для современного ученого.

При изучении внешней истории права стараются исследовать историю происхождения памятника самого права, события, повлекшие за собой создание того или иного законодательства.

Сегодня в чистом виде оба приема систематизации встречаются крайне редко. Зато другой прием систематизации продолжает активно использоваться. Это обычная **периодизация** материала. Материал делится на определенные периоды для более рационального изложения либо для того, чтобы подчеркнуть типологические особенности состояния институтов права и государственных учреждений в тот или иной отрезок времени.

Задача настоящего курса

Самая главная задача, которую мы преследовали при написании настоящего учебника, заключается в двух важных для нас вещах. Первое — мы постарались встать на точку зрения цивилизационного подхода, выработанного отечественной философией истории; второе — мы постарались рассмотреть правовые явления как часть социальных явлений через призму их институционализации. Институт, согласно учению М. Ориу, определяется как совокупность юридической личности и морального лица, где под первым понимается вся совокупность черт, образующих состав, структуру и отношения правовых явлений; а под вторым — животворящая идея, порождающая как сами черты, так и их совокупность. Одним словом, как сказал М. Ориу: «Идея обладает такой жизненной силой, что неудивительно, если она привлекает к себе все, что может служить для ее осуществления, и что идея общесоциального дела привлекает к себе социальные состояния сознания, порожденные индивидуальными сознаниями своих членов в пределах общей воли, чтобы самой стать сознательным субъектом» [Ориу, 1929, с. 270]. Социальное (правовое) явление и идея этого явления представляют в своей совокупности институт — то, посредством чего организуется общество. Мы постарались проследить за развитием этих процессов в истории правовых цивилизаций.

Идеалом для настоящего учебника служит отечественная дореволюционная школа истории права; поэтому одной из главных педагогических задач для нас является попытка (насколько она удалась, не нам судить) *восстановления* отечественной традиции преподавания права — *mos russiae iuris docendi*.

И последнее, в основу нашего курса положен хронологический принцип периодизации. Правда, давно уже осознано неудобство подобной систематизации, вводящей скорее в заблуждение. Например, для таких традиционных обществ Востока, как Китай и Индия, «Средних веков» не существовало. Данный термин есть изобретение европейской историографии и применим *только* к истории европейских народов. Исламская цивилизация есть настолько своеобразная «вещь в себе», что говорить о периодизации ее истории после XI в. вообще не приходится, несмотря на то, что история исламского мира после этого века наполнена внешними событиями, но развитие права и государственности здесь застопорилось. Цивилизации американского континента уже в эпоху Великих географических открытий показали настолько большую уязвимость перед внешним воздействием, что сама история их кажется тупиковой. Даже история европейской цивилизации может быть понята как нечто целое исключительно благодаря неоправданному преувеличению генетической связи между цивилизацией варваров, заполонивших Римскую империю, и блестящей культурой Античности.

Все это неопровержимо доказывает, что не существовало и не существует никакой всемирной истории права и государства, возможна только история права и государства отдельных стран, из примера которых выводимы некоторые общие закономерности развития права.

Поэтому, чтобы компенсировать данный недостаток хронологической систематизации, мы обратились к помощи географической систематизации и цивилизационному подходу, которые, на наш взгляд, сгладили вышеотмеченный недостаток. Насколько этот подход окажется удачным для усвоения материала, покажет будущее.

Контрольные вопросы и задания

1. Каково понятие предмета науки истории права, в чем его особенности?
2. Чем объясняются особенности исторического процесса, истории вообще?
3. Укажите особенности специальных методов исследования науки истории права.

Глава 2

ПРОБЛЕМЫ ДРЕВНЕЙ ИСТОРИИ ПРАВА И ОБЩЕСТВА

После изучения данной главы бакалавр должен:

знать:

- основные формы антропогенеза и становления цивилизации на Земле;

уметь:

- выделять основные периоды в истории становления цивилизации на Земле;

владеть:

- навыками сравнения различных историко-правовых феноменов в потоке времени и в привязке к географическим локусам.

2.1. Антропогенез

Наука до сих пор не может точно установить причины и механизмы появления человечества. А именно с этого момента начинается история в современном понимании. Историчность факта антропогенеза общеизвестна. В наличии достаточно богатый археологический материал, но вот классификация этого материала, исходная точка его развития до сих пор не ясны. Проблема, собственно, заключается в том, что человек как биологический вид представляет собой явно не венец природы. Homo sapiens не приспособлен жить в природе, наоборот, он ей противостоит, создавая собственную среду обитания — антропосферу.

За последнюю четверть века в науке большое распространение получила концепция катастрофического развития эволюции. Эта концепция утверждает, что эволюция на Земле шла от одной глобальной катастрофы к другой. Элемент случайности, вносимый катастрофами, будучи применим к истории становления человека, неизбежно превращает последнего в своего рода генетического выроodka. Даже, казалось бы, главное преимущество человека —

его мышление, — по единодушному мнению антропологов, не является полезным свойством, «напротив, оно и в антропогенезе, и в онтогенезе у ребенка сначала вредно для каждого индивидуального организма, делает его беспомощнее по сравнению с животным; лишь дальнейшее его преобразование понемногу возвращает ему прямую индивидуальную полезность» [Поршнева, 2005, с. 500].

Само мышление в его высшей рациональной и абстрактной форме доступно современным видам человекообразных обезьян. Данные получены в результате обучения шимпанзе и горилл языку жестов глухонемых; подопытные животные, усвоив его, стали обучать этому языку свое потомство! Более того, в начале 1990-х гг. ученый мир облетела сенсация.

Дело в том, что в науке очень долго основным критерием разумности человека (*homo sapiens sensu lato*) считалась его способность производить орудия труда при помощи других орудий; так называемая «опосредованная конекторная деятельность» [Хрустов, 1994]. Опыты по такого рода деятельности активно велись в 1960-е и 1970-е гг., их выводы казались незыблемыми. Но в 1991 г. антропологам Йоркского приматологического центра в Атланте (США) удалось провести опыты, по результатам которых подопытная обезьяна (карликовая шимпанзе-бонобо) по кличке Кэнзи «преодолела доселе считавшийся незыблемым барьер между человеком и приматами» [New Scientist, 1991, № 25].

Таким образом, на сегодняшний день единственным критерием человека остается его способность к членораздельной и осмысленной речи! Человек в некотором роде — говорящая обезьяна!

До сих пор в науке самой вероятной версией происхождения человека (рода гоминид) является версия о генетической мутации древних обезьян в результате воздействия жесткого радиационного излучения. Появившиеся на свет уроды вынуждены были компенсировать свою ущербность прогрессом социетарности — общественности в среде себе подобных. Само же становление современного человека (*homo sapiens sensu stricto*), судя по последним научным данным, не было стадиальным, как принято было считать относительно недавно.

В антропологии с появлением теории Дарвина возобладала концепция о цепи предков человека, в каждом звене

которой нарастало его очеловечивание: улучшался бипедализм, увеличивался мозг, совершенствовалось строение скелета — одним словом, стирались черты обезьяны. Соответственно, рамапитек (дриопитек) считался предком австралопитека, тот — питекантропа, он — синатропа, этот — неандертальца. От последнего якобы произошли кроманьонцы. Однако теория борьбы видов за выживание не выдерживает проверку такой наукой, как генетика. За последние годы в ее области были проведены ошеломляющие исследования, которые говорят о том, что выше-названные виды палеоантропов были скорее не предками, а в лучшем случае дальними родственниками человека. Сама картина антропогенеза тогда получает очертания не цепи, состоящей из последовательных звеньев, а ветвистого куста, от корня которого наряду с ветвью *homo sapiens* отходят тупиковые побеги — виды вымерших гоминид. Достоверность версии о «снежном человеке» нами не рассматривается.

В конце 1980-х гг. мир облетела научная сенсация. Оказалось, что все современное человечество происходит от одной пары или очень небольшой группы людей. Убедительные данные были получены за счет анализа так называемой митохондриальной ДНК представителей различных рас человечества. Дальнейшие исследования показали, что Адам и Ева жили приблизительно двести тысяч лет назад в Африке. Спустя еще сто тысяч лет потомство этой пары вышло из Африки и стало расселяться по земному шару.

Параллельно виду людей *homo sapiens* на Земле продолжали существовать реликтовые виды гоминид. В частности, *homo neanderthalensis* — неандертальцы — отпочковавшись от общего генетического древа человечества порядка полумиллиона лет назад, существовали еще в относительно недавнее историческое время одновременно с современным человеком. Филиация этого совместного проживания сохранилась в мифах, народных сказках и религиозных верованиях. Относительно недавно в науке была высказана точка зрения, что первые города на Земле (около IX тысячелетия до Р.Х.) появились именно как оборонительные сооружения от набегов неандертальцев. Жертвоприношения злым духам (образ которых удивительно напоминает полуобезьян и полулюдей) также могли быть спровоцированы необходимостью сосуществования с палеоантропами.

2.2. Становление общества

Можно лишь предположить, что процесс антропогенеза сопровождался процессом становления общественных форм. Зачатки религиозных верований (т.е. сложные формы мышления) обнаружены даже у неандертальцев. Однако большой проблемой на сегодняшний день остается вопрос эволюции форм древнего общества. Бытующая с середины XIX в. точка зрения утверждает, что древнее общество развивалось от простых форм к сложным. Парадокс заключается в том, что эмпирический материал для подтверждения этого рода теорий продолжают до сих пор черпать из примеров жизни «дикарей» — современных племен, не затронутых цивилизацией.

Этой точке зрения есть два убедительных возражения. Первое — материалы лингвистических исследований языка племен, находящихся, скажем политкорректно, в этнографической стадии развития. Их язык, словарный запас, как считают, наиболее близок к *lingua Adamica*. Он невероятно сложен, в буквальном смысле каждое дерево в лесу в этом языке обозначается специальным словом. В древнем варианте арабского языка, например, насчитывалось 200 синонимов слову «верблюды»! Если язык отражает уровень мышления, то придется признать, что сложность мышления древнего мало отличается от современного, другое дело, что направленность этого мышления радикально разнится от настоящего. Простейший пример: «дикарь» мыслит себя как часть природы, включает себя в ее многообразные связи. «Цивилизованный» человек мыслит себя вне природы, стремится к господству над ней, считает необходимым ее изменение. Факт этот до сих пор имеет цивилизационное значение и служит критерием водораздела между цивилизациями Востока и Запада.

Второе — как показывают данные краниологических исследований, морфологически современные люди ничем не отличаются от древних. Разве что объем мозга у последних был немного больше. Наиболее яркий пример — так называемый Эрци — человек эпохи позднего палеолита, замерзший и мумифицированный труп которого был обнаружен в самом начале XXI в. в Альпах в результате таяния ледника. Однако эта морфологическая однородность, тем не менее, не переходит в сферу культуры. Формы ее чрезвычайно многообразны, но источник этого многообра-

зия лежит не в области времени, а в сфере сознания, рефлектирующего необходимость преодоления противоречия человека с окружающей средой, средой себе подобных. Эта закономерность отмечена еще в Библии, согласно которой городская цивилизация создана потомками Каина!

Говоря иными словами, генезис общества коренится в самой природе человека. Общество есть своего рода врожденная черта человека, становящаяся одновременно с ним. Под эволюцией общества, таким образом, следует понимать не изменение его форм, а изменение форм сознания человека, причина которых лежит в осознанной потребности решения проблем, возникающих в процессе существования. Поэтому преемственных, генетических связей между общественными формами (как думали раньше: одно опосредует другое) не существует. Единственная преемственность — это осознание опыта существования в рамках той или иной формы. И естественно, проверка того, насколько этот осознанный опыт пригоден для решения настоящих потребностей.

Вывод однозначен: все известные «древние» формы общества возникают практически одновременно, различие их обусловлено только различием жизненных ситуаций, в которые попадает «древний» человек. Рассмотрим эти формы подробнее.

2.3. Формы древнего общества

Семья

Ф. Энгельс верно вслед за Г. Морганом подметил, что основой современного общества является семья. Правда, назвал он ее достаточно бесцветно — «ячейкой общества». Очевидно, при коммунизме, о котором так мечтал этот фабрикант, семья действительно превращается в некое подобие партячейки.

Современная семья сформировалась при переходе человеческого общества от матриархата к патриархату вне каких-либо политических установок и схем. Сразу же стоит остановиться на определении вышеупомянутых понятий. Дело в том, что до сих пор бытует странное представление о матриархате как о власти женщин в семье и роду, а о патриархате, соответственно, как власти мужчины в семье.

Корни подобного воззрения восходят к вульгарному толкованию Энгельсом теории швейцарского юриста и антрополога И. Я. Бахофена, который в середине XIX в. выпустил труд «Das Mutterrecht», оказавший сильнейшее влияние на развитие мировой науки. Бахофен утверждал, что многочисленные пережитки культа женщины, матери-прародительницы и т.п. в древних цивилизациях, свидетельствовали о существовании в глубокой древности особого периода развития цивилизации, названном им «материнским правом» или «матриархатом».

Энгельс и его эпигоны ухватились за эту концепцию, поскольку она вписывалась в их представление о стадийном (формационном) развитии цивилизации. Матриархат, считали они, есть период в истории человечества, когда труд женщины — собирательницы плодов и корней оказался более производительным, нежели труд мужчины-охотника. До сих пор непонятна логика этих господ, считавших, что тонна желудей более питательна, чем несколько бифштексов!? Следовательно, когда труд мужчин стал более производительным, власть женщин сменилась властью мужчин.

Однако наиболее здравомыслящая часть ученого мира не поддавалась на подобную «хитрость разума». Практически одновременно с работами марксистов стали высказываться совершенно здравые суждения, что «ни в каком обществе перевес физической силы, стоящей на стороне мужчины, не может цениться так высоко, как в плохо замуреной среде первобытных охотников и рыболовов» [Ковалевский, 1910, т. 2, с. 64]. На самом деле оказалось, что и матриархат, и патриархат являются всего лишь способами определения родства внутри семьи или рода. Это никакие не особые стадии развития цивилизации, а только лишь *способы определения родства*.

Различие в этих радикальных системах счета родства определяется особенностью сознания древних, точнее, их неспособностью выводить простейшие причинно-следственные умозаключения. Например, для многих первобытных людей составляла загадку причина деторождения. Некоторые племена Австралии и Полинезии до сих пор считают, что женщина может забеременеть тогда, когда в нее вселяется дух умершего ранее члена рода. Роль мужчины при этом расценивается как чисто обрядовая. Таким образом, рождение новой жизни в глазах первобытных народов выглядит как настоящее чудо, за которое

ответственна женщина, поэтому женщина обожествляется. Известный британский антрополог А. Радклифф-Браун как-то очень верно заметил, что предметы, играющие первостепенную роль в жизни «primitive tribes», превращаются в фетиш, предмет поклонения, что на примере матриархата видно очень хорошо.

Пережитки этих систем до сих пор существуют в виде так называемого когнатского и агнатского родства (от лат. «cognatus» — родственник по линии матери и «agnatus» — родственник по линии отца).

Итак, семья есть цивилизованная форма полового общения людей. Представляется, что в основе ее лежал запрет или нежелательность инцеста. Этологи обнаружили, что уже высшие млекопитающие избегали инцеста. Правда, сама история человеческой цивилизации говорит об обратном. Чего стоит история Эдипова комплекса! Вполне резонен вопрос: а как быть с историей Адама и Евы? Впрочем, выход как всегда подсказывают генетики: необходимые мутации происходят даже при кровосмешении.

Семейные отношения характеризовались, и до сих пор эта черта наблюдается, формой брачных связей. Выделяют две общие формы: эндогамию и экзогамию. Под эндогамией подразумевается предпочтение заключения брака с представителем кровнородственной группы; экзогамия, наоборот, требует заключения брака только с представителем другого рода, племени. Все народы земного шара вплоть до сего дня придерживаются именно таких форм брачных отношений. Во избежание инцеста при эндогамии практикуется система брачных классов. В качестве иллюстрации приведем практику существования брачных классов у племени *арунта* (Южная Австралия).

«Так, мужчина с большой головой и окладистой бородой зачисляется в класс *пурула*, человек грузного телосложения — в класс *нгала*, человек с особенно широким лицом — в класс *камара*, человек с узким лицом — в класс *мбитьяна*, человек с особенно высоким лбом — в класс *бангата*, стройный человек — в класс *кнурайя* и т.д. Получается такое впечатление, как будто здесь туземцы руководствуются принципами полового подбора, и притом подбора, по противоположности: мужчина грузного телосложения *нгала* должен жениться на стройной женщине *кнурайя*, человек с широким лицом *камара* женится на узколицей женщине *мбитьяна* и т.д.» [Максимов, 1930, с. 71].

К разновидности брачных классов относят и так называемые кросскузенные браки.

Брак как форма человеческого общения уже в древности имел две основные формы заключения, разновидности которых дошли до наших дней. Первая форма — умыкание невесты. Представляется, что эта форма могла встречаться у менее цивилизованных народов; вторая — покупка жены. Так, умыкали жен древние спартиаты, германцы и славяне, известна легенда о похищении сабинянок латинами — предками римлян. Но уже шумеры, вавилоняне и египтяне заключали брак через покупку жены.

Причина почти повсеместного перехода к покупке жены коренится в том, что умыкание есть самая грубая форма заключения брака, чреватая конфликтом с родом, семьей невесты. Поэтому очень рано появляются суррогаты похищения, когда формально устраивается сговор, а похищение только разыгрывается, или в возмещение похищенной невесты семья жениха обязана дать противной стороне равноценное возмещение — девушку брачного возраста и т.п. Понятно, что это уже формальный договор.

Институту брака в древности известна урегулированность имущественных отношений между супругами. Древность, как это ни покажется парадоксальным, знает чаще всего режим раздельной собственности супругов. Имущество семьи состоит из двух частей: имущества супруга и приданого жены. Последнее, судя по всему, возникает из обязанности выкупа родственниками невесты ее права наследования части родового имущества. Обязанность братьев дать приданое сестре, выходящей замуж, прослеживается у всех цивилизованных народов древности. Характерно, что супруг только управляет приданым жены, а наследуют его дети от этого брака!

Наконец, следует отметить, что семья в древности представляла собой особый духовный мир, центром которого являлся культ общего предка. Это понимание семьи очень хорошо видно на примере этимологии термина, которым древние греки обозначали семью: «*to epistion*», буквально «все, стоящие вокруг очага». Причем символ очага играл сугубо религиозную функцию — он фетиш культа предка семьи. Этот фетиш часто надо понимать буквально. В древности под очагом находились захоронения умерших предков. Явление это, возможно, представляет собой филиацию более древнего обыкновения — захоронения

в пещерах, где жили совсем уж первобытные люди. Интересно, что подобная практика отмечена даже среди неандертальцев.

Род

Более сложной формой организации древнего общества является род (gens), потому что он считается более высокой формой общения. Это своего рода следствие развития семейных отношений, разрастания семьи в буквальном смысле этого слова. Семья, разрастаясь, превращается в так называемую патронимию — большую семью, количество членов которой может насчитывать несколько сотен человек. Считается, что брачные связи между разными патронимиями (экзогамия) вели к становлению кровных уз и возникновению на их основе родовой общности. Однако есть данные, что отдельные патронимии со временем через эндогамные связи превращались в род. Помимо кровнородственных отношений род характеризуют очень сложные культовые и имущественные отношения. Общность родового культа — почитание эпонима (героя-прародителя) — невозможна без распорядителя этого культа. Физически им мог быть только тот, кто ближе всего стоял к эпониму, т.е. самый старший член рода — старейшина. Власть родового старейшины имела не только религиозную окраску, эта власть распространялась на все сферы жизни сородичей. Старейшина был естественным судьей и распорядителем имущества рода.

Последнее следует отметить особо. Дело в том, что род отличался от семьи наличием института общего (родового) имущества, распоряжение судьбой которого было затруднено. Коллективная собственность используется всеми сородичами, она не может быть ни разделена, ни отчуждена. Только разложение родовых отношений в историческую эпоху ведет к разделу фонда родового имущества.

Для рода характерна так называемая круговая порука. Члены рода несут солидарную ответственность, как уголовную (право кровной мести), так и гражданскую — платят долги сородича, например.

Совместная форма жизнедеятельности членов рода, осознанная ими как общность интересов, как считается, приводит к возникновению общинной формы организации. Считается, что древнейшей формой общины была как раз

родовая община, постепенно эволюционирующая в сторону соседской общины современного типа. Эта особая форма коммунальности отражалась на организации власти внутри рода и общин. На этой стадии появляется абстрактное понятие власти, власти, отличной от господства *pater familias*.

Это понятие власти, безусловно, еще архаичное в своем выражении, однако уже имеет нормативную основу. Родовая форма общества отличается от семейной наличием большого арсенала норм, предписывающих сородичам определенный тип поведения в собственной среде и в отношении чужаков. Характерно, что это, как правило, разные стили поведения. Количество запретов возрастает в арифметической прогрессии. Контроль за осуществлением этих запретов присвоен институту старейшин. Впрочем решение о применении запрета, древней санкции, может приниматься общим собранием общины. И власть этого собрания во многом превосходит власть старейшин.

В этнографической литературе описан интересный случай, когда одна община папуасов вынесла постановление об убийстве своего жадного и, как следствие, богатого сородича. Убийство поручили совершить родному сыну богача и двум его двоюродным братьям. Случай этот знаменателен не только своей моральной оценкой происхождения богатства, но также и своеобразной спецификой юридического мышления первобытного человека. На роль палачей назначаются кровные родственники, думается, что специально, чтобы избежать кровной мести среди сородичей!

Эволюция и усложнение родовой общины приводит к возникновению такой формы древнего общества, как племя.

Племя

Племенная форма организации, безусловно, считается позднейшей по времени своего возникновения. Она более сложная, но крайне неустойчивая. Не все народы Земли знали эту форму общения.

Причина появления племени может быть выяснена только вовне. Представляется, что общность задачи, разрешение которой было не под силу одному роду, и есть та причина, которая ведет к возникновению трайбализма. Эта внешняя задача может быть как экономического, так и военного свойства. И определить, какая из них является первичной, не представляется возможным. Исторически возможны два

варианта. Первый: необходимость набега на соседей или отражение их набега; второй: совместная колонизация, массовая миграция на новые места жительства. Последний прием очень хорошо описан Юлием Цезарем в его «Записках о галльской войне», где он очень верно указывает на необходимость миграции и колонизации как важнейший фактор генезиса племенной общности.

Племенная общность возникает как особая форма надродовой организации власти. Исторически в племя входят роды, имеющее различное происхождение, и как следствие, чужие друг другу хотя бы уже по языку, религии и т.п. При формировании племен заметен процесс ассимиляции чужеродных элементов.

В то же время необходимо подчеркнуть, племя как форма организации архаичного общества скорее могло быть более позднего происхождения, чем принято думать. Исторические сведения о племенном устройстве родов до нас доходят из эпохи, когда начинают формироваться государства. В этой связи в науке была высказана весьма правдоподобная версия, что племенная форма организации могла быть не промежуточной стадией между родом и протогосударством, а всего лишь результатом воздействия государства на соседние с ним народы. Племя складывается в результате своеобразного давления на них более развитой цивилизации. В этом случае племенная форма организации будет представлять собой такую же туиковую ветвь эволюции, как появление палеоантропов — родственников, но отнюдь не предков современного человека.

Необходимость организации межродового общения ведет к появлению института вождя и свойственных ему функций. Фигура вождя сакрализуется, он получает возможность присвоения части произведенной родовыми общинами продукции. Но несовершенство власти вождя племенной стадии развития дает о себе знать в том, что собранный им «налог» распределяется совершенно иррационально: идет на раздачу соплеменникам в виде даров. Это явление, известное у североамериканских индейцев как «*потлач*», имело широкое распространение в обществе эпохи раннего Средневековья в Европе. Можно предположить, что это явление имеет универсальный характер и имеет своей задачей укрепление авторитета власти, в арсенале средств которой пока нет еще возможности голого принуждения, а только коммуникативное воздействие. Потлач,