

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие ко второму изданию · 7

Предисловие к первому изданию · 13

ЧАСТЬ I. ПРАВО И АВТОРИТЕТ

1. Законный авторитет · 23

2. Притязания права · 64

ЧАСТЬ II. ПРИРОДА ПРАВА И ЕСТЕСТВЕННОЕ ПРАВО

3. Правовой позитивизм и источники права · 77

4. Правовые основания, источники и пробелы · 103

5. Идентичность правовых систем · 144

6. Институциональный характер права · 184

7. Теория основной нормы Кельзена · 213

8. Юридическая действительность · 252

ЧАСТЬ III. ВНУТРЕННИЕ ЦЕННОСТИ ПРАВА

9. Функции права · 279

10. Право и ценности при вынесении судебных
решений · 304

11. Верховенство права и его добродетель · 352

ЧАСТЬ IV. ОТНОШЕНИЕ К ПРАВУ
С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ МОРАЛИ

12. Обязанность подчиняться закону · 387
13. Уважение к закону · 414
14. Право на несогласие?
 - I. Гражданское неповиновение · 433
15. Право на несогласие?
 - II. Сознательный отказ по убеждениям · 457

ЧАСТЬ V. ПРИЛОЖЕНИЯ

16. Чистота чистой теории · 481
17. Аргумент несправедливости, или Как не надо отвечать на правовой позитивизм · 512

Предисловие ко второму изданию

Когда я вновь просматриваю эту книгу, 30 лет спустя после ее появления на свет, я испытываю примерно те же чувства, что и в отношении прочих моих книг. Все они представляются мне этапами путешествия. Они развивают, а иногда и доводят до завершения не правильную трактовку вопроса, а мою трактовку и обнаруживают новые темы, ставят новые проблемы — новые не для всего мира, но в моей работе, которые в дальнейшем будут исследованы в более поздних трудах. И никогда не бывает конечной станции; есть лишь временные промежуточные остановки на никогда не прекращающемся пути. С каждым новым шагом в поле зрения оказываются новые маршруты, и путешествовать становится все труднее и интереснее.

В этой книге обсуждение сущности правовых систем и институциональной природы права является продолжением размышлений о том, что объединяет правовые системы, что делает их правом страны или штата или же какого-то другого института или органа. Этой проблеме была посвящена работа «Концепция правовой системы»¹, которая рассматривала указанные вопросы в основном в качестве ответной реакции на исследование Г. Кельзена и Г. Л. А. Харта. Конечно, системный характер пра-

1. Joseph Raz, *The Concept of a Legal System* (Oxford, 1970; 2nd edn 1980).

ва также являлся центральной темой работы «Практическое мышление и нормы»², которая ознаменовала собой радикальное изменение восприятия, став первой попыткой — и я продолжаю над этим работать и по сей день — интегрировать объяснение права с объяснением нормативности в целом, взяв за основу этих объяснений концепцию практического разума. В настоящей работе сделан важный шаг в сторону такого комплексного подхода — в ней вводится анализ практического авторитета, целиком основанный на характере порождаемых им причин для действий. Этот анализ создал фундамент для рассмотрения этой темы в книге «Мораль свободы»³ и в последующих трудах, а также в некоторых моих статьях по политической философии, вошедших в этот и другие сборники.

Поскольку «Авторитет права» так тесно связан с более ранними и более поздними работами, попытка их актуализации представляется неуместной. То, что было опубликовано в 1979 году, остается нетронутым, я лишь привел технические аспекты представления материала в соответствие с современными стандартами. Однако в этот сборник вошли два эссе (напечатанные как приложения в конце сборника, для того чтобы сохранить изначальную нумерацию страниц), тематика которых перекликается с освещаемым здесь материалом.

Прогресс в философии может происходить по-разному, а может и не происходить. Он невозможен, когда встают новые философские вопросы или, что бывает чаще, когда старые проблемы принимают другие очертания, если оказывается, что они увя-

2. Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* (London, 1975; Oxford, 1999).

3. Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford, 1986).

заны с другими, зачастую новыми, аспектами науки и культуры. Но, учитывая эту потребность, потребность философии в самообновлении и исследовании того, как различные аспекты нашего понимания мира преобразуются в свете научных открытий и культурных изменений, потребность, благодаря которой философия остается вечно молодой, все же в ней сохраняются возможности для прогресса, и такой прогресс нередко является результатом более пристального внимания к философскому труду, который кажется перспективным.

Вряд ли стоит искать глубокий смысл в готовности многих философов в тот или иной момент времени принимать какие-то вещи на веру или в их желании подвергнуть некоторые концепции или доктрины более глубокой проверке или исследованию. Во многом это вопрос скоротечной моды, реакции на факторы, не имеющие отношения к философии. Но иногда авторы действительно погружаются в тот или иной вопрос, и их вклад за относительно короткий промежуток времени углубляет наше понимание концепций, проблем и доктрин, что зачастую приводит к едва уловимым метаморфозам через последовательные уточнения. Как мне кажется, спор между так называемыми правовыми позитивистами и их противниками пережил такую метаморфозу, будучи подвергнут тщательному рассмотрению, и в результате философия права только выиграла. В третьем эссе, вошедшем в настоящий сборник, и менее явным образом в других его частях я внес свою лепту в это критическое рассмотрение, попытавшись отделить различные тезисы, часто связываемые с правовым позитивизмом, которые казались мне ложными, от тезиса, также связываемого с правовым позитивизмом, который представлялся убедительным. Естественно было предложить

идентифицировать правовой позитивизм с тем, что в этой традиции есть правдивого, а не с ошибками, которые часто допускали авторы этого направления. Нет нужды говорить, что это не положило конец спору, — после этого различные авторы выступали с разными дополнительными предположениями и уточнениями, многие из которых мне кажутся неправильными, но некоторые — ценными.

Прогресс, достигнутый благодаря тщательному изучению, часто делает традиционное разделение удивительно неуместным. Считать Дворкина сторонником естественного права — как его часто называют правоведа, мало симпатизирующие его трудам, — столь же странно и ошибочно, как считать правовыми позитивистами таких авторов, как я, которые отрицают многие традиционные положения правового позитивизма. Это значит даже не верить в фикцию, а поддерживать классификацию, которая — учитывая, насколько мы продвинулись в вопросе, — призвана, скорее, обходить сложные места, а не проливать свет на определяющие различия. Эссе о том, как не надо реагировать на правовой позитивизм, включенное в это издание, направлено на то, чтобы прояснить ряд подобных недоразумений и вновь призвать отказаться от классификаций теорий права, которые, скорее, уводят в сторону от правды, чем приближают к ней.

Теории права наталкиваются на проблему, которая почти никогда не обсуждается, возможно, из-за своей кажущейся простоты: как отличить право в любой конкретный момент времени, допустим сегодня, от права, каким оно становится впоследствии, допустим завтра. Общеизвестно, что право со временем меняется. Действительно, львиная доля теоретической работы уходит на то, чтобы объяснить механизм этого изменения, различные спосо-

бы правотворчества. Это предполагает возможность отделить то, что является правом (или его частью) в конкретный момент времени, от того, что таким (или таковой) не является. Работы правоведов не вносят большой ясности в это разграничение. Лакуна объясняется не только недосмотром. Ответ ускользает от нас, а попытки его найти обычно отражают основные трудности в теории права. Одна из главных причин затруднения заключается в том, что изменение права не всегда бывает вызвано внешними факторами. Право имеет обыкновение управлять своим собственным развитием. Но из-за этого не очень понятно, что уже является правом, а что нет, хотя если оно станет правом, то это будет изменение под воздействием или управлением существующего права.

Даже те слова, которые я только что произнес, уже являются спорными и непонятными. В настоящей книге положено начало исследованию этого сложного аспекта права. Доктрина авторитета является основой того, что я назвал изменениями, порожденными внешними факторами. Три эссе в части III о внутренних ценностях права позволяют нам продвинуться в понимании того, каким образом право направляет собственное развитие. Я вернулся к исследованию этого вопроса в работе «Этика в публичной сфере»⁴, особенно в статьях, посвященных внутренней логике права, юридическим правам и независимости правового обоснования. Подробнее всего эта проблематика освещена в работе «Между авторитетом и интерпретацией»⁵. Повторюсь: учитывая предметное рассмотрение этих во-

4. Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (Oxford, 1994).

5. Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation* (Oxford, 2009).

просов в других работах, а также то, что я вполне доволен вкладом в их урегулирование, сделанным в этой работе, мне показалось, что лучше всего будет оставить эту книгу без изменений и понадеяться, что читатели, которые захотят получить более полное представление о моей позиции, также ознакомятся и с другими моими работами, затрагивающими эту тему.

Предисловие к первому изданию

Закон претендует на нашу верность и послушание. Каждая правовая система претендует на авторитетность. Но какой авторитет имеет для нас право? Какой авторитет нам следует признавать как проистекающий из права? Это главный вопрос, на который пытается ответить эта книга. Какого рода ответ может дать философия? Нереалистичные ожидания с самого начала неизбежно приведут к неоправданному разочарованию. Этот вопрос обладает большой практической значимостью в очень многих аспектах повседневной жизни. Его значимость растет по мере того, как право все глубже проникает во все уголки общественной и частной деятельности. Но чем глубже проникает право в различные аспекты жизни, тем сложнее становится проблема авторитета права и тем больше мы разуверяемся в возможности найти общий философский ответ на этот вопрос.

Возьмем любого человека в любой из множества довольно рядовых ситуаций. Пусть это будет, например, директор школы, который возражает против строительства объездной дороги возле его школы. Как он должен себя вести? Следует ли ему ограничиться изложением своих доводов в ходе публичных слушаний в местной администрации? Или же он должен попытаться остановить слушания, поскольку ему известно, что по закону они будут оцениваться в сопоставлении с его соображениями? Нужно ли ему организовать массовую акцию протеста

местных жителей? Или же ему следует действовать как-то иначе? Поскольку необходимо принять в расчет так много факторов, их сочетание вполне может сделать этот случай уникальным. Характер вреда от реализации предлагаемого плана, преимущества, которые он обеспечит, вероятность его изменения различными доступными ему вариантами действий, риск замены плана на менее удачный, репутационные издержки его действий для школы, например отрицательное влияние на возможности привлечения финансирования от давних спонсоров, воздействие на отношение к нему учеников, последствия для его личной и семейной жизни — неужели философы действительно исследуют или должны исследовать все эти факторы?

На это можно ответить как да, так и нет. Сложность каждого конкретного случая зависит от того, как именно сочетаются в нем общие факторы. Философское размышление помогает определить, какие общие факторы имеют значение для практических решений, и позволяет нам лучше понять их ценность и значимость. Это понимание наиболее полезно для принятия информированных решений в конкретных случаях, но его недостаточно. Реальное решение должно быть основано на комплексных суждениях по поводу того, каким образом эти общие факторы проявляются в рассматриваемом деле и как правильно разрешать противоречия между ними. Философия может служить руководством, но она бессильна избавить нас от мук принятия реального решения.

Философия права обеспечивает лишь одну часть философского ответа на практические вопросы. Конечно, каждая конкретная проблема содержит в себе и много других аспектов. Эти аспекты могут быть предметом рассмотрения других направлений фи-

лософии практического разума. Собственно философию права волнует лишь правовой аспект всех практических проблем, а именно то, каким образом факт наличия у того или иного действия правовых последствий должен влиять на практические размышления в целом и моральные соображения в частности. Это и есть проблематика авторитета права.

Книга состоит из четырех частей. Вторая и третья части в основном посвящены критическому анализу различных попыток установить концептуальную связь между правом и моралью, обеспечивающую праву неизбежный моральный авторитет. Последняя часть содержит конструктивную аргументацию, устанавливающую природу морального авторитета права и вносящую (хотя и очень небольшой) вклад в извечный вопрос о том, каким критериям должен удовлетворять закон, чтобы быть достойным морального уважения.

Первая часть, представляющая собой введение в аргументацию книги, содержит философский анализ понятия законного авторитета. Этот анализ служит отправной точкой для последней конструктивной части, особенно для эссе, озаглавленных «Обязанность соблюдать закон» и «Уважение к закону». За ними следуют несколько эссе, опровергающих, прямо или косвенно, ряд традиционных аргументов естественного права. Некоторые из этих аргументов представляют собой попытку доказать, что наши критерии определения того, что является правом, а что нет, обеспечивают праву моральную составляющую. В третьем эссе («Правовой позитивизм и источники права») объясняется, почему следует отказаться от любого подхода к праву, исходящего из того, что определение юридической действительности того или иного стандарта поведения включает моральный аргумент. В четвертом

эссе («Правовые основания, источники и пробелы») исследуются некоторые следствия альтернативного подхода, известного как правовой позитивизм, который рассматривает право как порождение социальных источников, так что существование и содержание правовых систем можно определить на основе социального факта, не обращаясь к моральному аргументу. Эта глава защищает концепцию права, основанного на источниках, от обвинений в непоследовательности и объясняет, почему и в каком смысле все правовые системы содержат пробелы, требующие осуществления усмотрения и в некоторых случаях заставляющие суды опираться на неправовые соображения. Затем концепция права, основанного на источниках, рассматривается более подробно в пятом и шестом эссе — «Идентичность правовых систем» и «Институциональный характер права». Поскольку первоочередная цель книги заключается в исследовании аргументов в пользу морального авторитета законов, рассмотрение подхода к праву, сформировавшегося в результате приверженности правовому позитивизму, не заходит слишком далеко. Найти более полное и аргументированное объяснение читатель может в двух последних главах моей книги «Практическое мышление и нормы»¹.

Одним из главных камней преткновения для правовых позитивистов всегда было использование в правовом дискурсе нормативного языка, то есть той же самой терминологии, которая используется в моральном дискурсе. То, что закон описывается и анализируется с точки зрения обязанностей, обязательств, добра и зла и т. д., уже давно воспринимается многими как довод, поддерживающий притяза-

1. Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* (London, 1975).

ние сторонника естественного права на неизбежную мораль права. Лучшее позитивистское объяснение использования в правовой сфере нормативного языка было предложено Кельзеном. Оно рассматривается в седьмом эссе. Восьмое эссе («Юридическая действительность») содержит основные тезисы теории правового дискурса, в целом заимствованной у Кельзена, но, надеюсь, свободной от многих его непонятных постулатов и отделенной от других доктрин Кельзена, по существу не имеющих отношения к делу.

Вторая часть книги не приносит нам весомых доказательств наличия у права морального авторитета. Она опровергает один из аргументов в пользу этого и в процессе отстаивает определенный взгляд на природу права и на правовой дискурс. Третья часть близка по характеру, хотя и менее сконцентрирована на центральной теме. Она развенчивает три популярных аргумента. Во-первых, аргумент о том, что понимание права неизбежно подразумевает понимание его функций, а их невозможно описать без отсылок к морали. Из этого якобы вытекают различные последствия, касающиеся морали права. Девятое эссе предлагает косвенное опровержение, показывая, как можно анализировать функции права в ценностно-нейтральных терминах. Второй аргумент гласит, что, поскольку приговор суда действует и должен действовать моральную аргументацию, право невозможно отделить от морали. Этот аргумент уже был развенчан в эссе «Правовые основания, источники и пробелы», которое устанавливает возможность концептуального разделения права и ценностей в общем случае при вынесении приговора. В десятом эссе («Право и ценности при вынесении судебных решений») подробнее рассматривается процесс судопроизводства и ис-

следуется тема раздельности и связанности права и ценностей в зале суда. И наконец, аргумент (который более всего ассоциируется с именем Лона Фуллера) о том, что существуют определенные процессуальные ценности, неотделимые от закона, которые формируют его внутреннюю мораль, исследуется в одиннадцатом эссе — «Верховенство права и его добродетель» и, как мы покажем, необязательно подразумевает, что право несет в себе моральную нагрузку.

Вторая и третья части книги нацелены на опровержение ряда доводов естественного права в пользу авторитета права. И в последней части остается лишь сформулировать подход к авторитету права, совместимый с правовым позитивизмом. Хотя ряд аргументов естественного права и согласуется с правовым позитивизмом (см. главу 5 книги «Практическое мышление и нормы»), я попытался объяснить в двенадцатом эссе, что даже им не удастся утвердить моральный авторитет права. В результате невозможно объяснить, почему право обладает моральным авторитетом. Может статься, что оно им не обладает. Если та или иная правовая система имеет моральный авторитет, это не может происходить единственно из ее статуса правовой нормы или из характерных особенностей, связанных с ее правовой стороной. Ее моральные притязания должны быть обоснованы имеющимися у нее существенными свойствами, но правовая система может их и не иметь. Следовательно, в действительности вопрос звучит так: на что должна быть похожа правовая система, чтобы иметь оправданную претензию на авторитет? Это весьма сродни вопросу о том, что такое надлежащая правовая система, который, очевидно, не может здесь рассматриваться. Вместо этого исследуются следствия и допущения различ-

ных моральных установок по отношению к праву (эссе «Обязанность соблюдать закон» и «Уважение к закону»), и я указываю — достаточно категорично — на ряд моральных свойств, которыми должен обладать закон, чтобы пользоваться авторитетом, а именно он должен быть таковым, чтобы его авторитет не противоречил автономии личности (эссе «Сознательный отказ по убеждениям» и «Гражданское неповиновение»).

Позвольте немного объяснить структуру книги. Она состоит из самостоятельных эссе по двум причинам. Центральная проблема книги, вопрос об авторитете права и в более широком смысле — о праве и его связи с моралью, затрагивает практически каждый аспект нашего восприятия права. Я хотел иметь возможность исследовать некоторые побочные вопросы (такие, как природа авторитета или правовых пробелов) подробнее, чем подобало бы в книге о праве и морали с более плотной структурой. Кроме того, многие аспекты моей центральной темы побуждают меня к широкому охвату разнородных вопросов (эссе 1, 11–15 относятся главным образом к политической философии, а эссе 2–10 — к аналитической философии права) и к использованию разных стилей аргументации (в частности, эссе 1 и 4 носят весьма технический характер, и многие читатели, возможно, предпочтут их пропустить). Поэтому я счел целесообразным сделать выбор в пользу более свободной организации материала, в которой каждое эссе никак не связано с остальными, так что читатели могут прочитать любое их количество в любом порядке.

Формат эссе также позволил мне включить в книгу четыре статьи, которые не были специально для нее написаны (эссе 5, 6, 7, 9), однако, как видится, внесли дополнительные элементы в ее общую аргумен-

тацию. Все прочие эссе создавались с расчетом на то, что они войдут в эту книгу, хотя некоторые из них были опубликованы раньше, чем книга вышла в свет (эссе 4, 5, 7, 9, 11 представлены здесь в пересмотренном виде, и я внес незначительные изменения во все эссе). Я хотел бы поблагодарить за разрешение переиздать указанные статьи: организаторов Всемирного конгресса по философии права и социальной философии 1977 года (эссе 4); редакторов журнала *The California Law Review* (эссе 5); редактора журнала *The Modern Law Review* (эссе 6); редактора журнала *The American Journal of Jurisprudence* (эссе 7); редактора *Archiv für Rechts- and Sozialphilosophie* (эссе 8); профессора А. У. Б. Симпсона и издательский дом Oxford University Press (эссе 9); фонд The Liberty Fund и редактора *The Law Quarterly Review* (эссе 11).

Часть I

Право и авторитет

1

Законный авторитет*

I. Парадоксы

НЕУДИВИТЕЛЬНО, что понятие авторитета является одной из наиболее противоречивых концепций в арсенале философии права и политической философии. Его центральная роль в любой дискуссии о законных формах социальной организации и о законных формах политических мер неизбежно гарантирует вечное сохранение этой противоречивости. То, что проблема авторитета имеет непосредственное отношение к спорным вопросам современности, делает бесстрастное изучение этого предмета тем более затруднительным. Но помимо этих трудностей, приходящих со стороны, исследование понятия авторитета сталкивается с двумя основными проблемами идейного характера: методологическая проблема того, как не спутать различные, несовпадающие проблемы, касающиеся понятия авторитета, и проблема парадоксов авторитета.

Парадоксы авторитета могут принимать различные формы, но все они касаются предполагаемой несовместимости авторитета с разумом или незави-

* Впервые опубликовано в: Richard Bronaugh (ed.), *Philosophical Law* (Westport, Connecticut, 1978). Я признателен Дж. И. Дж. Олтэму, К. Энтли, Л. Дж. Коэну, Филиппе Фут, П. М. С. Хакеру и П. Х. Ноуэллу-Смиту за их критические замечания к более ранней редакции этого эссе.

симостью (автономией). Утверждается, что подчинение авторитету несовместимо с разумом, поскольку рассудок требует, чтобы мы всегда действовали, взвесив все известные нам доводы¹. Природа же авторитета такова, что он требует от человека подчинения, даже если его рассудок восстает против этого требования. Таким образом, подчинение авторитету нерационально. Сходным образом принцип независимости подразумевает действие по собственному усмотрению по всем моральным вопросам. А авторитет иногда требует от нас действий вопреки нашей совести, то есть отказа от моральной независимости. Поскольку все практические вопросы могут включать моральные аспекты, любой практический авторитет отрицает моральную автономию и, следовательно, является аморальным².

Подобные аргументы не ставят под сомнение стройность понятия авторитета и не отрицают того, что некоторые люди пользуются авторитетом или по сути обладают авторитетом *de facto*. Они бросают вызов возможности существования законного, оправданного авторитета *de jure*. Их парадоксальность коренится не в отрицании ими законного авторитета, но в том, что это отрица-

-
1. Разновидностью этого принципа разума является принцип самоограничения Дэвидсона, описанный в его работе: Donald Davidson, 'How Is Weakness of the Will Possible?', in *Moral Concepts*, J. Feinberg (ed.) (Oxford, 1969).
 2. Этот аргумент не касается теоретического авторитета. Нет ничего аморального в том, чтобы быть авторитетом в вопросах кулинарии, компьютерного программирования, сокращения денежной массы и т. д., пока этот авторитет считается всего лишь теоретическим. Однако подчинение теоретическому авторитету может быть иррациональным, поскольку аргументация о конфликте между авторитетом и разумом выходит за пределы практического авторитета.

Конец ознакомительного фрагмента.

Приобрести книгу можно

в интернет-магазине

«Электронный универс»

e-Univers.ru