

КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ПРАВА

УДК 340.13

К. Л. Томашевский,
заведующий кафедрой трудового и корпоративного права, главный научный сотрудник Центра трудового права Международного университета «МИТСО», кандидат юридических наук, доцент

ПОНЯТИЕ ИСТОЧНИКОВ И ФОРМ ПРАВА В НЕМЕЦКОЙ И РУССКОЙ ФИЛОСОФИИ И ТЕОРИИ ПРАВА КОНЦА XVIII – НАЧАЛА XX ВЕКА

В статье анализируются взгляды представителей немецкой философской и правовой мысли (И. Канта, Г. В. Ф. Гегеля, Ф. К. Савиньи, Г. Ф. Пухты, К. Г. Маркса, Г. Еллинека, Г. Кельзена), а также русских дореволюционных философов и теоретиков права (Б. Н. Чичерина, С. А. Муромцева, Н. Л. Дювернуа, Н. М. Коркунова, Е. Н. Трубецкого, Г. Ф. Шершеневича, Л. И. Петражицкого, В. М. Хвостова, И. В. Михайловского, Н. Н. Алексеева). На основе обобщений и анализа взглядов дореволюционных, а также советских и современных ученых сформулирован авторский подход к пониманию и различению форм и источников права в различных смыслах.

Ключевые слова: право, источник права, форма права, закон, правовой обычай, судебный прецедент, договор.

Введение. Теоретические проблемы источников и форм права исследовались на протяжении многих столетий выдающимися представителями философии и теории права. Вместе с тем до настоящего времени дискуссия о понятии и соотношении этих явлений не окончена, единства мнений ученых не наблюдается. Учитывая тот факт, что в советской (по сути – марксистско-ленинской) теории государства и права анализу взглядов дореволюционных зарубежных и отечественных философов и теоретиков права на эту проблему уделялось крайне мало внимания, а оценки их подходов носили односторонний и идеологизированный характер, представляется актуальным для современной юриспруденции обратиться к их научному наследию. В конечном счете подобный анализ с учетом достижений советских и современных теоретиков права позволит выработать и обосновать авторскую трактовку понятия и различения форм и источников права.

Основная часть. Анализ немецкой теоретической мысли на проблему форм и источников права начнем с представителей классической немецкой идеалистической философии (И. Канта и Г. В. Ф. Гегеля), к которой первоначально примыкал и К. Г. Маркс.

Концепция И. Канта на соотношение законов нравственных и юридических, естественных и позитивных может быть кратко описана следующими тезисами:

юридические законы (они могут быть и внешними по отношению к свободе воли) составляют часть этических законов (внутренние ограничители свободы лица); в свою очередь, юридические (положительные) законы должны подчиняться естественным законам (всеобщему правовому закону), обязательность которых может быть познана *a priori* [1, с. 274–276, 285]. Всеобщий или основной закон чистого практического разума сформулирован И. Кантом следующим образом: «Поступай так, чтобы максима своей воли могла в то же время иметь силу принципа всеобщего законодательства» [1, с. 147]. Как видим, концепция всеобщего правового закона с его нравственным наполнением во многом была построена в русле естественно-правовой теории правопонимания.

В фундаментальном труде Г. В. Ф. Гегеля «Философия права» находим рассуждения, затрагивающие проблему источников права и правообразования: «Почвой права является вообще духовное, и его ближайшим местом и исходной точкой – воля, которая свободна; так что свобода составляет ее субстанцию и определение, и система права есть царство осуществленной свободы, мир духа, порожденный им самим как некая вторая природа» [2, с. 67]. При этом Гегель достаточно широко трактовал право и его формы: «Право есть нечто святое вообще уже потому, что оно есть наличное бытие абсолютного понятия, самосознательной свободы... Моральность, нравственность, государственный интерес каждое в отдельности представляют собой особое право, так как каждая из этих форм есть определение и наличное бытие свободы» [2, с. 90]. Таким образом, для Гегеля право как самосознающая свобода проявляет себя в различных формах. Недостаток этого подхода можно усмотреть в смешении нравственных и правовых регуляторов, хотя в идеале право должно отражать нравственные устои общества. Теоретически это может произойти при отражении идей естественного права, соответствующих уровню нравственного развития общества, в позитивном праве. К сожалению, в действительности это далеко не всегда достижимо, но к этому идеалу следует стремиться, равно как к верховенству правового закона и построению правового государства.

В учениях представителей исторической школы права (особенно Ф. К. Савиньи и Г. Ф. Пухты) важнейшим источником права признавался правовой обычай, который определялся ими как результат саморазвития народного духа. П. И. Новгородцев, глубоко исследовавший наследие исторической школы права, отмечал: «Обычное право еще со времен Гуго считалось образцом самобытного развития. У Савиньи оно получило значение непосредственного продукта народного сознания» [3, с. 91]. Г. Ф. Пухта в своем известном труде «Обычное право» писал: «Das Recht ... ist das Resultata einer Volksthätigkeit» («Право есть результат деятельности народа [4, с. 139]. Соответственно закону как продукту деятельности законодателя представители исторической школы права отводили вторичное значение среди источников права.

В заключение анализа немецкой философско-правовой мысли кратко рассмотрим взгляды К. Г. Маркса о праве, оказавшие существенное влияние на развитие всей советской (а вместе с ней и белорусской) теории права. Первоначально Маркс, основываясь на идеалистическом мировоззрении (под влиянием Канта, Фихте) пытался сформировать учение о формальном и материальном праве, при этом он понимал «под формой необходимую архитектуру выражений понятия, а под материей – необходимое качество этих выражений» [5, с. 12]. Позднее, находясь под влиянием

гегелевской философии права, Маркс писал: «Законы – это положительные, ясные, общие нормы, в которых свобода приобретает теоретическое, независимое от произвола отдельной личности существование. Свод законов есть библия свободы народов... настоящим законом он становится лишь тогда, когда в его лице бессознательный естественный закон свободы воплотился в сознательный государственный закон. Там, где закон является действительным законом, т. е. бытием свободы, он является действительным бытием свободы человека» [5, с. 16]. Как видим, в этот ранний период К. Маркс связывал сущность закона (точнее права) с идеей свободы (в русле философских учений И. Канта и Г. Гегеля). Учеба Маркса в Берлинском университете и его посещение лекций Ф. К. Савиньи также оказало влияние и на его взгляды о соотношении законов и правовых обычаев: «Обычное право, как отдельная область, наряду с законом имеет, поэтому, разумное оправдание лишь там, где право существует наряду и помимо закона, где обычай есть предвосхищение закона...» [5, с. 17]. В более поздних работах, отражающих разработанную К. Г. Марксом и Ф. Энгельсом материалистическую философию и политическую экономику противопоставления классов буржуа и пролетариата, взгляды Маркса на законодательство резко изменились и получили политическую окраску: «Все законодательство имеет своей целью защиту имущих от неимущих. Законы нужны только потому, что существуют неимущие» [5, с. 166]. Маркс также призывал присяжных заседателей «вмешаться между отжившими требованиями закона и живыми требованиями общества» [5, с. 166]. Здесь можно усматривать и первые «ростки» социологического правопонимания и придания суду (по крайней мере суду присяжных) правотворческих функций. Любопытно, что сам Маркс считал иллюзией то, что «правовые нормы обязаны своим возникновением не экономическим отношениям, а формальной законодательной деятельности государства» [5, с. 311–312]. Позднее в советской марксистско-ленинской теории права это противопоставление ученые-юристы пытались сгладить через различение правообразования и правотворчества.

Среди западных теоретиков права начала XX в. нельзя обойти вниманием две фигуры: немецкого юриста Г. Еллинека и австрийско-американского ученого Г. Кельзена. Профессор Гейдельбергского университета Г. Еллинек считал, что правовые нормы характеризуются тремя существенными признаками: 1) представляют собой нормы внешнего поведения людей в их отношениях друг к другу; 2) исходят от признанного внешнего авторитета; 3) их обязательность гарантируется внешними средствами. Источником способности нормы права действовать Г. Еллинек считал «убеждение в том, что мы обязаны следовать этой норме» [6, с. 218]. Для данного ученого правовые нормы по своей природе не столько принудительные, сколько гарантированные нормы [6, с. 220]. Г. Еллинек в рамках учения о «правотворящих силах» ставит важную проблему: «каким образом не-право делается правом?» Ответ на этот вопрос ученый находит на основе обзора трехтысячелетней истории естественно-правовых представлений в «праве, которое в силу внутренней своей справедливости нравственно обязательно и поэтому является действующим, коренится в психике человека» [6, с. 230]. Как видим, в учении Г. Еллинека на основе кантианской метафизики уже закладывались концептуальные идеи психологической теории права, системно разработанной Л. И. Петражицким. При этом Г. Еллинек не считал, что всякое право являлось «продуктом прогрессивно развивающегося государства»:

первоначально оно создается в более тесных союзах (семьях, союзах семей) и лишь с развитием и централизацией государственной власти правотворческие функции концентрируются у государства, хотя и с сохранением правотворческой автономии у церкви и всякого рода ассоциаций [6, с. 237–238].

В своей чистой теории права Г. Кельзен пытался с позиций юридического позитивизма и нормативизма избежать все слабые места как естественно-правовой школы, так и исторической теории правопонимания. Выстраивая иерархию структуры правопорядка, Г. Кельзен ставил вслед за Конституцией общие нормы, содержащиеся в законодательстве и правовых обычаях [7, р. 224]. Причем правовым обычаем он признавал только тот обычай, обязательность которого основана на коллективной или индивидуальной воле правотворческого органа [7, р. 226]. Основой же всей системы права он считал основную норму (*basic norm*) – критерий действительности и справедливости всего позитивного права, которую и должна закреплять конституция государства [7, р. 217–222]. В подходе Г. Кельзена к выделению «основной нормы», закрепляемой в Конституции, усматривается продолжение рассмотренной выше концепции И. Канта с его «основным законом» чистого практического разума.

Далее рассмотрим взгляды на формы (источники) права ряда видных дореволюционных русских теоретиков права.

Основываясь на диалектике и методологии Гегеля, ученый-теоретик Б. Н. Чичерин в своей книге «Философия права» рассмотрел понятие и формы права, указав среди них положительное право (в том числе такие его формы, как обычай, закон и право юристов) и естественное право как «систему общих юридических норм, вытекающих из человеческого разума и долженствующих служить мерилom и руководством для положительного законодательства» [8, с. 86–87]. В этом подходе еще не проводится разграничение источников и форм права.

Н. Л. Дювернуа, специально исследовавший источники права и суд в Древней Руси, полагал, что «законодательство – это одна из тех форм, в которые облекается объективное право, это лучшая, высшая форма его выражения» [9, с. 31], а к источникам права он помимо закона относил также доктрину, обычное право и даже сделки (например, завещания князей).

Н. М. Коркунов предложил следующее понимание источников права как технического термина: «Эти формы объективирования юридических норм, служащие признаками их обязательности в данном обществе и в данное время, называются *источниками права*» [10, с. 283]. В этом понимании к источникам права ученый относил только обычай, судебную практику и закон [10, с. 285]. Юридический обычай по мнению Н. М. Коркунова «тем и отличается от простого обыкновения, что является внѣшнимъ и притомъ сознательнымъ выраженіемъ уже раньше существующей в народномъ правосознаніи нормы» [10, с. 292]. В свою очередь, закон данный теоретик рассматривал в широком смысле по сути как акт законодательства: «Законъ въ широкомъ смыслѣ есть всякая устанавливаемая органами государственной власти юридическая норма» [10, с. 299]. Этот же ученый предложил отличать источник права как признак его общеобязательности с понятием источника как «исторического памятника» и как о силе, «откуда черпается, в чем определяется само содержание правовых норм» (к этой силе он относил общественное, субъективное сознание или субъективный разум) [10, с. 283–284].

По мнению другого дореволюционного теоретика права, Е. Н. Трубецкого, под источниками права следует понимать «только те именно причины и силы, которые сообщают тем или другим правилам значение правовых норм, т. е. обуславливают собой их *обязательность*» [11, с. 97]. Первоначальным источником позитивного права данный ученый признавал «тот или другой авторитет, устанавливающий правовые нормы; закон, обычай и прецедент заслуживают названия источников права лишь в качестве способов проявления общественного авторитета» [11, с. 98]. Дополнительными (вспомогательными) источниками права этот автор признавал административные распоряжения (например, уставы университетов), судебную практику, а также статутарное или автономическое право («нормы, изданные самоуправляющимися общественными союзами и учреждениями») [11, с. 129–134]. Правда, Е. Н. Трубецкой, который достаточно логично и последовательно различал право позитивное и естественное, оставил без ответа вопрос об источниках естественного права. Под последним он понимал «нравственно должное в праве», «тот нравственный идеал, который должен определять собою развитие права» [11, с. 67–68]. Развивая нравственно-философские учения И. Канта и В. С. Соловьева, Е. Н. Трубецкой предложил следующую формулировку общего требования естественного права: *«отдельному лицу должен быть предоставлен максимум внешней свободы, совместимый с благом общества как целого»* [11, с. 69].

Другой дореволюционный теоретик права и цивилист Г. Ф. Шершеневич писал: «Формы выражения права, которые имѣют значеніе обязательныхъ средствъ ознакомленія съ действующимъ правомъ, называются источниками права. Такими источниками признаются въ настоящее время законъ и обычай» [12, с. 97]. Интересно, что уже позитивист Г. Ф. Шершеневич предложил отказаться от термина «источники права» в пользу категории «формы права» для разграничения с той силой, которая творит право [12, с. 97]. Также как и Н. М. Коркунов, Г. Ф. Шершеневич считал обязательность признаком источника права, причем эта обязательность должна основываться на законе [12, с. 98]. Тот же ученый писал и о недостатках правового обычая для регулирования трудовых отношений: «Но когда начинается быстрое передвиженіе въ поискахъ за заработкомъ, когда челоѣкъ переходитъ отъ одного занятія къ другому, когда, благодаря этому, ему приходится часто мѣнять и мѣсто и общественную среду, – обычное право, по своей неповоротливости, – непригодный источникъ права» [12, с. 100]. В дополнение к дефиниции закона (в широком смысле слова), предложенной Н. М. Коркуновым, Г. Ф. Шершеневич добавляет еще и такой признак, как «издаваемый в установленном порядке» [12, с. 100]. Под законодательством тот же ученый понимает всю «совокупность законовъ, дѣйствующихъ въ известное время въ известной странѣ» [12, с. 105].

Если Г. Ф. Шершеневич в своем учении о праве (в том числе трактовке источников права) придерживался концепции юридического позитивизма, то другой дореволюционный теоретик права С. А. Муромцев, признанный основателем социологической школы правопонимания в России, подходил к этой проблеме шире, рассматривая право не как совокупность юридических норм, а как правопорядок, т. е. «существующий или существовавший порядок отношений» (по существу – правоотношений). Соответственно к источникам права, помимо закона и обычного права, он относил также право юристов и судебную практику [13, с. 141–151].

По мнению профессора В. М. Хвостова, источники права – это «тѣ формы, в которых возникают и получают обязательную силу юридическіе нормы» [14, с. 85]. Как видим, акцент здесь делается на формальной стороне понятия «источник права». Помимо традиционных источников «закон» и «обычай» данный ученый верно обратил внимание на значение договора между государствами в качестве источника международного права [14, с. 85]. При этом из виду им упускались международные договоры, заключенные с участием международных организаций и иные виды нормативных соглашений (коллективные договоры, тарифные соглашения). Оправданием этого «пробела» служит тот факт, что законодательное и международно-правовое регулирование эти источники права получили только в XX в. Под «автономией» В. М. Хвостов понимал «право отдѣльных общественных союзовъ или учреждений въ предѣлахъ государства регулировать свою внутреннюю жизнь своими собственными нормами» [14, с. 104]. Автономию тот же автор подразделял на два вида: *статутарное право* (когда эти нормы облечены в форму предписаний власти, стоящей во главе автономного союза, и *обычное творчество* в пределах автономного союза [14, с. 104–105]. К слову, и в настоящее время встречаются примеры как первых, так и вторых источников: уставы организаций, утверждаемые государственным органом, и локальные нормативные правовые акты, принимаемые, как правило, в рамках самой организации.

И. В. Михайловский разграничивал *материальные источники* права, которые можно свести в конечном счете к субъективному правосознанию, и *формальные источники* права, под которыми понимал «*тотъ высшій авторитетъ даннаго общежитія, который санкціонуєть все юридическіе нормы*» [15, с. 243]. Для данного ученого формальным источником права выступает высший авторитет (высшая власть) общежития, который проявляет себя в ряде форм права. Формы права он не сводит к закону и обычному праву, как Г. Ф. Шершеневич, а выделяет большее число форм (добавляет указы и судебную практику), подчеркивая их субсидиарное значение.

Интересен взгляд на источники права основателя психологической теории правопонимания, нашего земляка, профессора Л. И. Петражицкого, который был родом из Витебской губернии. Развивая свои взгляды на право, выражающиеся в императивно-атрибутивных переживаниях, ученый полагал, что «то, что господствующее учение принимают за обычное право, законное право и т. д., т. е. веления законодателей и т. д., не есть само позитивное право, а разве только «источник» его, факты, вызывающие в психике знающих о них позитивные правовые переживания» [16, с. 412]. В теории Л. И. Петражицкого место естественного права заняло интуитивное право, источником которого могут выступать различные явления действительности (власть родителя над детьми, преподавателя – над студентами, иные авторитеты).

Наконец, упомянем еще одного дореволюционного философа права Н. Н. Алексеева, стоявшего у основания феноменологического направления в правопонимании. По мнению данного автора, учение об источниках позитивного права необходимо свести к изучению нормативных фактов в праве. Полемизируя с Л. И. Петражицким, Н. Н. Алексеев относил к нормативным фактам (по сути – источникам права) «такие факты, которые по внутренней природе своей, по присущему им логосу обязывают к определенным действиям и требуют их» [17, с. 151–152]. В качестве таких фактов (источников) он называет, например, такие акты, как обещание, договор, соглашение,

учредительные акты. Относительно генетического значения правосознания и правового чувства Н. Н. Алексеев писал, что «правовое чувство есть источник права потому, что из него рождается, истекает всякое право», а правосознание – это «чистое созерцание» как возможный спутник возможных актов» [17, с. 155].

Рассмотрев понятие источников права и его соотношение с формами права в немецкой и русской философской и теоретической мысли конца XVIII – начала XX вв., обратимся к этимологии этих слов, а затем сформулируем и обоснуем авторскую концепцию понятия и соотношения форм и источников права, которая в дальнейшем будет преломляться к проблемам источников трудового права. Вообще мы разделяем методологический подход Н. В. Сильченко о поиске логико-этимологических начал тех или иных категорий в области права [18, с. 4].

С этимологической точки зрения, как уже отмечалось, оба понятия («источник права» и «форма права») многозначны, полисемантически. В «Словаре русского языка» С. И. Ожегова дается три значения слову «источник», из которых два совместимы с областью права: 1) «то, что дает начало чему-н., откуда исходит что-н.»; 2) «письменный памятник, документ, на основе которого строится научное исследование» [19, с. 229]. В том же словаре содержится девять значений слова «форма», из которых к правовой действительности могут относиться следующие: а) «вид, тип, устройство, структура, внешнее выражение чего-н., обусловленные определенным содержанием»; б) «установленный образец чего-н.» [19, с. 761]. Полагаем, что этимологическое разнообразие смыслов анализируемых понятий требует и адекватного их преломления к области юриспруденции (в различных, как минимум, двух смыслах). Определяя понятие «форма» на основе законов диалектики, правильнее связывать и сопоставлять его скорее с содержанием, нежели с источниками. Как подчеркивается в философском энциклопедическом словаре, «содержание и форма, философские категории, во взаимосвязи которых содержание, будучи определяющей стороной целого, представляет единство всех составных элементов объекта, его свойств, внутренних процессов, связей, противоречий и тенденций, а форма есть способ существования и выражения содержания» [20, с. 595]. Схожие определения содержания и формы даются в современной литературе по философии [21, с. 301–302; 22, с. 405, 407].

С учетом вышеизложенного мы исходим из философского и этимологического понимания «формы» как внешнего выражения (проявления) содержания тех или иных явлений. Другими словами, в дихотомии «форма и содержание» первое (форма) – внешняя, а второе (содержание) – внутренняя сторона явления.

В самом общем плане под **формами права** нами понимаются *способы внешнего выражения права, бытия его содержания*. В научных целях целесообразно рассматривать формы права в широком и узком смыслах.

Под **формами права в широком смысле** нами понимаются *разнообразные способы внешнего выражения и бытия права в его различных смыслах и сущностных проявлениях* (субъективного и объективного; естественного, позитивного и божественного; как норм права, правоотношений и правовых идей). Так, формой субъективного права может быть индивидуальный договор (гражданско-правовой, трудовой, ученический и пр.), односторонняя сделка (доверенность, завещание), судебное решение по конкретному спору и т. д. Формой естественного права могут выступать декларации, принимаемые авторитетными международными организациями (ООН,

МОТ и другими), провозглашающие общепризнанные принципы международного права, но, как правило, не имеющие значения международных договоров. Формами позитивного права являются различные его источники в формальном смысле (нормативные правовые акты, нормативные правовые договоры, судебные прецеденты, обычное право). Формой божественного права в отдельных странах в основном традиционной правовой семьи выступают религиозные книги (Коран, Веды). Формами норм права выступают источники (формы) позитивного права (нормативный правовой акт, нормативный правовой договор и др.), формой правоотношений – поведение субъектов права, а формой правовых идей – правосознание, отражающее правовые доктрины и принципы права.

Формы права в узком смысле – это способы внешнего выражения (фиксации) норм объективного права. Соответственно можно выделить две основные формы объективного права: писанное и неписанное. *Писанной форме* объективного права соответствуют такие источники права в формальном смысле, как нормативный правовой акт, нормативный правовой договор, судебный прецедент, религиозные книги, правовые доктрины. В *неписанной форме* объективного права, как правило, выражаются правовые обычаи и правовые принципы, выводимые из общего смысла законодательства и сущности права.

В самом общем смысле источник права можно определить как то, откуда исходит, черпается право. Конечно, такое определение слишком общее и нуждается в дальнейшей конкретизации к различным смыслам понятия источника права. Обобщение предшествующих разработок ученых-теоретиков и философов позволяет выделить **шесть смыслов понятия «источник права»:**

1) **памятник права**, т. е. историко-юридический документ, в котором закреплялось ранее действовавшее право;

2) **сила, творящая право**, придающая правилам поведения значение общеобязательности;

3) **источник права в формальном смысле**, т. е. внешне объективированный официальный документ, признанный государством или международным сообществом в конкретный исторический момент «носителем» права;

4) **источник права в материальном смысле**, включающий те факторы политического, экономического, социокультурного и иного характера, предопределяющие те общественные отношения, которые нуждаются в правовом регулировании;

5) **источник права в идеальном смысле**, т. е. правосознание, диктующее через разум идеи справедливости, свободы, равенства, гуманизма как сущности естественного (надпозитивного) права;

6) **источник знаний о праве** – любой носитель правовой информации (помимо формальных источников права сюда относятся сборники и комментарии к законодательству, базы данных правовой информации, Интернет, журналы, газеты и пр.).

Заключение. Проведенный в статье обзор и анализ философских и теоретико-правовых подходов к пониманию источников и форм права позволили сформулировать следующие основные выводы:

- источники права и формы права являются многозначными и нетождественными понятиями, которые в научных целях целесообразно рассматривать в различных смыслах;

- под формами права в широком смысле понимаются разнообразные способы внешнего выражения и бытия права в его различных смыслах и сущностных проявлениях. Формы права в узком смысле – это способы внешнего выражения (фиксации) норм объективного права. Предложено выделить две основные формы объективного права: писанное и неписанное;

- источник права можно определить как то, откуда проистекает, черпается право. Для более четкого уяснения категории «источник права» на основе синтеза разработок предшественников обоснована ее конкретизация к шести различным смыслам данного понятия.

ЛИТЕРАТУРА

1. Кант И. Основы метафизики нравственности. Критика практического разума. Метафизика нравов / И. Кант. – Изд. 2-е, стер. – СПб. : Наука, С.-петерб. издат. фирма, 2005. – 528 с.
2. Гегель Г. В. Ф. Философия права / Г. В. Ф. Гегель : пер. с нем. ; ред.-сост.: Д. А. Керимов, В. С. Нерсесянц. – М. : Мысль, 1990. – 524 с.
3. Новгородцев П. И. Историческая школа юристов / П. И. Новгородцев. – СПб. : Лань, 1999. – 192 с.
4. Puchta G. F. Das Gewohnheitsrecht. Erster Theil / G. F. Puchta. – Erlangen, 1828. – 235 s.
5. Маркс К. О праве / К. Маркс, Ф. Энгельс ; сост. А. Панферовым ; под ред. и с поясн. замечаниями И. П. Разумовского. – М. : Изд-во коммерч. акад., 1925. – 488 с.
6. Еллинек Г. Право современного государства / Г. Еллинек. Т. 1. Общее учение о государствах / пер. под ред. В. М. Гессена и Л. В. Шалланда. – СПб. : Изд. Т-ва «Общественная польза», 1903. – 532 с.
7. Kelsen H. Pure Theory of Law / H. Kelsen. – Translation from the Second German Edition by Max Knight. – Berkeley : University of California Press, 1967. – 356 p.
8. Чичерин Б. Н. Философия права / Б. Н. Чичерин. – СПб. : Наука, 1998. – 656 с.
9. Дювернуа Н. Л. Источники права и суд в Древней России: Опыт по истории русского гражданского права / Н. Л. Дювернуа ; предисл. А. В. Коновалова. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. – 396 с.
10. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права / Н. М. Коркунов. – Изд. 7-е. – СПб. : Изд. юрид. кн. магазина Н. К. Мартынова, 1907. – 354 с.
11. Трубецкой Е. Н. Энциклопедия права / Е. Н. Трубецкой. – СПб. : Лань, 1999. – 224 с.
12. Шершеневич Г. Ф. Общее учение о правѣ и государствѣ / Г. Ф. Шершеневич. – М. : Тип. т-ва И. Д. Сытина, 1911. – 163 с.
13. Муромцев С. А. Определение и основное разделение права / С. А. Муромцев ; вступ. ст., коммент. Ю. И. Гревцова. – 2-е изд., доп. – СПб. : Изд. дом С.-петерб. гос. ун-та, 2004. – 224 с.
14. Хвостовъ В. М. Общая теорія права. Элементарный очеркъ / В. М. Хвостовъ. – Изд. 6-е (исп. и доп.). – М. : Тип. Вильде, 1914. – VIII, 148 с.
15. Михайловский И. В. Очерки философии права / И. В. Михайловский. – Томск : Изд. кн. магазина В. М. Посохина, 1914. – Т. 1. – 604, XV с.
16. Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности / Л. И. Петражицкий. – Серия «Мир культуры, истории и философии». – СПб. : Лань, 2000. – 608 с.
17. Алексеев Н. Н. Основы философии права / Н. Н. Алексеев. – СПб. : Лань, 1999. – 256 с.
18. Сильченко Н. В. Закон: Проблемы этимологии, социологии и логики / Н. В. Сильченко ; под ред. С. Ф. Сокола. – Минск : Навука і тэхніка, 1993. – 119 с.

19. Ожегов С. И. Словарь русского языка / С. И. Ожегов : ок. 57 000 слов ; под ред. Н. Ю. Шведовой. – М. : Рус. яз., 1982. – 816 с.
20. Философский энциклопедический словарь / редкол.: С. С. Аверинцев, Э. А. Араб-Оглы, Л. Ф. Ильичев и др. – 2-е изд. – М. : Сов. энцикл., 1989. – 815 с.
21. Спиркин А. Г. Философия : учебник / А. Г. Спиркин. – М. : Гардарики, 2000. – 816 с.
22. Философия : учеб. пособие для студентов вузов / В. Ф. Берков, П. А. Водопьянов, Е. З. Волчек и др. ; под общ. ред. Ю. А. Харина. – 3-е изд., доп. и испр. – Минск : ТетраСистемс, 2000. – 416 с.

Томашевський К. Л.

ПОНЯТТЯ ДЖЕРЕЛ І ФОРМ ПРАВА В НІМЕЦЬКІЙ І РОСІЙСЬКІЙ ФІЛОСОФІЇ І ТЕОРІЇ ПРАВА КІНЦЯ ХVІІІ – ПОЧАТКУ ХХ СТОЛІТТЯ

У статті аналізуються погляди представників німецької філософської та правової думки (В. Канта, Р. В. Ф. Гегеля, Ф. К. Савіньї, Р. Пухти, К. Р. Маркса, Р. Еллінека, Р. Кельзена), а також російських дореволюційних філософів і теоретиків права (Б. Н. Чичеріна, С. А. Муромцева, М. Л. Дювернуа, Н. М. Коркунова, Е. Н. Трубецького, Р. Ф. Шершеневича, К. І. Петражицького, В. М. Хвостова, І. В. Михайлівського, Н. Н. Алексєєва). На основі узагальнень та аналізу поглядів дореволюційних, а також радянських та сучасних учених сформульовано авторський підхід до розуміння та розрізнення форм і джерел права у різних сенсах.

Ключові слова: право, джерело права, форма права, закон, правовий звичай, судовий прецедент, договір.

Tomashevskii K. L.

CONCEPT OF SOURCES AND LEGAL FORMS OF THE GERMAN AND RUSSIAN PHILOSOPHY AND THE THEORY OF LAW FROM THE END OF XVIII TILL THE BEGINNING OF XX CENTURY

Problem setting. *Theoretical problems of sources and forms of the right were investigated throughout many centuries by outstanding representatives of philosophy and the legal theory. At the same time, so far discussion about concept and a ratio of these phenomena isn't ended, unities of opinions of scientists isn't observed. Considering that fact that in Soviet (in fact – Marxist-Leninist) to the analysis of views of pre-revolutionary foreign and domestic philosophers and theorists-lawyers for this problem not enough attention was paid to the theory of law, and estimates of their approaches had the unilateral and ideologized character, it is represented actual for modern law to address to their scientific heritage.*

Analysis of recent researches and publications. *The author of the article sights of opinions the German philosophers and lawyers (I. Kant, G. W. F. Hegel, F. C. Savigny, G. Pyhta, K. H. Marx, G. Ellinek, H. Kelsen), and also Russian pre-revolutionary philosophers and theorists of the law (B. N. Chicherin, S. A. Muromtsev, N. L. Djuvernua, N. M. Korkunov, E. N. Trubetskoy, G. F. Sher-shenevich, L. I. Petrazhitski, V. M. Hvostov, I. V. Mikhaylovskiy, N. N. Alekseev).*

Target of research. *Eventually the similar analysis taking into account achievements of the Soviet and modern theorists of law will allow to develop and prove author's treatment of concept and distinction of forms and sources of the right.*

Article's main body. *Legal forms in narrow sense are ways of external expression (fixing) of norms of the objective law. Respectively it is possible to allocate two main forms of the objective law: written and unwritten. In the most general sense the legal source can be defined somehow, from where results, the right is scooped. Synthesis of the previous development of*

scientists-theorists and philosophers allowed the author to allocate six meanings of the concept «legal source».

Conclusions and prospects for the development. *Legal sources and legal forms are multiple-valued and nonidentical concepts which in the scientific purposes are expedient for considering in various meanings. Legal forms in a broad sense are understood as various ways of external expression and life of the right in its various meanings and intrinsic manifestations. Legal forms in narrow sense are ways of external expression (fixing) of norms of the objective law. It is offered to allocate two main forms of the objective law: written and unwritten. Legal source can be defined somehow, from where results, the right is scooped. For more accurate explanation of the category «legal source» on the basis of synthesis of development of predecessors its specification to six various meanings of this concept is proved.*

Key words: *law, legal source, legal form, decree, legal custom, judicial precedent, contract.*