

# Содержание

Предисловие . . . . .	11
Глава 1. Что есть право? . . . . .	17
Почему это важно . . . . .	17
Разногласия относительно права . . . . .	19
Точка зрения «простого факта» . . . . .	24
Пороговое возражение . . . . .	30
Реальный мир . . . . .	34
Семантические теории права . . . . .	53
Настоящий аргумент в пользу семантических теорий . . . . .	68
Глава 2. Интерпретативные понятия . . . . .	71
Семантическое жало . . . . .	71
Воображаемый пример . . . . .	73
Интерпретация и авторская интенция . . . . .	82
Искусство и природа интенции . . . . .	84
Интенции и практики . . . . .	93
Стадии интерпретации . . . . .	97
Философы учтивости . . . . .	100
Отступление: справедливость . . . . .	107
Скептицизм по поводу интерпретации . . . . .	111
Глава 3. Пересмотренная юриспруденция . . . . .	125
Новая картина . . . . .	125
Концепты и концепции права . . . . .	129
Скептические концепции и порочное право . . . . .	144
Основания и сила права . . . . .	154
Глава 4. Конвенционализм . . . . .	161
Его структура . . . . .	161
Привлекательность конвенционализма . . . . .	165
Правовые конвенции . . . . .	169
Два вида конвенционализма . . . . .	174
Соответствует ли конвенционализм нашей практике? . . . . .	181
Является ли конвенционализм обоснованием нашей практики? . . . . .	194

Глава 5. Прагматизм и персонификация . . . . .	209
Скептическая концепция . . . . .	209
Соответствует ли прагматизм? . . . . .	213
Право без прав . . . . .	221
Утверждения целостности . . . . .	226
Персонифицированное сообщество . . . . .	230
Глава 6. Целостность . . . . .	241
Повестка дня . . . . .	241
Соответствует ли целостность? . . . . .	242
Привлекательна ли целостность? . . . . .	255
Загадка легитимности . . . . .	260
Обязанности сообщества . . . . .	267
Братство и политическое сообщество . . . . .	281
Неряшливые примечания . . . . .	294
Глава 7. Целостность в праве . . . . .	305
Крупный план . . . . .	305
Цепь права . . . . .	309
Право: вопрос о компенсациях морального вреда . . . . .	322
Предварительные итоги . . . . .	344
Некоторые известные возражения . . . . .	349
Скептицизм в праве . . . . .	359
Глава 8. Общее право . . . . .	372
Экономическая интерпретация . . . . .	372
Сложности . . . . .	377
Вопрос о справедливости . . . . .	383
Утилитаристская обязанность . . . . .	387
Эгалитарная интерпретация . . . . .	396
Равенство и сравнительные издержки . . . . .	404
Частные лица и органы государственной власти . . . . .	414
Глава 9. Статуты . . . . .	420
Законодательная интенция . . . . .	420
Смысл, вкладываемый говорящим . . . . .	425
Убеждения . . . . .	438
Метод Геркулеса . . . . .	450
Законодательная история . . . . .	456
Статуты с течением времени . . . . .	464
Когда язык ясен? . . . . .	468
Глава 10. Конституция . . . . .	474
Основывается ли конституционное право на ошибке? . . . . .	474
Либералы и консерваторы . . . . .	477

Историцизм . . . . .	480
Пассивизм . . . . .	492
Геркулес на Олимпе . . . . .	505
Теории расового равенства . . . . .	508
Решение по делу Брауна . . . . .	516
Решение по делу Бэка . . . . .	523
Является ли Геркулес тираном? . . . . .	529
Глава 11. Право вне права . . . . .	533
Самоочищение права . . . . .	533
Мечты права . . . . .	543
Эпилог: что есть право? . . . . .	546
Примечания . . . . .	551



*Посвящается Бетси*



## Предисловие

Мы живем в праве и правом. Оно делает нас теми, кто мы есть: гражданами и наемными работниками, врачами и супругами и обладателями вещей. Оно — меч, щит и угроза: мы настойчиво требуем выплаты заработной платы, отказываемся платить за съемное жилье, вынуждены отказаться от права на взыскание, оказываемся в тюрьме — все из-за того, что так повелел наш абстрактный и бесплотный суверен — закон. И мы спорим о том, что он повелел, даже тогда, когда книги, которым полагается содержать его веления и указания, молчат; мы действуем тогда так, как если бы закон пробормотал свое веление слишком тихо, чтобы быть услышанным. Мы — подданные империи права, вассалы его методов и идеалов, связанные духовно, когда спорим о том, что мы должны в связи с этим делать.

Что это означает? Как право может повелевать, когда книги законов молчат, когда они неясны или неоднозначны? Эта книга дает в пространной форме ответ, который я разрабатывал постепенно, урывками, на протяжении нескольких лет: юридическая аргументация — это упражнение в конструктивной интерпретации; наше право состоит в наилучшем обосновании наших юридических практик в целом; оно состоит в нарративном повествовании, делающем из этих практик лучшее, чем они могут быть. Отчетливая структура и ограничения юридической аргументации возникают с этой точки зрения только тогда, когда мы идентифицируем и распознаем многообразные и часто конкурирующие измерения по-

литической ценности, различные нити, сплетенные вместе в сложном суждении о том, что одна интерпретация при прочих равных условиях делает повествование права в целом лучше, чем любая другая. Эта книга совершенствует, расширяет и иллюстрирует данную концепцию права. Она выявляет (*excavates*) ее основания в более общей политике целостности, сообщества и братства. Она прослеживает ее последствия для абстрактной теории права, а затем для ряда конкретных случаев, возникающих в рамках общего права, статутов и Конституции.

Я использую некоторые аргументы, приемы и примеры, которые применял раньше, хотя в каждом случае их форма отличается и, я надеюсь, становится лучшей. Это повторение — намеренное. Оно позволяет сделать многие обсуждения и примеры короче, поскольку читатели, желающие изучить их более детально, чем это требуется для аргументации в данной книге, могут обратиться к ссылкам на работы, содержащие более полное рассмотрение этих вопросов, которые я даю здесь (многие из этих более детальных обсуждений можно найти в книге «Дело принципа»). В настоящей работе затрагиваются, как и должно быть в любой общей книге по теории права, некоторые сложные и интенсивно изучаемые общеправовые проблемы. Я не хотел прерывать общую аргументацию экскурсами в эти проблемы и поэтому, где это было возможно, перенес такой текст в сноски. Подробное рассмотрение некоторых аргументов тех или иных правоведов также делается в тексте сносок.

Я не предпринимал никаких усилий для того, чтобы выяснить, насколько в этой книге изменяются позиции, которые я отстаивал в более ранних работах. Однако сразу скажу о том, как в ней рассматриваются две позиции, ставшие основанием для многих комментариев. В работе «О правах всерьез» я предложил аргументы против правового позитивизма, в которых акцентировалась феноменология вынесения судебного решения. Я утверждал, что судьи обычно

чувствуют обязанность придавать прошлым решениям то, что было названо мной «силой притяжения»; это ощущаемая обязанность противоречит позитивистской доктрине судейского усмотрения<sup>1</sup>. В данной книге, особенно в главе 4, подчеркиваются скорее интерпретативные, чем феноменологические дефекты позитивизма, но они, по сути, те же провалы. Также в течение многих лет я возражаю против утверждения позитивизма, согласно которому на спорные юридические вопросы не может быть «правильных» ответов, но только «разные» ответы. Я настаиваю на том, что в большинстве сложных судебных дел<sup>2</sup> имеются правильные ответы, которые надо искать с помощью разума и воображения. По мнению некоторых критиков, я имел в виду, что в этих случаях единственный ответ может быть *доказан* в качестве правильного, к удовлетворению каждого. Но я с самого начала настаивал, что не это имею в виду и что вопрос о том, есть ли у нас основание считать ответ правильным, отличен от вопроса о том, можно ли продемонстрировать, что он правилен. В настоящей книге я утверждаю, что критики не смогли понять, в чем на самом деле состоит спор о правильных ответах, — в чем он должен состоять, если скептический тезис об отсутствии правильных ответов заслуживает того, чтобы считаться аргументом против отстаиваемой мной теории права. Я утверждаю, что на самом деле это спор о морали, а не о метафизике, и тезис «нет правильных ответов», понятый как моральное высказывание, крайне неубедителен и в морали, и в праве.

Я в общем и целом не пытался сравнивать мои взгляды со взглядами других политических философов и философов права, как классических, так и современных, или указывать, насколько сильное влияние с их стороны я испытал либо в какой степени основывался на их работах. Не является эта книга и обзором современных идей в юриспруденции. Я не подвергаю подробному рассмотрению некоторые модные идеи в теории права, включая «мягкий»

правовой позитивизм, экономический анализ права, движение критических правовых исследований и такие теории американского конституционного права, как «пассивная» теория и теория «намерений авторов». Однако я рассматриваю их, потому что данные утверждения входят в сферу моей аргументации, и полностью пренебрегаю многими философами права, чьи работы имеют равное или большее значение.

Фрэнк Кермоуд, Шелдон Лидер, Рой МакЛис и Джон Оукли прочли черновик или значительную часть книги и дали обширные комментарии. Их помощь была бесценной: каждый из них уберег меня от серьезных ошибок, дал важные примеры, указал на не замеченные мной проблемы и заставил переосмыслить некоторые аргументы. Джереми Уолдрон прочел и улучшил главу 6, а Том Грей сделал это для главы 2. Большая часть сносок (за исключением длинных текстовых) была подготовлена Уильямом Ивалдом, Уильямом Рисменом и особенно Роем МакЛисом; все ценное в книге как источнике ссылок — полностью их заслуга. Я выражаю признательность за щедрую поддержку Исследовательскому фонду им. Филомена д'Агостино и Макса Е. Гринберга Школы права Нью-Йоркского университета. Я благодарен Дэвиду Эриксону из *Xyquest, Inc.*, который добровольно вызвался специально адаптировать замечательный текстовый процессор этой фирмы, *XyWrite III*, так чтобы я мог использовать его для написания этой книги. Пег Андерсон из издательства Гарвардского университета оказала исключительную помощь на этапе внесения в текст последних изменений.

Я в долгу у намного более обширного круга людей. Мои коллеги по юридическому сообществу Великобритании, в особенности Джон Финнис, Г. Л. А. Харт, Нил МакКормик, Джозеф Раз и Уильям Твайнинг, были терпеливыми учителями малоспособного ученика, а мои друзья по Школе права Нью-Йоркского университета, особенно Льюис Корнхаузер, Уильям Нелсон, Дэвид Ричардс и Лоуренс Сэйджер, яви-

## ПРЕДИСЛОВИЕ

лись постоянным источником советов и творческих прозрений. Более всего я благодарен влиятельным критикам, чье внимание мне посчастливилось привлечь в прошлом; эта книга могла бы быть посвящена им. Отвечать на критику — самый продуктивный для меня вид работы. Надеюсь, что мне с этим повезет снова.



# ГЛАВА 1

## Что есть право?

### Почему это важно

**Т**О, КАК СУДЬИ решают дела, — важно. В высшей степени это значимо для сутяг, для людей достаточно несчастных, порочных или святых, чтобы оказаться в суде. Лёрнед Хэнд (*Learned Hand*), который был одним из лучших и знаменитейших судей Америки, говорил, что боится судебного иска больше, чем смерти или налогов. Уголовные дела — самые пугающие из всех, и они же наиболее чарующие для публики. Но гражданские иски, в которых одно лицо требует от другого компенсации или защиты от некоторого причиненного или угрожающего вреда, иногда имеют больше последствий, чем все, кроме самых важных уголовных процессов. Разница между достойной победой и полным поражением может зависеть от единственного аргумента, который не впечатлил бы так же сильно другого судью — или даже того же судью в другой день. От одного кивка судьи люди часто могут потерять или приобрести больше, чем от любого общего постановления парламента или конгресса.

Судебные иски значимы и в ином отношении, которое не может измеряться деньгами или даже свободой. В правовом действии неизбежно присутствует моральное измерение, а значит, постоянный риск публичной явно выраженной несправедливости. Судья должен решить не только кто что получит, но и кто ведет себя хорошо, кто выполняет гражданские обязанности, а кто умышленно либо в силу жад-

ности или бесчувственности проигнорировал свои обязанности в отношении других или преувеличил их обязанности по отношению к себе. Если это суждение несправедливо, то сообщество наносит моральный вред одному из своих членов, потому что в какой-то степени или в каком-то смысле клеймит его как изгоя. Этот вред наиболее тяжок, когда невинный человек осуждается за преступление, но он достаточно велик, и когда истцу с обоснованными требованиями отказывают в судебном рассмотрении или когда ответчик покидает суд незаслуженно заклеянным.

Все это — прямые следствия судебного иска для сторон и зависящих от них лиц. В Великобритании и Америке, и не только в них, судебные решения влияют и на великое множество других людей, потому что правом часто становится то, что судьи определяют как право. Например, решения Верховного суда прославлены своей важностью в этом отношении. Этот суд имеет полномочия отклонять даже самые продуманные и популярные решения других властных органов, если считает, что они противоречат Конституции, и поэтому ему принадлежит последнее слово относительно того, могут ли штаты казнить убийц (и каким образом), запрещать аборт в государственных школах; может ли конгресс объявлять призыв во время войны или заставить президента раскрыть секретную информацию о своей деятельности. Когда в 1954 г. Верховный суд решил, что никакой штат не имеет права осуществлять расовую сегрегацию в школах, он повел нацию к социальной революции, более глубокой, чем та, что была начата (или могла быть начата) любым другим политическим институтом<sup>3</sup>.

Верховный суд — это наиболее яркое проявление судебной власти, но решения других судов также часто очень важны. Вот два примера, выбранные почти случайно, из истории английского права. В XIX в. английские суды провозгласили, что фабричный рабочий не может подавать к своему нанимателю иск

о компенсации, если он был травмирован из-за неосторожности другого рабочего<sup>4</sup>. Они утверждали, что рабочий «осознаёт риск» того, что его «товарищи» могут быть неосторожными. В любом случае рабочий знает лучше, чем наниматель, какие рабочие неосторожны, и, возможно, имеет больше влияния на них. Это правило (которое не выглядело таким глупым, когда дарвинистские образы капитализма были более популярны) оказало большое влияние на закон о компенсации за несчастные случаи на производстве, пока, в конце концов, не было отменено<sup>5</sup>. В 1975 г. лорд Уиджери (*Widgery*), очень влиятельный британский судья, установил правило о том, через какое время после ухода в отставку чиновник кабинета министров может публиковать описания закрытых заседаний кабинета<sup>6</sup>. Этим решением было зафиксировано, какие официальные записи доступны для журналистов и современных историков, критикующих правительство; таким образом, оно повлияло на поведение правительства.

## Разногласия относительно права

Поскольку во всех смыслах важно то, как судьи решают дела, значимо и то, что они думают о праве, и, когда они не соглашаются друг с другом, важно то, какие именно у них разногласия. Есть ли здесь какая-то загадка? Да, но нам нужно ввести некоторые разграничения, чтобы увидеть, в чем она состоит. В судебных исках всегда возникают (по крайней мере, в принципе) три вида проблем: проблемы факта, проблемы права и парные проблемы политической морали и верности закону. (1) Что случилось? Действительно ли человек у токарного станка уронил гаечный ключ на ногу своего напарника? (2) Каков соответствующий закон? Позволяет ли закон травмированному рабочему получить компенсацию от нанимателя за такую травму? (3) Если закон не допускает компен-

сацию, справедливо ли это? И если так, то должны ли судьи проигнорировать закон и все равно присудить компенсацию?

Первый из этих вопросов, вопрос факта, кажется достаточно прямолинейным. Если у судей есть разногласия по поводу реальной истории событий, о которой идет спор, мы знаем, в чем их разногласия и какие свидетельства позволили бы решить этот вопрос, если бы имелись в наличии. Третий вопрос, о морали и верности закону, очень отличается от первого, но также достаточно ясен. Между людьми часто существуют разногласия относительно морально правильного и неправильного, и моральные разногласия не вызывают особых проблем, когда возникают в суде. Но как насчет второй проблемы, проблемы права? Юристы и судьи, как представляется, очень часто не соглашаются друг с другом относительно закона, на основе которого должно решаться дело. Кажется, они не соглашаются даже по поводу правильных критериев, которые должны использоваться. Один судья, предлагая определенный набор критериев, утверждает, что закон на стороне школьного округа или нанимателя. Другой, предлагая иной набор, — что он на стороне школьников или наемного работника. Если это действительно третья, особая разновидность споров, отличная от споров об исторических фактах и моральных аргументов, то какого рода эти споры? Относительно чего эти разногласия?

Давайте назовем «правовыми высказываниями» все различные утверждения и заявления, которые люди делают о том, что закон разрешает или запрещает либо какими правами их наделяет. Правовые высказывания могут быть очень общими — «Закон запрещает штатам лишать кого-либо равной защиты в том смысле, в каком она понимается в четырнадцатой поправке к Конституции». Могут быть намного менее общими — «Закон не обеспечивает компенсации за травмы, причиненные коллегами по работе», — или вообще очень конкретными — «Закон требует от кор-

порации „Акме“ выплатить компенсацию Джону Сми-ту за травму, полученную им на работе в прошлом феврале». Юристы, судьи и обычные люди в целом исходят из допущения, что по крайней мере некоторые правовые высказывания могут быть истинными или ложными<sup>7</sup>. Но никто не считает, что они отражают заявления некоего призрака; они — не шепот Закона планетам. Да, юристы рассуждают о том, что «говорит» закон, либо о том, «молчит» ли закон в том или ином вопросе. Но это просто фигуры речи.

Все думают, что правовые высказывания истинны или ложны (или и то и другое) в силу иных, более знакомых высказываний, на которых правовые высказывания (если так можно выразиться) «паразитируют». Эти более знакомые высказывания составляют то, что я буду называть «основаниями» права. Высказывание о том, что никто не имеет права ехать в Калифорнии со скоростью больше 55 миль в час, верно, как думает большинство людей, потому что большинство законодателей штата сказали «да» или подняли руки, когда на их стол лег соответствующий текст. Оно не могло бы быть верным, если бы ничего такого не произошло; оно не могло бы быть верным просто в силу того, что сказал какой-то призрак, или того, что было обнаружено на трансцендентальных таблицах в небесах.

Теперь можно сказать, что разногласия между юристами и судьями по поводу истинности правовых высказываний могут возникать двояким образом. Они могут быть согласны относительно оснований права — того, когда истинность или ложность иных, более знакомых высказываний делает некоторое конкретное правовое высказывание истинным или ложным, — но не соглашаться по поводу того, действительно ли имеются эти основания в некотором конкретном случае. Например, юристы и судьи могут быть согласны с тем, что предел скорости в Калифорнии составляет 55 миль в час, если официальные калифорнийские статуты содержат такой закон, но не соглашаться от-

носителем того, действительно ли такой закон есть в этих законодательных текстах. Мы можем назвать это эмпирическими разногласиями по поводу права. Или они могут не соглашаться относительно оснований права, относительно тех высказываний, которые, когда они истинны, делают истинным конкретное правовое высказывание. Они могут быть согласны в эмпирическом смысле относительно того, что собрания законов и прошлые судебные решения говорят о компенсации за травмы, нанесенные коллегами, но не соглашаться по поводу того, исчерпывают ли собрания законов и судебные решения соответствующие основания права. Это можно назвать теоретическими разногласиями по поводу права.

Эмпирические разногласия относительно права вряд ли являются чем-то загадочным. Люди могут не соглашаться друг с другом в том, какие слова имеются в собрании законов, таким же образом, как они не соглашаются относительно любого другого фактического вопроса. Но теоретическое разногласие в праве, разногласие по поводу оснований права, представляет собой бóльшую проблему. Далее в этой главе мы увидим, что юристы и судьи действительно имеют теоретические разногласия. Они не соглашаются друг с другом в том, каково действительное право о расовой сегрегации или несчастных случаях на производстве, даже когда согласны в том, какие статуты приняты и что юристы говорили и думали в прошлом. Какого рода эти разногласия? Как мы можем судить, чьи аргументы лучше?

Представляется, что обычные люди в основном не знают о существовании этой проблемы. Кажется, они вообще не осведомлены о теоретических разногласиях относительно права. Публику намного больше занимает проблема верности закону. Политики, колумнисты и рядовые граждане спорят, иногда очень страстно, о том, «находят» ли судьи в важных делах, привлекающих внимание общественности, право или «изобретают» его и является ли «изобрете-

ние» права искусством государственного управления или тиранией. Но в англо-американских судах проблема лояльности почти никогда не является актуальной. Наши судьи редко думают о том, должны ли они следовать праву, после того как установили, каково оно на самом деле. Дискуссии в обществе действительно являются примером, хотя и очень неявным, теоретических разногласий относительно права.

В тривиальном смысле слова судьи, бесспорно, «делают новое право» каждый раз, когда решают важное дело. Они декларируют правило, принцип, ограничение или детализацию, к примеру, о том, что сегрегация неконституционна или что рабочие не могут получать компенсацию за травмы, нанесенные коллегами, что никогда официально не провозглашалось ранее. Но обычно они предлагают эти «новые» правовые формулировки в качестве улучшенных описаний того, каким правильно понимаемый закон уже является. Другими словами, они утверждают, что новая формулировка диктуется правильным восприятием истинных оснований права, даже несмотря на то, что ранее это не признавалось или даже отрицалось. Так что общественная дискуссия о том, «находят» или «изобретают» право судьи, на самом деле является спором о том, верно ли это амбициозное утверждение, и если да, то когда оно верно. Если некто говорит, что судьи обнаружили противозаконность сегрегации в штатах, то он полагает, что сегрегация была действительно противоправной до решения о ее противоправности, даже несмотря на то, что ни один суд не заявлял об этом ранее. Если он говорит, что судьи изобрели эту часть законодательства, то имеет в виду, что сегрегация ранее не была противозаконной, что судьи своим решением изменили право. Эта дискуссия была бы достаточно ясной — и ответы могли бы быть легко найдены, по крайней мере постепенно, — для каждого дела, если бы все были согласны в том, что есть право, если бы не было теоретических разногласий относительно оснований права.

Тогда было бы легко проверить, был ли закон до решения Верховного суда таким, каким его объявило это решение. Но, поскольку юристы и судьи имеют теоретические разногласия, дискуссия о том, делают ли судьи право или находят его, — часть этих разногласий, хотя она ничего не дает для их разрешения, так как реальная проблема в ней никогда не всплывает на поверхность.

### Точка зрения «простого факта»

Невероятным образом в нашей юриспруденции нет правдоподобной теории теоретических разногласий по поводу права. Философы права, конечно, знают, что теоретические разногласия — это проблема, поскольку сразу неясно, какого рода эти разногласия. Но большинство из них приходят к выводу, который, как мы вскоре увидим, является скорее уходом от ответа. Они утверждают, что теоретические разногласия — это иллюзия, что все юристы и судьи на самом деле согласны относительно оснований права. Я буду называть это точкой зрения «простого факта» на основании права. Вот предварительная формулировка ее основных положений. Право — это только то, что официальные институты, такие как законодательные органы, городские советы и суды, решили в прошлом. Если кто-то из них решил, что работники могут получать компенсацию за травмы, нанесенные коллегами, то тогда это право. Если он решил противоположным образом, то тогда это право. Так что на вопросы о праве всегда можно ответить, посмотрев в книги, где записаны решения институтов. Конечно, нужна специальная подготовка, чтобы знать, где смотреть и как понимать загадочную терминологию решений. Обычный человек не имеет такой подготовки и не владеет этой терминологией, но юристы имеют и владеют. Поэтому среди них не может быть предметом споров то, допускает ли, например,

Конец ознакомительного фрагмента.  
Приобрести книгу можно  
в интернет-магазине  
«Электронный универс»  
[e-Univers.ru](http://e-Univers.ru)