

1//938523(039)

Д. Ю. Полдников

Сравнительная история зарубежного права

Учебник

Том II
Современные
правовые традиции

Издательство
НОРМА



Оглавление

Принятые сокращения	7
Предисловие	8
Глава 1. Становление современной правовой традиции	
Англии	14
§ 1. Общество и органы власти	15
§ 2. Развитие основ правовой традиции	43
§ 3. Характерные отраслевые институты	57
<i>Выводы</i>	79
Глава 2. Англо-американская правовая традиция	83
§ 1. Общество и социальные институты	83
§ 2. Развитие основ правовой традиции	99
§ 3. Характерные отраслевые институты	119
<i>Выводы</i>	143
Глава 3. Становление современной правовой традиции	
Франции	148
§ 1. Общество и социальные институты	148
§ 2. Развитие основ правовой традиции	169
§ 3. Характерные отраслевые институты	189
<i>Выводы</i>	215
Глава 4. Становление современной правовой традиции	
Германии	219
§ 1. Общество и социальные институты	219
§ 2. Развитие основ правовой традиции	241
§ 3. Характерные отраслевые институты	262
<i>Выводы</i>	283
Глава 5. Немецкая правовая традиция между	
тоталитаризмом и правовым государством	288
I. Фашизм как вызов либерально-демократической модели	
и правовому государству	288

§ 1. Общество и социальные институты в межвоенный период	288
§ 2. Изменение основ права при национал-социализме.....	300
§ 3. Изменения отраслевых институтов.....	306
II. Возрождение правового государства в Федеративной Республике Германии	320
§ 1. Общество и социальные институты во второй половине XX в.....	320
§ 2. Восстановление основ правовой традиции.....	328
§ 3. Изменения отраслевых институтов	332
<i>Выводы</i>	346
Глава 6. Модернизация правовой традиции Японии	351
§ 1. Общество и социальные институты	351
§ 2. Изменение основ правовой традиции	373
§ 3. Характерные отраслевые институты	384
<i>Выводы</i>	409
Глава 7. Становление современной правовой традиции Китая в XX в.	414
§ 1. Общество и социальные институты	415
§ 2. Изменение основ правовой традиции	437
§ 3. Характерные отраслевые институты	450
<i>Выводы</i>	472
Глава 8. Модернизация правовых традиций Индии	476
§ 1. Общество и социальные институты	476
§ 2. Изменение основ правовой традиции	494
§ 3. Характерные отраслевые институты	513
<i>Выводы</i>	535
Глава 9. Модернизация исламского права на Ближнем Востоке	539
§ 1. Общество и социальные институты	539
§ 2. Развитие основ правовой традиции	560
§ 3. Характерные отраслевые институты	578
<i>Выводы</i>	602
Библиография	607

Предисловие

Данная книга является вторым томом учебника «Сравнительная история зарубежного права» для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция». В книге прослеживается модернизация аграрных цивилизаций в условиях становления индустриального общества и современных национальных государств Запада, а также их влияние на страны Востока в XIX—XX вв.

Модернизацией (от лат. *modernus* — происходящий сейчас) в исторических науках принято называть процессы трансформации аграрных (традиционных) обществ в индустриальные, с капиталистической экономикой, сложной политической и государственной системой, а также идеологией и культурой на основе рациональных, светских и индивидуалистических ценностей [см.: Всемирная история. 2014. I. 298]. В Западной Европе и Северной Америке такая трансформация произошла в XVIII—XIX вв. благодаря аграрной, промышленной, научной и социально-политической революциям, вызревшим в лоне евроатлантической цивилизации. В странах Азии к ней подтолкнула колониальная экспансия западных держав.

Частью модернизации стало утверждение в западных обществах перспективного взгляда на правовое регулирование с акцентом на совершенствовании законодательства в соответствии с рациональным планом устройства общества, а также становление интегрированной правовой системы, или правовой организации индустриального общества, включая правотворческие и правоприменительные органы, систему норм и источников права, представления о праве и государстве, а также реализацию права в юридической практике. Появление столь сложной, интегрированной организации общества на основе права едва ли было известно аграрным цивилизациям и, несомненно, опиралось на обновление всех компонентов правовой традиции.

Право обрело черты упорядоченного комплекса общеобязательных и рациональных предписаний публичной власти, предназначенных для защиты жизни, здоровья, свободы и имущества личности в судебном порядке от посягательств частных и должностных лиц. Ос-

новой формой права являлись не безмотивные обычаи предков и ответы знатоков традиции, а нормативные правовые акты выборных представителей нации, принятые и опубликованные в установленном порядке для сведения населения, либо мотивированные судебные решения, обязательные для судей при рассмотрении аналогичных дел. Рациональное содержание форм права обусловило появление четких правил толкования их нормативных предписаний (с учетом грамматики, логики, системы, цели, истории), выделение основы судебных прецедентов, а значит, сделало более предсказуемым и проверяемым применение права. Символом упорядочения права стали его кодификация, издание консолидированных актов в странах общего права и отраслевых кодексов в странах романо-германского права.

Принципиальные изменения основ правовой традиции обусловили изменения во всех ключевых сферах правового регулирования. В течение XIX в. возникло государственное, или конституционное, право как комплекс принципов правовой организации общества, государства, личности на основе самоограничения публичной власти, признания основных прав личности и гарантий их защиты (в рамках доктрины правового государства или верховенства права).

Частное право превратилось в сферу автономии (свободы) личности, защищенную от произвольного вмешательства должностных лиц и расширенную благодаря признанию формального равенства субъектов и их объединений (юридических лиц, корпораций), права частной (буржуазной) собственности, принципа свободы договоров, а также детализации правил ответственности за правонарушения (деликты).

В уголовном праве нашли отражение принципы законности («нет наказания без закона»), формальной определенности состава преступления (включая формы вины), разумности, соразмерности и гуманизма при назначении наказания, запрета обратного действия закона, а также пыток.

Новые процессуальные правила предусматривали устное, открытое публичное судебное разбирательство с участием сторон, адвоката (защитника), государственного обвинителя, а нередко и присяжных заседателей, под председательством профессиональных судей, независимых от указаний администрации, свободных в оценке доказательств и связанных лишь действующим правом.

Все перечисленные изменения производны от общего для индустриальных западных обществ проекта Просвещения XVIII в., прогрессивной, рациональной и светской либеральной (с XIX в. также демократической, а с XX в. еще и социал-демократической) идеологии. При этом модернизация правовых традиций на этой основе не ис-

ключила значительных технико-юридических различий характерных институтов правовых систем и не устранила разницы «внутреннего взгляда» юристов ведущих стран общего права (*common law*) и континентального (романо-германского) права. Англо-американское право (в Англии и ее колониях, США) сохранило приверженность надлежащей правовой процедуре (*due process*) как главной гарантии соблюдения прав и свобод подданных и граждан. Правоведы Франции и Германии, напротив, сделали акцент на материальной справедливости и системе понятий материального (конституционного, административного, гражданского, уголовного) права.

Право Англии, США и Франции сохранило преемственность с ценностями либеральной демократии XIX в. и после становления «общества масс» в XX в. Иначе обстояло дело с правом Германии, где режим национал-социализма (1933—1945 гг.) полностью отверг либерально-демократическую идеологию, доктрину правового государства, а в итоге и саму ценность права. Последствиям такого преобразования, а также восстановлению правового государства в Западной Германии в 1949—1990 гг. посвящена отдельная глава учебника.

В отличие от ведущих западных держав страны Азии в XIX—XX вв. шли по пути «догоняющей» модернизации своих правовых традиций, чаще всего заимствуя модели англо-американского и романо-германского права. Такое заимствование могло быть успешным, несмотря на вынужденный характер и принципиальное различие азиатских и западных культурных ценностей. Примером тому служат Япония и Индия. Благодаря серии реформ «сверху» с 1870-х гг. право Японии ко второй половине XX в. превратилось в древо с конфуцианскими и синтоистскими корнями, романо-германским стволом и англо-американскими ветвями.

Британское колониальное господство в Индии в XIX — первой половине XX в. способствовало становлению англо-индусского территориального права, вследствие чего уже к концу XIX в. традиционное индусское и исламское право ограничивалось сферой брачно-семейных и наследственных отношений последователей индуизма и ислама. Обретя в 1947 г. независимость от британской метрополии, власти Республики Индия сохранили прежнюю правовую систему, дополнив англо-индусское право отдельными принципами и институтами социалистического права.

В то же время вестернизация права (от англ. *west* — запад) не стала подходящим решением для создания современной правовой систе-

мы Китая и многих стран исламского мира в силу значительных культурных отличий. Заимствование западных правовых моделей путем принятия современных кодексов и законов в Китайской Республике в первой половине XX в. породило разрыв между «правом в книгах» и «правом в жизни» в преимущественно аграрной стране с коллективистским мировоззрением. История Китайской Народной Республики показала, что большинству китайцев оказались ближе социалистические ценности и модель правовой системы СССР, впрочем, реализованная с китайской спецификой.

Исламские страны Ближнего Востока стали подлинной «лабораторией» сравнительного правоведения. В заключительной главе учебника рассмотрены три разных пути их развития в XIX—XX вв.: полный отказ от исламского права и создание синтетической правовой системы из элементов романо-германского права (Республика Турция); частичный отказ от основ шариата в сочетании с институтами французского права (Египет); сохранение основ шариата (Саудовская Аравия).

Приведенный в учебнике материал позволяет говорить о существовании правовых традиций в обществах Запада и Востока, которые утратили черты аграрных (традиционных), а также выявлять связи современных правовых традиций с доиндустриальными. Правовая традиция используется в качестве предмета и метода изучения сравнительной истории права. В первом значении она обозначает комплекс исторически обусловленных устойчивых взглядов на право, которые определяют его роль в организации общества, его правовой системы и при этом передаются в качестве нормативно-правовой информации от одного поколения другому в рамках той или иной культуры или цивилизации. Во втором значении правовая традиция — это аналитическая модель, которая позволяет зафиксировать правовые явления функционально, с фактом их воздействия на общество и структурировать доступные современной историко-правовой науке сведения о создателях и носителях традиции; о формах права, об основах его понимания, толкования, применения, упорядочения; о характерных институтах в важнейших сферах правового регулирования.

Методологическая роль правовых традиций приобретает особое значение при изучении модернизации права зарубежных стран. В период индустриализации и мировых колониальных империй контакты (столкновение, соперничество, сотрудничество) разных цивилизаций Востока и Запада достигли невиданного прежде темпа и интенсивности. Общая аналитическая модель традиции позволяет проанализировать и схематически упорядочить более объемный материал учеб-

ника, а также упрощает сравнение хода и результатов модернизации правовых традиций. Это, в свою очередь, не только позволяет выявить сходство и различия правовых явлений, но и задуматься об их причинах.

В данном томе учебника описываются и объясняются правовые традиции индустриальных обществ эпохи модерна, которая в полной мере стала достоянием истории. Однако именно ее наследие побудило правоведов разных стран начать обсуждение «общих принципов права, признанных цивилизованными нациями» (п. «с» ст. 38 Статута Международного суда ООН 1945 г.). Можно ли к их числу отнести не только международные, но и общие принципы национальных правовых систем (Д. Анцилотти), основанных на общих правовых идеях (А. Фердросс, П. Е. Земскова), в том числе на понятиях, логических правилах и приемах юридической техники для толкования и применении права, независимо от его классовой сущности (Г. И. Тункин)?

Одни авторы утверждали, что таких принципов нет (Г. Кельзен, П. Гуггенхайм). Другие выводили их из нравственной основы христианства, которое выразило в своих заповедях то, что международное право стремится передать на юридическом языке (Л. А. Камаровский). Третьи связывали их с западными правовыми традициями, которые послужили или послужат моделями модернизации национального права прочих народов. Однако даже нормативные документы ООН во второй половине XX в. не сняли разногласий по поводу общих правовых принципов. Например, Всеобщая декларация прав человека 1948 г. стала предметом критики с позиции «азиатских ценностей» народов Юго-Восточной Азии в ходе дискуссии 1960—1980-х гг. и ценностей ислама в ходе принятия Каирской декларации о правах человека в исламе 1990 г.

Несомненно, в современном глобальном мире локомотивом развития стали постиндустриальные (информационные) общества, чье национальное и транснациональное право составляет предмет общего и отраслевого сравнительного правоведения. Однако компоненты правовых традиций не только индустриальных, но и аграрных обществ остаются частью культурного наследия человечества. Понять его можно только в рамках истории права, которая подобно другим историческим наукам заключается в «вопрошании» прошлого настоящим. Мы задаем прошлому вопросы, актуальные для нас сегодня, благодаря чему явно или подспудно оцениваем его в своей системе координат. Стала ли эпоха модерна (становление национального, эта-

тистского и позитивистского права) осевым временем для современного права подобно осевому времени Древнего мира (по К. Ясперсу) для правовых традиций аграрных обществ? Есть ли основания считать заимствование одной из правовых традиций Запада единственным путем обновления права незападных стран или этот путь навязан человечеству колониальными державами? Эти принципиальные вопросы порождают серию частных о значении всех компонентов правовой традиции. Ответы на них были и остаются дискуссионными. Хотелось бы надеяться, что поиск ответов для читателя начнется с первых страниц данного учебника.