

## Идея права и ее роль в развитии учения о правотолковании: историко-теоретический анализ немецкой правовой доктрины в XIX — первой половине XX в.

***Аннотация.** Статья посвящена анализу теоретических положений основных направлений немецкой юриспруденции в XIX — первой половине XX в. в контексте вопроса правопонимания и правотолкования. В статье обозначены основные теоретические положения таких важных научных направлений, как: историческая школа права, юриспруденция понятий, юриспруденция интересов, школа свободного права, юридический позитивизм и неокантианство. Рассмотрены научные труды основных представителей этих течений.*

*Развитие представлений о праве и правотолковании в немецкой правовой доктрине отлично демонстрирует связь учения о правотолковании с идеей права и реальной правовой жизнью. В указанный исторический период трудилось множество выдающихся юристов, учения которых оказали влияние не только на правовую науку многих государств Европы и России, но и на правовую доктрину отдельных государств англосаксонской правовой семьи. Несмотря на столь разный характер их учений, во всех прослеживается связь между идеей права и их подходом к интерпретации правовых положений. Эта взаимосвязь носит и обратный характер, многие ученые решали проблему сущности права посредством обращения к интерпретационным процедурам. Подобные тенденции немецкой правовой доктрины нашли поддержку и в судебной практике немецких судов, и в практике высших судебных инстанций Европейского Союза. В статье делается вывод о том, что дальнейшее развитие учения о правотолковании требует не только развития методологии правотолкования, но и дальнейших разработок в области философии права.*

---

© Таран П. Е., Струнский А. Д., 2019

\* Таран Павел Евгеньевич, кандидат философских наук, кандидат юридических наук, заведующий кафедрой истории и теории государства и права Таврической академии Крымского федерального университета имени В. И. Вернадского (КФУ им. В. И. Вернадского)  
kafedra105@bk.ru

295007, Республика Крым, г. Симферополь, просп. Академика Вернадского, д. 4

\*\* Струнский Александр Дмитриевич, аспирант кафедры истории и теории государства и права Таврической академии Крымского федерального университета имени В. И. Вернадского (КФУ им. В. И. Вернадского)  
kafedra105@bk.ru

295007, Республика Крым, г. Симферополь, просп. Академика Вернадского, д. 4

**Ключевые слова:** *правопонимание, правотолкование, идея права, историческая школа права, юриспруденция понятий, юриспруденция интересов, школа свободного права, юридический позитивизм, неокантианство.*

**DOI: 10.17803/1994-1471.2019.102.5.011-023**

## ВВЕДЕНИЕ

Вопрос о сущности права в российской юридической науке традиционно носит философский характер и отделен от чисто догматических исследований в области права. Это во многом объясняется и сильным влиянием позитивистов в дореволюционной России, и периодом советского легизма, который долго господствовал в отечественной правовой науке. Многие ученые не только не признавали практической ценности философии права, но и вовсе отрицали ее значимость. «Таким образом, — утверждает Н. Коркунов, — мы имеем полное основание признать старое понимание существа юридико-философских исследований, отживающих свой век. Будущее, очевидно, принадлежит философии права лишь в смысле общего учения о праве»<sup>1</sup>.

В то же время в европейской правовой доктрине философия права имеет куда более практическое значение, особенно ярко это проявляется в немецкой юриспруденции. Разгоревшийся научный спор между юриспруденцией понятий и юриспруденцией интересов, а затем между движением свободного права и юридическим позитивизмом носит не только теоретико-философский характер, но и вполне практический. Вопрос о сущности права, о его оценке здесь тесно связан с практикой судебного правотолкования и правоприменения.

Как бы ни пытались позитивисты отграничить догматику права от философии, вопрос о необходимости оценки реальных правовых явлений каждый раз возникал снова и снова. Право, являясь частью общественного бытия,

постоянно подвергается оценке, ведь «человеческий способ бытия включает в себя уразумение, осмысление, понимание этого бытия, себя и всего остального мира, себя в мире и мира в себе»<sup>2</sup>. Цель настоящей статьи — показать практическое значение идеи права для развития учения о правотолковании. Для достижения этой цели нами будет рассмотрена эволюция представлений о сущности права и характере правоприменительной и правоинтерпретационной деятельности в немецкой правовой доктрине в XIX — первой половине XX в.

## ИСТОРИЧЕСКАЯ ШКОЛА ПРАВА И ЮРИСПРУДЕНЦИЯ ПОНЯТИЙ

Важнейшую роль в немецкой юриспруденции XIX в. сыграла историческая школа права. Ее главные представители, Ф. Савиньи и Г. Пухта, во многом определили научную парадигму немецкой юриспруденции почти на целое столетие вперед.

Историческая школа права выступила против понимания сущности права как неизменного постулата природы, божественной воли или произвольной выдумки. Право, подобно языку, религии, морали, обычаю и другим аспектам человеческого бытия, объявлялось по своему устройству изначальным атрибутом человека, а по своему развитию — продуктом истории<sup>3</sup>. «Позитивное право, — говорил Ф. Савиньи, — живет в общем сознании народа, а потому мы должны назвать его Народным правом (Volksrecht)»<sup>4</sup>. Однако такое народное право

<sup>1</sup> Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 2004. С. 43.

<sup>2</sup> Нерсисянц В. С. Философия права. М., 1997. С. 9.

<sup>3</sup> Гирке О. Ф. Естественное право и немецкое право // Савиньи Ф. К. Система современного римского права. М., 2011. Т. 1. С. 18.

<sup>4</sup> Савиньи Ф. К. Указ. соч. С. 282.

являлось не результатом воли отдельных лиц, а результатом развития «Народного духа», под которым понималась исторически обусловленная правовая идейная традиция и который признавался творцом права<sup>5</sup>.

Первоначальной формой проявления Народного духа является обычное право, однако «в истории каждого народа наступают такие этапы развития и состояния, которые неблагоприятны для правотворчества посредством общего народного сознания», и тогда дальнейшее развитие позитивного права приходится на долю законодателя. Не отрицая самостоятельной воли законодателя, Ф. Савиньи считает, что содержанием законодательства является уже существующее народное право, а законодатель находится в центре нации и «концентрирует в себе ее дух, ее взгляды и настроения, ее потребности» и является истинным представителем Народного духа<sup>6</sup>.

Однако, как утверждал Г. Пухта, «право, опирающееся на внешний авторитет и положительное законодательство, при всем своем обширном объеме, не может дать разрешение всему бесконечному разнообразию случаев, подлежащих обсуждению судьей»<sup>7</sup>. Дополнением этому праву, по мнению представителей исторической школы, должно было служить научное право, то есть правовая доктрина. Такая роль научного права обосновывалась тем, что в результате усложнения общественных отношений знания о праве уже не могут быть распределены равномерно. Образовывается отдельное сословие юристов, которые, будучи знатоками в области права, являются составной частью народа и, следовательно, представителями всего народа в этой сфере знаний. «Право, осознанное этим сословием, будет только продолжением и своеобразным развитием народного права», — отмечал Ф. Савиньи<sup>8</sup>. Понимание научного права как дальнейшего развития Народного духа, то

есть отражение идеи права, является очень важным в контексте настоящей статьи, так как оно исторически оказывало влияние на характер работы юристов при обработке позитивного правового материала.

Также следует отметить, что основным объектом изучения исторической школы стало не современное им законодательство, а римское право, которое являлось источником германского права и, следовательно, первым правовым выражением немецкого Народного духа<sup>9</sup>. При этом юристы, работавшие с римским правом, считали самым важным в нем его систему, понятия и общие положения. Деятельность юристов была направлена на переработку позитивного правового материала до результатов правовой системы, либо на внутреннее завершение этой системы. Понимание права как целостной системы взаимосвязанных понятий и конструкций является вторым важным аспектом правового учения исторической школы права, которое оказало влияние на практику интерпретации правовых положений.

В духе естественно-исторического и системного подхода к праву Ф. Савиньи ввел исторический и систематический элементы в свой метод толкования. Исторический элемент предусматривал анализ состояния, установленного правовыми нормами для данного правоотношения в момент появления толкуемого закона. Это делалось с целью установления способа вмешательства нового закона в действующее правосостояние, то есть выявление того нового, что было добавлено в право посредством толкуемого закона. Систематический элемент был направлен на установление внутренних связей, которые объединяют все институты права и правовые нормы<sup>10</sup>.

Выделяя в методе толкования грамматический, логический, исторический и систематический элементы, Ф. Савиньи подчеркивал,

<sup>5</sup> Аннерс Э. История европейского права. М., 1994. С. 299.

<sup>6</sup> Савиньи Ф. К. Указ. соч. С. 295—299.

<sup>7</sup> Пухта Г. Ф. Курс римского гражданского права. М., 1874. Т. 1. С. 50.

<sup>8</sup> Савиньи Ф. К. Указ. соч. С. 299.

<sup>9</sup> Аннерс Э. Указ. соч. С. 299

<sup>10</sup> Савиньи Ф. К. Указ. соч. С. 391.

что это не четыре отдельных вида толкования, а «разные виды деятельности, которые должны быть объединены, для того чтобы удалось толкование»<sup>11</sup>. Целью же толкования законов является уяснение его мысли или смысла, что достигается посредством того, что толкователь мысленно ставит «себя на место законодателя и искусственно воспроизводит в себе его деятельность»<sup>12</sup>. Такого же мнения придерживался и Г. Пухта, утверждавший, что толкование это «деятельность направленная на открытие и уяснение разума закона... Эта деятельность имеет характер заимствования: она прямо направлена на простое усвоение того правила, которое хотел выразить законодатель в разъясняемом законе»<sup>13</sup>. Идея о том, что толкование должно быть направлено на уяснение мысли законодателя, приобрела широкое распространение в немецкой юриспруденции XIX в. и получила название субъективной концепции толкования.

«Но задача толкования не ограничивается выяснением того смысла, который законодатель хотел придать употребленным им словам; оно должно еще раскрыть мысль законодателя, скрывающуюся за этим смыслом. Может случиться, и действительно часто случается, что сам законодатель не вполне уяснил себе эту мысль, что он остановился на такой внешней форме мысли, которая не вполне соответствует ее истинному содержанию. Помочь в этом случае законодателю и в выраженной им воле раскрыть его истинную волю — такова высочайшая и благороднейшая задача толкователя»<sup>14</sup>, — эти слова еще одного выдающегося немецкого романиста Б. Виндшейда отлично характеризуют связь субъективной концепции правотолкования и идеи Народного духа, ко-

торый воплощается в законе и научном праве. Ф. Савиньи допускал наличие в законодательстве не только неопределенных или неясных выражений, но и неправильных, то есть таких, что противоречат мысли закона. При этом он широко допускал использование ограничительного и расширительного толкования, которое было нацелено на «приведение в соответствие выражения с истинной мыслью закона»<sup>15</sup>. И хотя он пытался предложить некоторые вспомогательные средства для толкования неудовлетворительных законов, а также выстроить определенные правила их использования, в конечном счете толкование для него «искусство», которое, «как и любое другое, невозможно передать или приобрести через правила»<sup>16</sup>.

Идея о толковании как искусстве еще долго встречалась в произведениях немецких юристов XIX в., однако, как выразился Р. Иеринг, «даже простейшее искусство имеет свою технику»<sup>17</sup>. В учении Г. Пухты, К. Гербера, Б. Виндшейда и других пандектистов все ярче проявляются тенденции к юридическому концептуализму, на первый план выходит формально-догматический метод исследования правового материала.

Право воспринимается пандектистами как самостоятельная замкнутая логическая система, существующая по своим внутренним принципам<sup>18</sup>. Деятельность юристов направлена на совершенствование этой системы и ее внутреннее развитие путем работы с юридическими понятиями и конструкциями. Г. Пухта продолжал связывать формально-догматические исследования правового материала с идеей Народного духа, утверждая: «Юристами совместно выражается всеобщее народное убеждение»<sup>19</sup>. Но, например, К. Гербер утверждал, что в своем эволю-

<sup>11</sup> Савиньи Ф. К. Указ. соч. С. 391—392.

<sup>12</sup> Савиньи Ф. К. Указ. соч. С. 390.

<sup>13</sup> Пухта Г. Ф. Указ. соч. С. 46.

<sup>14</sup> Виндшейд Б. Учебник пандектного права. Общая часть. СПб., 1874. Т. 1. С. 51.

<sup>15</sup> Савиньи Ф. К. Указ. соч. С. 400—401.

<sup>16</sup> Савиньи Ф. К. Указ. соч. С. 389.

<sup>17</sup> Иеринг Р. Юридическая техника. М., 2008. С. 13.

<sup>18</sup> Карапетов А. Г. Политика и догматика гражданского права: исторический очерк // Вестник ВАС РФ. 2010. № 4. С. 33.

<sup>19</sup> Пухта Г. Ф. Указ. соч. С. 51—52.

ционном развитии право освободило себя от экономических и политических условий, став абстрактным и самодостаточным<sup>20</sup>.

Подобное понимание права значительно повлияло на практику судебного правотолкования, теперь судья при принятии правового решения должен был руководствоваться лишь юридическими понятиями и средствами юридической техники: юридическим анализом, логической концентрацией и юридической конструкцией.

Следует отметить, что разработанный концептуалистами подход к праву поднял юридическую науку на новый уровень своего развития, об этом, в частности, свидетельствует то, что преподаваемый Б. Виндшейдом курс пандектного права лег в основу Германского гражданского уложения 1900 г.<sup>21</sup>, которое повлияло на разработку и принятие многих гражданских кодексов Европы<sup>22</sup>. Однако концептуальный подход к праву в конце XIX в. начинает подвергаться широкой критике среди юристов, и главным образом это связано с теми трудностями, которые он вызывает при принятии судебных решений. Эта проблема прекрасно проиллюстрирована в трудах немецкого ученого Э. Фукса, который в начале XX в. дает разбор длинного ряда решений немецкого императорского суда<sup>23</sup>.

## ЮРИСПРУДЕНЦИЯ ИНТЕРЕСОВ И МЕТОД ВЗВЕШИВАНИЯ ИНТЕРЕСОВ

Важный вклад в смену научной парадигмы немецкой юриспруденции внес Р. Иеринг, который одним из первых подверг критике взгляды

пандектистов на право. В свои ранние годы он выступает ярким сторонником идей пандектного учения, о чем может свидетельствовать, например, его статья «Задача современной юриспруденции», где он отстаивает взгляды на самодостаточность права и необходимость его внутреннего развития<sup>24</sup>. Однако уже в произведении «Юридическая техника» он выдвигает требование о совпадении юридических конструкций с положительным материалом и критикует Г. Пухту за несоблюдение этого правила<sup>25</sup>. Затем в произведении «Смешное и серьезное в юриспруденции» Р. Иеринг называет учение Г. Пухты и других концептуалистов «юриспруденцией понятий». Применяя этот термин в уничижительном смысле, он критикует их учение за оторванность от реальной жизни и практики, а также за искажение смысла законов при их толковании<sup>26</sup>.

Трансформация взглядов Р. Иеринга во многом связана с его исследованиями в области римского права. Пытаясь опровергнуть тезис Ф. Савиньи о национальном характере римского права, Р. Иеринг попытался выявить силу римского права в общечеловеческом элементе. Однако эти исследования привели его к неожиданному выводу, согласно которому основу права составляет не национальный или общечеловеческий дух права, а субъективная воля личности<sup>27</sup>. Право для Р. Иеринга — это результат деятельности личности, ее борьбы за свои интересы. «Вместо расплывчатого «стремления» он поставил целенаправленную «волю» в качестве движущей силы права», — пишет Г. Радбрух<sup>28</sup>.

Взгляды Р. Иеринга на сущность права были восприняты многими немецкими правоведами,

<sup>20</sup> Михайлов А. М. Формирование и эволюция идей юридической догматики в романо-германской традиции: XII — XIX вв. : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012. С. 130.

<sup>21</sup> Карапетов А. Г. Указ. соч. С. 45.

<sup>22</sup> Аннерс Э. Указ. соч. С. 380.

<sup>23</sup> См.: Завадский А. В. К учению о толковании гражданских законов. Новейшие течения по этому вопросу в немецкой литературе (школы свободного права и др.). Казань, 1916. С. 49—56.

<sup>24</sup> Карапетов А. Г. Указ. соч. С. 38.

<sup>25</sup> Иеринг Р. Юридическая техника. С. 68—69.

<sup>26</sup> См.: Иеринг Р. Смешное и серьезное в юриспруденции // Иеринг Р. Указ. соч. С. 114—229 ; Jhering R. von. In the Heaven for Legal Concepts: A Fantasy // Temple Law Quarterly. 1985. 58. P. 799 ff.

<sup>27</sup> Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона. СПб., 1894. Т. 13а. С. 644—646.

<sup>28</sup> Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 128.

например Ф. Хеком, который писал: «Юриспруденция интересов учит, что «правовые нормы исходят не из образовавшихся в общем сознании представлений о юридической структуре правовых тел, но что они вытекают из разрешения конкретных конфликтов интересов по той ценности, которую дает данным интересам правовая община»»<sup>29</sup>. Более кратко выразился М. Рюмелин: «Правовые нормы покоятся на оценках интересов и улаживании столкновения интересов»<sup>30</sup>.

Такое понимание сущности права представителями юриспруденции интересов повлияло и на их подход к правотолкованию. Уяснение смысла нормы и принятие решения по конкретному делу требовало, по мнению Э. Штампелера, Ф. Хека и Мюллер-Эрцбаха, тщательного изучения реальных интересов, а также интересов тех, кто вообще заинтересован необходимостью разрешить данное конкретное столкновение интересов. Когда круг заинтересованных лиц был определен, то требовалось, с учетом сравнительного взвешивания отдельных интересов, принять решение по делу<sup>31</sup>.

Среди юристов, отстаивающих научность и целесообразность метода взвешивания интересов, не было единого понимания когда следует использовать этот метод. Ф. Хек склонялся к его использованию лишь в случае пробелов в законе, а Э. Штампелер допускал его применение и в противоречие закону, если «содержание закона нарушает столь важные интересы всех, что прийти на помощь неизбежно»<sup>32</sup>. Однако все они отстаивали необходимость учета при принятии судебных решений интереса конкретных лиц и общественности в целом, что, по их мнению, и являлось сущностью права.

Важно подчеркнуть, что Р. Иеринг обозначил взаимосвязь идеи права, догматических исследований в области права и реальной пра-

воприменительной практики. Отныне вопрос о сущности права носил неабстрактный характер, и многие немецкие юристы стали рассматривать проблему сущности права в контексте обращения к интерпретационным процедурам.

## ДВИЖЕНИЕ СВОБОДНОГО ПРАВА И ЧISTOE УЧЕНИЕ О ПРАВЕ

Полемика вокруг проблемы сущности права и характера правоприменительной деятельности разгорелась с еще большей силой в начале XX в. Этому во многом способствовала вышедшая в свет неоднозначная работа Г. Канторовича «Борьба за правовую науку»<sup>33</sup>.

Анализируя справедливое право Р. Штаммлера, свободное правонахождение О. Эрлиха, проекцию К. Вурцеля, взвешивание интересов Э. Штампелера, оценочные суждения М. Рюмелина, природу вещей Ф. Жени, Г. Канторович попытался найти в них нечто общее, объединяющее всех этих авторов. Этим общим, по его мнению, являлось то, что все они, наряду с правом государственным, признают другие нормы, назначение которых — оценить, восполнить, развить или опровергнуть право, исходящее от государства<sup>34</sup>. Его работа представляет собой первую попытку обобщить новые течения и представить их как единое движение, «движение свободного права».

Движение свободного права не создало единой концепции права. Взгляды различных представителей этого течения достаточно сильно разнятся, однако все они противопоставляли «мертвой букве закона» практику, они призывали искать право в жизни, общественных отношениях, в правосознании, в чувстве справедливости, в эмоциях, в психологии обществ<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> Цит. по: *Завадский А. В.* Указ. соч. С. 67.

<sup>30</sup> Цит. по: *Завадский А. В.* Указ. соч. С. 72.

<sup>31</sup> Цит. по: *Завадский А. В.* Указ. соч. С. 62—71.

<sup>32</sup> Цит. по: *Завадский А. В.* Указ. соч. С. 66.

<sup>33</sup> Изначально работа «Der Kampf um die Rechtswissenschaft» была опубликована под псевдонимом Flavius Gnaeus в 1906 г.

<sup>34</sup> *Завадский А. В.* Указ. соч. С. 6.

<sup>35</sup> *Лейст О. Э.* История политических и правовых учений. М., 2006. С. 517.

Одним из первопроходцев нового движения можно признать З. Шлоссмана, который еще в 1876 г., в своем труде «Договор», высказал много положений, характеризующих движение свободного права. Он утверждал, что источниками права, наряду с законом и обычаем, являются научная догма и положения справедливости. Причем мера справедливости существует в правосознании отдельных лиц, а история права — это «история развития правосознания всего человечества». Истинным источником того, что право применяется в жизнь, по мнению З. Шлоссмана, является не закон или обычай, а правосознание, и этим объясняется, что иногда судебная практика отходит от точного смысла закона. В последующем он также критиковал субъективную концепцию правотолкования, которая выдает за логическое толкование отыскание воли законодателя, хотя на самом деле толкователь вкладывает в такое решение лишь свое чувство справедливости, а не волю закона<sup>36</sup>. Однако работы З. Шлоссмана не получили широкого признания в юридических кругах и не произвели такого эффекта, как работы О. Эрлиха и Г. Канторовича.

Важный вклад в развитие движения свободного права внес О. Эрлих, еще в ранней своей работе «О пробелах в праве» он указал на ложность посылки об отсутствии пробелов в праве и о возможности полностью урегулировать гражданский оборот с помощью норм права государства<sup>37</sup>. Пробелы в праве О. Эрлих предлагает восполнять «свободным нахождением права» судьями, рассматривающими конкретные дела. Развитие судебной практики опережает развитие законов, будучи подлинным живым правом, растущим из практической социальной жизни. Свободное нормотворчество судьи нельзя, подчеркивает О. Эрлих, считать его произволом, когда речь идет всего лишь о восполнении пробелов в законодательстве<sup>38</sup>. В дальнейшем О. Эрлих отстраняется от движения свободного права и в его работах все сильнее начинают

обозначаться идеи особого, социологического подхода к праву<sup>39</sup>, однако его роль на развитие движения свободного права все же огромна.

При этом самые крайние взгляды были высказаны все же Г. Канторовичем, который предлагал признать существование права, независимого от государственной власти, права, которое он предлагает называть свободным правом. По своему смыслу свободное право — это право народное, то есть такое право, каким оно должно быть в умах обычных людей. Это естественное право XX в., хотя оно изменчиво и позитивно, так как за ним всегда стоит нечто реальное: власть, воля, признание. Адаптируя свою концепцию свободного права к интерпретационной деятельности судей, Г. Канторович настаивал, что судья должен решать дело по ясной букве закона, однако в случае неясности или пробелов он может и должен от буквы закона отойти.

Причем Г. Канторович допускал и решения против закона, если по свободному и добросовестному убеждению судьи является невероятным, чтобы государственная власть, существующая в момент принятия решения, постановила бы такое решение, какое требует закон. Подобное допущение вызвало основную критику в адрес Г. Канторовича, который был вынужден смягчить свою позицию в последующих работах и отказаться от толкования против закона.

Движение свободного права охватило широкие круги юристов, которые выступали против юриспруденции понятий с ее отрешенностью от реальной правовой жизни общества. При этом в ракурсе проблемы настоящей статьи также следует рассмотреть позитивистское учение Г. Кельзена, которое выступало в оппозицию не только юриспруденции понятий, но и движению свободного права, являясь на первый взгляд его полным антиподом.

Г. Кельзен ставил своей целью очищение права от всех неправовых элементов, вроде психологии, социологии, этики и правовой по-

<sup>36</sup> См.: Завадский А. В. Указ. соч. С. 14—20.

<sup>37</sup> Антонов М. В. Социология права: рождение новой научной дисциплины // Эрлих О. Основоположение социологии права. СПб., 2011. С. 29.

<sup>38</sup> Касьянов В. В., Нечипуренко В. Н. Социология права. Ростов н/Д, 2001. 480 с.

<sup>39</sup> Антонов М. В. Указ. соч. С. 31.

литики, то есть создание чистой теории права. К этому вопросу он подошел посредством своей собственной трактовки философской проблемы Сущего и Должного в праве. Придерживаясь позитивистских взглядов и используя неокантианскую деонтологию, Г. Кельзен пришел к выводу о дуализме между Сущим и Должным. Центральной идеей всей теории Г. Кельзена является тезис: «Из того, что нечто есть, не может следовать, что нечто должно быть; равно как из того, что нечто должно быть, не может следовать, что нечто есть»<sup>40</sup>. На основании этого утверждения Г. Кельзен исключает любые оценки права, так как те относятся к сфере Должного. «Основанием действительности одной нормы может быть лишь действительность другой нормы», — утверждает Г. Кельзен<sup>41</sup>, в его иерархической структуре норм «высшая» норма обеспечивала действительность «низшей» нормы. При этом, чтобы избежать проблемы бесконечной регрессии, Г. Кельзен вводит понятие «базовой нормы», которая несет функцию обоснования действующего права, но не его оценки.

Воззрения Г. Кельзена на правотолкование находятся в теснейшей связи с его взглядами на право. Судебное решение, являющееся нормой (индивидуальной) и занимающей низшее положение в иерархии норм, не только действительно благодаря норме высшего порядка, но и определяется ею. Однако такое определение никогда не будет полным, всегда остается некоторая область неопределенности. Такая неопределенность может закладываться преднамеренно, например оставляя несколько вариантов правоприменения, или непреднамеренно, например в силу многозначности слов или словесных конструкций.

Преодоление непреднамеренной неопределенности решается посредством толкования, однако Г. Кельзен под толкованием понимает не уяснение единственно правильного смысла, а лишь «установление той рамки, которую представляет собой толкуемая норма, а также

изучение множества возможностей, заданных в пределах такой рамки»<sup>42</sup>. При этом с позитивистской точки зрения в принципе не может существовать такого позитивно-правового метода, который бы смог среди множества вариантов толкования выбрать верный. Выбор того или иного варианта в пределах выявленной при помощи толкования «рамки» полностью зависит от воли правоприменителя.

Упреки, выдвигаемые Р. Иерингом в отношении концептуалистов, можно с уверенностью применить и в адрес чистого учения о праве Г. Кельзена. Конечно, не стоит считать, что чистое учение о праве является продолжением идей юриспруденции понятий. Сам Г. Кельзен явно и однозначно отрицал юриспруденцию понятий, он отрицал возможность с помощью толкования действующего права заполнять в нем пробелы, такая функция, по его мнению, принадлежит лишь законодателю<sup>43</sup>.

Стоит заметить, что у движения свободного права и чистого учения о праве есть некоторые сходства: в частности, оба этих направления отрицают тезис юриспруденции понятий о замкнутости и логической полноценности системы права и признают наличие пробелов в праве. Так же как О. Эрлих и другие представители движения свободного права, Г. Кельзен допускает определенную «рамку» свободы судьи при принятии решения в случае пробелов, хотя, в отличие от движения свободного права, не признает за такой деятельностью правотворческий характер. Основным же отличием является то, что представители движения свободного права решение судьи пытаются поставить в зависимость от определенных внеправовых факторов, чаще всего имеющих ценностный характер, а позитивистское учение Г. Кельзена, наоборот, пытается освободить юриспруденцию и судью от каких-либо оценок права.

Таким образом, проблема толкования во многом смещается в область проблемы философии права, в частности, использования пра-

<sup>40</sup> Кельзен Г. Чистое учение о праве. СПб., 2015. С. 250.

<sup>41</sup> Кельзен Г. Указ. соч. С. 250.

<sup>42</sup> Кельзен Г. Указ. соч. С. 424.

<sup>43</sup> Кельзен Г. Указ. соч. С. 438.



вой ценности в качестве критерия правовой действительности. Как отмечает Г. Радбрух, попытку обосновать философию права с помощью кантианского дуалистического метода, допускающего равноправное сосуществование принципов правовой ценности и правовой действительности, предпринял в своем обширном труде Р. Штаммлер. Однако он скорее поставил проблему философии права, а не решил ее<sup>44</sup>. При этом его учение о праве с меняющимся содержанием оказало большое влияние на становление движения свободного права, в то же время неокантианская деонтология была использована и Г. Кельзеном в обоснование своего учения о чистом праве.

Учение о чистом праве Г. Кельзена и свободное право Г. Канторовича представляли собой две крайности, если первый придерживался абсолютной верности праву, то второй — верности свободному праву. Однако после 30 января 1933 г. правовая дискуссия вокруг юриспруденции понятий, чистого учения о праве и свободного права практически прекратилась. Руководящим принципом Германии в правовой жизни стал «Закон есть закон». Однозначно нельзя сказать, какую роль позитивистская концепция права сыграла в послушном принятии немецкими юристами нацистского законодательства, однако некоторые немецкие ученые однозначно допускают такое влияние<sup>45</sup>.

### НЕОКАНТИАНСКОЕ УЧЕНИЕ Г. РАДБРУХА

Ужасные последствия национал-социалистического режима в Германии не могли не отразиться на юриспруденции и на понимании права. Центральную роль в переосмыслении права и процесса принятия судебных решений принадлежит немецкому юристу, теоретику и философу права Г. Радбруху.

В предыдущие столетия юридическая наука активно внедряла методы естественных наук, а также истории, социологии и психологии. В третьей декаде XX в. сразу три направления в юриспруденции взяли за основу в своих научных разработках методологию философии: неокантианство, неогегельянство и феноменологизм. Однако в ракурсе проблемы правотолкования интерес представляет именно неокантианское учение Г. Радбруха.

В попытках примирить право и ценности Г. Радбрух преодолел методологический дуализм, на основании которого право нередко противопоставлялось ценностям. Кроме Сущего и Должного, то есть бытия и ценностей, Г. Радбрух вводит понятие бытия, относящегося к ценностям (культура). Идея права — ценность, право же — отнесенная к ценности действительность (*wertbezogene Wirklichkeit*), явление культуры, культурная ценность. Однако в отличие от естественно-правовых воззрений, для которых идеал права перманентный, для Г. Радбруха идеал права изменчив. Идея права материально обусловлена. Но в отличие от марксистской идеологии, ценности хотя и обусловлены действительностью, но не могут ею обосновываться. С методической точки зрения остается непреложным, что принципы должного можно вывести дедуктивным путем только из других принципов должного, ибо их нельзя обосновать с помощью индуктивного знания, полученного из фактов реального бытия<sup>46</sup>. Таким образом Г. Радбрух осуществляет переход от методологического дуализма к триализму, который позволяет избежать противопоставления права и ценностей.

Под идеей права Г. Радбрух безоговорочно понимает справедливость, которая является абсолютной истиной, ценностью, которую нельзя вывести ни из какой другой ценности<sup>47</sup>. Однако справедливость не единственный аспект пра-

<sup>44</sup> Радбрух Г. Указ. соч. С. 36.

<sup>45</sup> См.: Kaufman A., Hassemer W. Enacted Law and Judicial Decision in German Jurisprudential Thought // University of Toronto Law Journal. 1969. Vol. 4. P. 471 ; Радбрух Г. Законное неправо и надзаконное право // Радбрух Г. Указ. соч. С. 233

<sup>46</sup> Радбрух Г. Указ. соч. С. 38.

<sup>47</sup> Радбрух Г. Указ. соч. С. 41—48.

ва. Наряду со справедливостью, сущностным аспектом права является его целесообразность, то есть стремление к общему благу, а также правовая стабильность, которая в конечном счете и обеспечивает общее благо<sup>48</sup>.

На основании этой правовой концепции была сформулирована знаменитая «формула Радбруха»: «Конфликт между справедливостью и правовой стабильностью мог бы быть разрешен в том смысле, что позитивное и облеченное властной санкцией право имеет приоритет даже тогда, когда оно по содержанию несправедливо и нецелесообразно. Исключение составляют лишь ситуации, когда действующий закон становится столь вопиюще несовместимым со справедливостью, что закон как «несправедливое право» отрицает справедливость»<sup>49</sup>. Кроме того, закон, который даже не стремится к справедливости, когда равенство, составляющее основу справедливости, вовсе отрицается, тогда такой закон не является лишь «несправедливым правом», а в принципе не является правовым по своей природе.

Философия права Г. Радбруха не была теоретической, она имела практический характер, впоследствии на нее не раз ссылались высшие судебные инстанции ФРГ<sup>50</sup>. Кроме того, Боннская Конституция 1949 г. связывала судебную власть уже не только законом (*Gesetz*), но и правом (*Recht*)<sup>51</sup>.

## ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Представленный анализ теоретических воззрений основных направлений немецкой юриспруденции XIX — первой половины XX в., по нашему мнению, прекрасно иллюстрирует вза-

имосвязь идеи права и развития учения о правотолковании.

Р. Иеринг утверждал, что «конечной целью юриспруденции и всех теоретико-догматических исследований является практика»<sup>52</sup>. Критикуя концептуалистов за оторванность от реальной правовой жизни, он предположительно не стал бы отрицать того, что их учение оказывает значительное влияние на правовую реальность. Вопрос о сущности права и его оценках, теоретические исследования в области права и реальная правовая жизнь — все это формирует юриспруденцию.

В конце XIX — начале XX в. представители движения свободного права критиковали юриспруденцию понятий, ссылаясь на конкретную практику немецких имперских судов. Учение же Г. Радбруха находилось под сильным влиянием негативных оценок национал-социалистического режима в Германии. В свою очередь, идеи Г. Радбруха нашли широкий отклик в правоприменительной деятельности судов ФРГ. Идеи юриспруденции интересов также до сих пор актуальны для правоприменительной практики, особенно когда речь идет о конкуренции прав человека. Например, Европейский суд справедливости и Европейский Суд по правам человека часто оперируют категорией интереса и в определенных случаях допускают отступление от формально-догматического толкования<sup>53</sup>.

Таким образом, мы делаем вывод о том, что философия права, юридическая догматика и практика судебного правотолкования находятся в тесной взаимосвязи, и дальнейшее развитие учения о правотолковании невозможно без оглядки на философские и практические аспекты правотолкования.

<sup>48</sup> Радбрух Г. Законное неправо и надзаконное право // Радбрух Г. Указ. соч. С. 233.

<sup>49</sup> Радбрух Г. Законное неправо и надзаконное право. С. 233—234.

<sup>50</sup> См., например: BGHZ, Vol. 16 (1955), 350, 353f.; BverfGE, Vol. 23 (1968), 98, 106.

<sup>51</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland // BGBl. 1949. № 1.

<sup>52</sup> Иеринг Р. Смешное и серьезное в юриспруденции. С. 121.

<sup>53</sup> См., например: дело «Компании «Гугл Спейн СЛ» и «Гугл Инк.» против Испанского агентства по защите данных (AEPD) и Марио Костехи Гонсалеса» // Бюллетень Европейского Суда по правам человека : российское издание. 2015. № 2 (152). С. 124—139; Judgment by the European Court of Human Rights (Third Section), case of von Hannover v. Germany, Application no. 59320/00 of 24 June 2004, ECHR 2004-VI.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Аннерс Э. История европейского права. — М., 1994. — 397 с.
2. Антонов М. В. Социология права: рождение новой научной дисциплины // Эрлих О. Основоположение социологии права. — СПб., 2011. — С. 9—63.
3. Виндшейд Б. Учебник пандектного права. Общая часть. — СПб., 1874. — Т. 1. — 375 с.
4. Гирке О. Ф. Естественное право и немецкое право // Савиньи Ф. К. Система современного римского права. — М., 2011. — Т. 1. — С. 15—35.
5. Завадский А. В. К учению о толковании гражданских законов. Новейшие течения по этому вопросу в немецкой литературе (школы свободного права и др.). — Казань, 1916. — 223 с.
6. Иеринг Р. Смешное и серьезное в юриспруденции // Иеринг Р. Юридическая техника. — М., 2008. — С. 114—229.
7. Иеринг Р. Юридическая техника. — СПб., 1905. — 105 с.
8. Карапетов А. Г. Политика и догматика гражданского права: исторический очерк // Вестник Высшего арбитражного суда Российской Федерации. — 2010. — № 4. — С. 6—69.
9. Касьянов В. В., Нечипуренко В. Н. Социология права. — Ростов н/Д, 2001. — 480 с.
10. Кельзен Г. Чистое учение о праве. — СПб., 2015. — 542 с.
11. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. — СПб., 2004. — 430 с.
12. Лейст О. Э. История политических и правовых учений. — М., 2006. — 568 с.
13. Михайлов А. М. Формирование и эволюция идей юридической догматики в романо-германской традиции: XII—XIX вв. : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2012. — 203 с.
14. Нерсесянц В. С. Философия права. — М., 1997. — 652 с.
15. Пухта Г. Ф. Курс римского гражданского права. — М., 1874. — Т. 1. — 562 с.
16. Радбрух Г. Философия права. — М., 2004. — 240 с.
17. Савиньи Ф. К. Система современного римского права. — М., 2011. — Т. 1. — 510 с.
18. Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона. — СПб., 1894. — Т. 13а. — 492 с.
19. Эрлих О. Основоположение социологии права. — СПб., 2011. — 704 с.
20. Jhering R. von. In the Heaven for Legal Concepts: A Fantasy // Temple Law Quarterly. — 1985. — 58. — P. 799 ff.
21. Kaufman A., Hassemer W. Enacted Law and Judicial Decision in German Jurisprudential Thought // University of Toronto Law Journal. — 1969. — Vol. 4 — Pp. 462—486.

*Материал поступил в редакцию 20 сентября 2018 г.*

**THE IDEA OF LAW AND ITS ROLE IN THE DEVELOPMENT OF THE DOCTRINE OF INTERPRETATION OF LAW:  
HISTORICAL AND THEORETICAL ANALYSIS OF THE GERMAN LEGAL DOCTRINE IN THE 19<sup>TH</sup> —  
THE FIRST HALF OF THE 20<sup>TH</sup> CENTURY**

**TARAN Pavel Evgenevich**, PhD in Philosophy, PhD in Law, Head of the Department of History and Theory of the State and Law of the Tavricheskaya Academy of the Vernadsky Crimean Federal University (KFU named after V.I. Vernadskiy)  
kafedra105@bk.ru  
295007, Republic of Crimea, Simferopol, prosp. Akademika Vernadskyogo, d. 4

**STRUNSKIY Aleksandr Dmitrevich**, Postgraduate Student of the Department of History and Theory of the State and Law of the Tavria Academy of the Crimean Federal University named after V.I. Vernadskiy (KFU named after V. I. Vernadskiy)  
kafedra105@bk.ru  
295007, Republic of Crimea, Simferopol, prosp. Akademika Vernadskyogo, d. 4

**Abstract.** *The article is devoted to the analysis of theoretical provisions of the main schools of German jurisprudence in the 19th — the first half of the 20th century in the context of legal consciousness and interpretation of law. The article determines the main theoretical premises of such important academic areas as: the Historical School of Law, Jurisprudence of Concepts, Jurisprudence of Interests, the School of Free Law, Legal Positivism and Neo-Cantianism. The author considers scientific works of the main representatives of these schools.*

*The development of concepts of law and interpretation of law in the German legal doctrine demonstrates the connection of the doctrine of interpretation with the idea of law and real legal life. The historical period under consideration witnessed the work of many outstanding lawyers whose teachings had an impact not only on the legal science of many countries of Europe and Russia, but also on the legal doctrine of individual States belonging to the Anglo-Saxon legal family. Despite the different nature of their teachings, there is a link between the idea of law and their approach to the interpretation of legal provisions. This interaction is also inverse, many scholars have solved the problem of the essence of law by resorting to interpretive procedures. Tendencies similar to the tendencies typical for the German legal doctrine have found support both in the judicial practice of German courts and in the practice of the higher courts of the European Union. The article concludes that further development of the doctrine of interpretation of law requires not only the development of the methodology of interpretation of law, but also further developments in the philosophy of law.*

**Keywords:** *legal consciousness, interpretation of law, idea of law, historical school of law, jurisprudence of concepts, jurisprudence of interests, school of free law, legal positivism, neo-cantianism.*

**REFERENCES (TRANSLITERATION)**

1. Anners E. Istoriya evropejskogo prava. — M., 1994. — 397 s.
2. Antonov M. V. Sociologiya prava: rozhdenie novoj nauchnoj discipliny // Erlih O. Osnovopolozhenie sociologii prava. — SPb., 2011. — S. 9—63.
3. Vindshejd B. Uchebnik pandektnogo prava. Obshchaya chast'. — SPb., 1874. — T. 1. — 375 s.
4. Girke O. F. Estestvennoe pravo i nemeckoe pravo // Savin'i F. K. Sistema sovremennogo rimskogo prava. — M., 2011. — T. 1. — S. 15—35.
5. Zavadskij A. V. K ucheniyu o tolkovanii grazhdanskih zakonov. Novejshie techeniya po etomu voprosu v nemeckoj literature (shkoly svobodnogo prava i dr.). — Kazan', 1916. — 223 s.

6. Iering R. Smeshnoe i ser'eznoe v yurisprudencii // Iering R. Yuridicheskaya tekhnika. — M., 2008. — S. 114—229.
7. Iering R. Yuridicheskaya tekhnika. — SPb., 1905. — 105 s.
8. Karapetov A. G. Politika i dogmatika grazhdanskogo prava: istoricheskij ocherk // Vestnik Vysshego arbitrazhnogo suda Rossijskoj Federacii. — 2010. — № 4. — S. 6—69.
9. Kas'yanov V. V., Nechipurenko V. N. Sociologiya prava. — Rostov n/D, 2001. — 480 s.
10. Kel'zen G. Chistoe uchenie o prave. — SPb., 2015. — 542 s.
11. Korkunov N. M. Lekcii po obshchej teorii prava. — SPb., 2004. — 430 s.
12. Lejst O. E. Istoriya politicheskikh i pravovykh uchenij. — M., 2006. — 568 s.
13. Mihajlov A. M. Formirovanie i evolyuciya idej yuridicheskoy dogmatiki v romano-germanskoj tradicii: XII—XIX vv. : dis. ... kand. yurid. nauk. — M., 2012. — 203 s.
14. Nersesyanc V. S. Filosofiya prava. — M., 1997. — 652 s.
15. Puhta G. F. Kurs rimskogo grazhdanskogo prava. — M., 1874. — T. 1. — 562 s.
16. Radbruch G. Filosofiya prava. — M., 2004. — 240 s.
17. Savin'i F. K. Sistema sovremennogo rimskogo prava. — M., 2011. — T. 1. — 510 s.
18. Enciklopedicheskij slovar' Brokgauza i Efrona. — SPb., 1894. — T. 13a. — 492 s.
19. Erlih O. Osnovopolozhenie sociologii prava. — SPb., 2011. — 704 s.