

Мы уже убедились в предшествовавшем изложении, что в зависимости от того, чем обуславливается обязательность правовых норм, все они могут быть разделены на две различные группы, причисленные к двум основным формам права. Все те правовые нормы, коих обязательность обуславливается санкцией того или другого внешнего авторитета (например, государства, церкви), суть нормы права позитивного, или положительного. Напротив того, все те правовые нормы, коих обязательность не обуславливается каким-либо внешним авторитетом, а требованиями разума, суть нормы права естественного.

Общественный авторитет, создающий нормы права позитивного, выражается и проявляется двумя различными способами, а соответственно с этим и позитивное право, в свою очередь, распадается на две основные формы. Во-первых, нормы позитивного права могут возникать вследствие прямого предписания власти, представляющей собой авторитет того или другого общества и устанавливающей законы, обязательные для всех его членов. Таков наиболее распространенный способ возникновения правовых норм в человеческих обществах, достигших известной степени развития; так именно возникает большая часть правовых норм в государстве, церкви и международном союзе государств. Но законодательство — далеко не единственная форма проявления общественного авторитета и, следовательно, — далеко не единственный способ возникновения позитивного права.

Нормы позитивного права могут возникать и слагаться помимо всякого вмешательства законодателя и вообще власти: они могут слагаться, так сказать, сами собою, путем обычая, причем в последнем случае основанием их обязательности служит авторитет той или другой общественной среды, подчиняющейся обычаю. Были времена, когда еще не существовало ни власти государственной, ни какой-либо другой постоянно организованной власти, могущей законодательствовать от имени того или другого общественного союза, а люди все-таки подчинялись известным правовым нормам. У диких народов мы находим теперь множество правил несомненно юридических, которые сложились и приобрели значение права сами собою, путем обычая, без всякого предписания какой-либо власти; обязательность таких правил обуславливается тем, что они в течение более или менее продолжительного времени выражают собой воззрения того или другого народа, той или другой организованной группы людей; здесь общественный авторитет выражается в форме привычки данного общества подчиняться тем или другим правилам, в виде обычая. На низших ступенях культуры все вообще нормы позитивного права возникли и создавались таким образом, ибо позитивное право начало существовать раньше, чем создавалось государство, раньше, чем возникла власть законодательная и вообще какая бы то ни было власть. Сама власть (в качестве постоянного учреждения) обязана своим первоначальным образованием обычаю, т. е. постепенно выработавшейся привычке людей —

повиноваться тому или другому предводителю, подчиняться известным учреждениям, связующим определенную группу людей в единый народ или племя. Да и не только на первобытных ступенях культуры, — у народов цивилизованных точно так же существует много правил, получивших значение позитивного права не в силу предписания законодателя, а в силу долговременного и однообразного их применения, иначе говоря, в силу обычая.

Соответственно с этими двумя главными способами образования норм, должно различать две основные формы позитивного права — закон и обычай. Рядом с этими основными формами права некоторые ученые различают еще некоторые побочные — административные распоряжения, судебную практику, право юристов. В последующем изложении нам придется рассмотреть, действительно ли этим названиям соответствуют самостоятельные формы права.

Перечисленные формы права нередко называются также источниками права. Термин "источник права" принадлежит к числу таких, с коими приходится ежеминутно сталкиваться при изучении юридических наук, вследствие чего здесь представляется необходимым разъяснить его значение. Вряд ли можно согласиться с мнением Ренненкапфа,²⁶ который под "источником права" понимает силы, причины, образующие право: нормы позитивного права суть результат взаимодействия сложной совокупности исторических причин, из коих далеко не всеми усвоено в науке название "источников права". Так, например, новые нормы государственного права, в частности нормы, определяющие устройство верховной власти, нередко возникают вследствие революций; новые нормы уголовного права могут возникать вследствие появления каких-либо новых преступлений, которые раньше не предвиделись уголовным законодательством; развитие фабрик и заводов вызывает появление законов, регулирующих взаимные отношения хозяев и рабочих. Все перечисленные явления общественной жизни так или иначе влияют на образование, развитие норм положительного права, и, однако, никому никогда не приходило в голову — называть их источниками права.

Стало быть, под источниками права следует понимать не все те причины, так или иначе влияющие на образование правовых норм, а только некоторые из них. Под этим термином в науке права следует понимать вовсе не те причины, которые так или иначе влияют на содержание правовых норм, а только те именно причины или силы, которые сообщают тем или другим правилам значение правовых норм, т. е. обуславливают собой их обязательность. Это можно объяснить рядом примеров. Существует ряд правовых норм, ограждающих собственность против чужих посягательств. Содержание этих норм обуславливается весьма разнообразными причинами, например, существованием разнообразных видов воровства и мошенничества, необходимостью обеспечить

собственность в интересах мирного общения людей; все эти причины влияют на содержание правовых норм, но тем не менее ни факт существования воровства, ни общественный интерес, требующий ограждения собственности, не сообщают нормам, ограждающим собственность, их правовой, юридической силы: нормы эти становятся нормами позитивного права или в силу закона, или же, в случае отсутствия власти, могущей издавать закон для данных отношений, в силу практики, которая путем прецедента или обычая устанавливает известное наказание за воровство. Закону, прецеденту и обычаю свойственно возводить известные правила на степень норм позитивного права: в этом смысле мы и можем назвать закон, прецедент и множественный прецедент — обычай источниками права. Итак, под источниками позитивного права следует подразумевать те причины или условия, которые сообщают известным правилам значение норм позитивного права. Все эти причины или условия, собственно говоря, сводятся к одному первоначальному условию, следовательно, к одному первоначальному источнику позитивного права: таковым является авторитет того общества людей, в котором действуют данные нормы позитивного права. Мы уже знаем, что необходимый признак всякого вообще позитивного права, в отличие от права естественного, заключается в том, что обязательность первых обуславливается всегда каким-либо общественным авторитетом. Вот почему я и говорю, что общественный авторитет есть основной источник всякого позитивного права; к этому авторитету в конце концов сводятся те источники права, о которых мы уже говорили раньше, — закон, прецедент и обычай. Почему законодательной власти присвоено полномочие издавать правила, обязательные для всех граждан данного государства? Потому что законодатель олицетворяет собой авторитет определенного союза, определенного общества людей. Почему долговременно соблюдавшийся обычай может сообщать известным правилам значение правовых норм? Потому что в таких обычаях проявляется авторитет целой общественной среды, которая им подчиняется. Таким образом, первоначальным источником позитивного права является тот или другой общественный авторитет, устанавливающий правовые нормы; закон, обычай и прецедент заслуживают названия источников права лишь в качестве способов проявления общественного авторитета.

От "источников права" следует точно отличать "источники правопознания", или источники нашего познания о праве. Мы узнаем о существовании норм позитивного права из сборников, изданных теми или другими правительственными органами или частными лицами, из исторических памятников или ученых сочинений. Все это — источники познания о праве, стало быть, источники правопознания, а не источники права. Закон у нас в России имеет обязательную силу не потому, что он помещен в Своде законов, а потому, что он издан законодательной властью. Стало быть, Свод законов ни в каком случае не есть источник права, а только источник нашего познания о праве, следовательно, — источник правопознания.

Правовое творчество внешнего авторитета может проявляться тремя способами.

Во-первых, он может издавать те или другие прямые предписания или веления: в этом случае мы будем иметь законы или закон в обширном смысле. Во-вторых, общественный авторитет может вводить в жизнь новые правовые нормы путем неуклонного следования обычаю, т. е. путем постоянного применения одинаковых правил к однородным случаям жизни. Этим способом создается юридический обычай, или обычное право. Наконец, юридические нормы могут быть вводимы в жизнь путем применения какого-либо правила не только к множеству, но даже и к отдельным единичным случаям. В этом случае мы будем иметь прецедент.

Таким образом, три основные источники права суть: закон, обычай и прецедент. Мы начнем рассмотрение этих источников права с последнего — во-первых, потому что из всех форм права прецедент является древнейшей, и, во-вторых, потому что вопрос о прецеденте в науке принадлежит к числу наиболее спорных.