УДК 340.124

Б.О. Бикс

О ФИЛОСОФИИ В АМЕРИКАНСКОМ ПРАВЕ: АНАЛИТИЧЕСКАЯ ФИЛОСОФИЯ ПРАВА¹

Эта статья была написана для сборника, посвященного современной американской философии права. В ней в краткой форме излагаются состояние и перспективы развития аналитической философии права в США, а также проблемы, связанные с неправильным пониманием ее места и значения для теории и истории права.

Ключевые слова: аналитическая философия права, теория права, юридический позитивизм.

Рецензия аналитической философии права

Несмотря на то, что «анализ» – это термин, включающий как нахождение необходимых и достаточных условий, так и разумное объяснение практических вопросов, предметом изучения аналитической философии права является сущность права и правовых понятий. Аналитическая философия права является частью аналитической традиции в философии и тесно связана с ней – с традицией, что доминировала в англоязычной философии на протяжении прошлого столетия².

В Британии, начиная с первых десятилетий XIX в., особенно с работ Джона Остина, придерживаются мнения, что аналитическая философия права занимает центральное положение в юриспруденции. Неудивительно, что большая часть работ по аналитической юриспруденции написана учеными, преподававшими в британских университетах (например, Дж. Остин [1, 2], Г.Л.А. Харт [3], Дж. Раз [4] и Н. Маккормик [5]). В частности, современная англоязычная философия права начинается с работ Харта [3, 6, 7, 8]. В других странах философия права часто развивалась под влиянием других аналитических философов (и других юридических позитивистов), например Г. Кельзена [9].

Направления исследований по эту сторону Атлантики всегда имели существенные отличия. Аналитическая философия права в США в одинаковой

---

¹ *Bix B.H.* On Philosophy in American Law: Analytical Legal Philosophy // On Philosophy in American Law, ed. Francis J. Mootz III. – Cambridge University Press, 2009. P. 99–105. Публикуется с разрешения автора. Перевод В.В. Оглезнева под редакцией В.А. Суровцева.

Перевод выполнен при финансовой поддержке РГНФ (проекты № 12-13-70001а, № 12-33-01380а2, 11-03-00039), РФФИ (проект 12-06-00078-а), в рамках ФЦП «Кадры» (проекты № 14.В37.21.0517, № 14.В37.21.0708, проект № 14.В37.21.0986) и в рамках государственного задания Минобрнауки России на проведение научных исследований (Тематический план НИР Томского государственного университета) № 6.4832.2011.

В представленном тексте выполнены и скорректированы библиографические данные цитируемых источников (*Прим. пер.*).

² Аналитический подход в философии, как правило, противопоставляется континентальной традиции, которая обычно ассоциируется с более системными мыслителями, вроде Г.В.Ф. Гегеля, хотя некоторые исследователи утверждают, что противопоставление «аналитическая *versus* континентальная» иногда вводит в заблуждение и преувеличена.

степени как искажалась, так и неправильно трактовалась. Американская академическая среда старалась сосредоточиться, прежде всего, на вопросах практического значения: в частности, чем должен руководствоваться судья при принятии решения по делу или как должна толковаться и применяться *Конституция*. В то время как аналитические вопросы касательно сущности права и правовых понятий признавались неуместными. Когда студенты американских юридических факультетов сталкиваются с работами аналитических мыслителей, у них возникает вопрос, зачем тратить время на изучение сущности права, если эти знания не имеют «практического» приложения в юридической сфере? Подобное непонимание или отторжение характерно не только для студентов, но в равной степени и для ученых-правоведов, так же как и для правовых реалистов начала XX в., неправильно описывавших аналитических теоретиков права (лишь как формалистов [10. С. 20–47]), что, впрочем, характеризует и современных правоведов, аналитиков, занимающихся экономикой, и защитников критической теории. Среди американских теоретиков права бытует мнение, что даже такой фундаментальный для аналитической философии права труд, как *Понятие права* Г.Л.А. Харта [3], должен восприниматься лишь как дезориентирующие инструкции для обоснования судебного (или конституционного) решения (*judicial reasoning*)¹.

Несмотря на некоторую враждебность в США к рецепции аналитической философии права, американские ученые тем не менее добились внушительных результатов. В целом, в США для аналитической философии права настала благоприятная, но в то же время трудная пора. К позитивным моментам следует отнести лишь возросшее качество и утонченность готового интеллектуального продукта. Если аналитическая философия права сто лет назад, и даже сорок лет назад, представляла собой в большей степени размышления юристов над теоретическими вопросами и в меньшей степени – философские изыскания, то сегодня в этой сфере доминируют работы ученых, имеющих ученые степени по философии или имеющих соответствующие философские познания и навыки. Современная литература – яркое тому подтверждение.

Однако возрастающая сложность дискуссий в рамках аналитической юриспруденции² и необходимость их экспертизы оказались препятствием для рецепции аналитической философии права и для оценки ее роли в США. Проблема в том, что, несмотря на то, что качество дискуссий в контексте современной аналитической философии права требует определенного уровня знаний философской литературы, тем не менее этого уже не нужно для получения ученой степени, и она не заслуживает того, чтобы на нее тратили время и усилия. Но чтобы стать участником этих дискуссий, представленных современной литературой, было бы полезно, а, возможно, и необходимо, познакомиться с концептуальным анализом, анализом естественных видов, иссле-

---

¹ Подобные недопонимание, разумеется, имеет место не только в этой сфере; в равной степени это касается европейских теоретиков, неправильно трактующих американский правовой реализм, право и экономику, а также современные критические теории.

² Нельзя отрицать, что сходные процессы, связанные с усложнением экспертизы и специализацией (терминологии), происходят и в других отраслях американской теории права. К несчастью, этот универсальный рост специализации препятствует возможности обсуждения междисциплинарных подходов.

дованием Витгенштейна проблемы следования правилу, эпистемологическим натурализмом, философским анализом конвенций, теорией интенциональности и многими другими философскими темами. Ни одну из этих тем не освоить с насюка, скажем за уикенд. Поэтому неудивительно, что те, кто вступил на длинный и тяжелый путь внимательного осмысления имеющихся проблем, раздражались, когда сталкивались с учениями, содержащими низкопробное и сбивающее с толку использование идей, с которыми сами их авторы едва знакомы¹. По-моему, было бы уместным попросить тех, кто цитирует, скажем, Витгенштейна, Гегеля, Канта или Фуко, продемонстрировать знание их работ. Ведь работы этих ученых не относятся к разряду тех, которые могут быть быстро и с легкостью освоены.

В то же время многое теряется из виду, когда философия права сводится лишь к разговору узких специалистов. Аргументом в пользу этой точки зрения является не то, что аналитическая философия должна стать доступной настолько, чтобы она смогла внести непосредственный вклад в дискуссии о пересмотре теории права. Напротив, как уже отмечалось, подобная позиция будет отражать лишь общее и к тому же весьма бесполезное недопонимание аналитической теории права. И все же ощущается большая и очевидная потеря от того, что теории о сущности права изолировались благодаря практикам и теоретикам, чья специализация отличалась от того, что может быть названо передовой философией. Другой причиной недовольства, связанной с обсуждением в юридической литературе работ известных аналитических мыслителей, является тенденция ссылаться на их имена для большей убедительности, т.е. в качестве утверждения, на которое нечего возразить. Выглядит это так: «Моя точка зрения согласуется с мнением известного философа (или социолога, или литературного критика, или экономиста) X, и как ты, простой смертный, можешь оспаривать мнение X!». Короче говоря, здесь мы имеем дело с учеными, которые «прячутся» за именами великих философов, как будто уже одного упоминания имен Витгенштейна, Канта или Фомы Аквинского достаточно для того, чтобы успокоить всех критиков.

Во-первых, основной проблемой подобных научных работ является то, что часто их авторы не знакомят читателя с основными идеями великих ученых и не обосновывают необходимость использования их идей в праве (мне известны такого рода ошибки в случае якобы применения работ позднего Витгенштейна при толковании права [11]. Кроме того, я знаю о сходных проблемах со многими другими учеными – Гоббсом, Кантом, Хайдеггером, Хайбермасом и др.).

Во-вторых, даже если статья действительно претендует на точное изложение взглядов Витгенштейна, Канта или Фуко в контексте рассматриваемой темы, точность истолкования не является гарантией того, что утверждение является правильным (например, утверждение о природе языка, реальности или права). В самом деле, мы должны проявить смирение и уважение к выдающимся мыслителям в нашей сфере. Однако все, кроме истинных ортодоксов, готовы согласиться, что даже Витгенштейн или Кант (Роулз или Раз)

---

¹ Здесь Бикс имеет в виду статью Б. Лейтера *Intellectual Voyeurism in Legal Scholarship* // *Yale Journal of Law and the Humanities*. 1992. Vol. 4.1. P. 79–104. (Прим. пер.).

иногда ошибаются. У каждой идеи есть свои достоинства и недостатки, но ошибаются даже самые великие философы. Поэтому авторы, цитирующие этих великих философов, должны приложить недюжинные усилия, чтобы обосновать заимствованные или видоизмененные ими аргументы.

Картина, кстати, осложняется еще и тем, что существующие критерии оценки результата академической работы во многих колледжах и университетах опираются на количество статей (предпочтительно очень длинных статей), а не на их качество. Американская академическая правовая культура в целом (поддерживаемая неистовством студентов, рецензирующих статьи многих престижных журналов, как правило, без помощи старших коллег) поощряет, как правило, амбициозные (иногда и неординарные) заявления, а не скромные и осторожные замечания.

Большинство теорий о сущности права претендуют на определенную связь с правом, поскольку именно так обычно и происходит, и воспринимается это нормально. Правовые реалисты, вроде К. Ллевеллина, справедливо обращали наше внимание на связь между теорией и практикой [12. С. 205]. Вместе с тем, чтобы лучше понять окружающий людей мир, именно эта связь позволяет осознать, что интерес представляют люди сами по себе, по крайней мере большая их часть, если не все. И несмотря на то, что могло бы случиться так, что понимание должно быть связано с практическим применением самыми разнообразными способами, понимание как таковое все равно будет удовлетворять конкретные потребности.

Избранные темы

Парадигмальной темой аналитической юриспруденции являются дискуссии по поводу вопроса о сущности права. Несмотря на то, что современные аналитические философы права все еще актуализируют ставший уже традиционным вопрос «Что есть право?», при этом несколько видоизменилась стратегия анализа. Теперь теоретики все острее ощущают значимость и необходимость таких основных методологических вопросов, вроде «Чем обоснованы и подкреплены общие и универсальные требования относительно сущности права?», «Является ли “право” общим понятием: является ли право платоновской идеей, естественным видом (natural kind), функциональным видом (functional kind)?». И наоборот, «Может ли общая теория права основываться на той форме концептуального анализа, которая не требует противоречивых онтологических утверждений (вроде идеи “права” у Платона)?».

Основными участниками дискуссий вокруг сущности права в США являются сторонники юридического позитивизма и теории естественного права. В рамках юридического позитивизма можно обнаружить разные теоретические подходы (каждый из которых принадлежит ученому неамериканского происхождения).

Джон Остин (и в некотором смысле Иеремия Бентам [13]) предложил командную теорию права, отождествив право с командой суверена. Остин называл свою теорию изучения права «научной» [1. С. 1107–1108], но которая тем не менее тяготела к тому, чтобы редуцировать правовые нормы до единого общего знаменателя, покоящегося на эмпирических утверждениях, которые и так очевидны (например, кто кому должен подчиняться, что считать командой, и есть ли у командующего лица намерение и полномочия приме-

нять средства воздействия, если команда не исполняется). Позднее, отчасти на основе остиновского подхода, Ф. Шауэр [14] развил теорию юридического позитивизма.

С Герберта Харта [3] начинается герменевтический поворот в аналитической философии права и, особенно, в юридическом позитивизме. Он придал особое значение внутреннему взгляду участника правовой системы. Теория права, утверждал Харт, обладает преимуществами в том смысле, что включает в себя «внутреннюю точку зрения», т.е. внутренний взгляд участника, для которого правовые правила являются руководством к действию. Основное внимание Харт уделял социальным фактам и конвенциям, лежащим в основании правовой системы. Поэтому в его теории социальный факт – это критерий, позволяющий отличить нормы от привычек, поскольку тот, кто принимает норму, использует ее как оправдание своих действий или как оправдание критики на отклонение от того, что предписывает норма. На уровне правовой системы отделить правовые нормы от неправовых, согласно Харту, позволяет правило признания, критериями которого являются факты официального поведения. К видным американским ученым, развивающим хартовскую традицию юридического позитивизма, можно отнести Дж. Колмана [15], М. Кремера [16], Д. Лайонса [17], Дж. Постему [18], С. Шапиро [19] и Ф. Сопера [20].

Ганс Кельзен [9], стараясь установить логику, присущую нормативной системе права, в основание своей чистой теории права положил неокантианский подход. Кельзен применил в праве нечто вроде кантовского трансцендентального аргумента: его теория начинается с вопроса «Что же вытекает из факта, что люди иногда рассматривают действия или слова других людей (официальных лиц) в качестве норм, имеющих обязательную юридическую силу?». Отдельные правовые нормы являются неотъемлемой частью нормативного суждения (например, закон имеет юридическую силу только потому, что он принят надлежащим законодательным органом, законодательный орган, в свою очередь, наделяется этими полномочиями по *Конституции* и т.д.). Таким образом, чтобы доказать нормативную действенность отдельной правовой нормы, следует допустить имплицитное существование всей цепочки, включая «основную норму» (*Grundnorm*) правовой системы (например, «надо делать то, что предписано исторически первой конституцией»). К американским ученым, работающим над кельзеновским юридическим позитивизмом, следует отнести С. Полсона [21] и М. Грина [22].

Несмотря на то, что классическая теория естественного права представляет собой совокупность моральных, метатеоретических и (для некоторых теоретиков) теологических утверждений (и может не вписываться в сферу «аналитической философии»), тем не менее она имеет схожую аргументацию, которая покоится на исходных положениях естественного права и выдвигает утверждения касательно сущности права, конкурирующие с утверждениями юридических позитивистов. Ярким примером современной теории естественного права является концепция Дж. Финниса [23]. Другим видным американским ученым, исследующим традицию естественного права и ее релевантность другим теориям права, является М. Мёрфи [24].

Второй общей темой для аналитических правоведов является анализ правовых понятий. Эти ученые тяготеют к более точному пониманию и прояснению того, что мыслится под (юридическими) правами, (юридическими) обязанностями, причинностью (в праве), (юридической) ответственностью и другими правовыми понятиями. Эти вопросы могут рассматриваться в качестве неотъемлемой части аналитической философии права, которая менее известна и редко обсуждается теми, кто не разделяет этой философской традиции (неспециалисты могут поднять на смех дискуссии вокруг вопроса «Что есть право?», но это положение дел, по крайней мере, указывает на их осведомленность об этих дискуссиях, даже если внешне они кажутся некорректными и многое упускающими из виду), однако эти вопросы могут оказывать непосредственное влияние на правовую действительность. В частности, в прецедентном праве обсуждается проблема, что на содержание понятия, например «судебное дело», часто оказывают влияние различные научные дискуссии [25]. Кроме того, и более общие вопросы также находятся под влиянием, например, концепции Р. Дворкина об «индивидуальных правах как козырях» (rights as trumps) [26. С. 153], идеи, что индивидуальные права по своей сути являются утверждениями, отвергающими консеквенционалистские или разделяемые большинством аргументы, учения У. Хофельда [27, 28] о том, как судебные апелляции к «(субъективным) правам» могли бы быть проанализированы в контексте правопритязаний, правомочий, индивидуальных свобод или неприкосновенности (учитывая то, что у каждого из них есть противоположные стороны).

Третьей темой являются так называемые философские основания различных отраслей права (прежде всего, речь идет о таких традиционных отраслях общего права, как вещное право, деликтное право, договорное право, но в равной степени это касается и других отраслей). Эти общие усилия, направленные одинаковым образом на объяснение и обоснование существующей правовой доктрины как чего-то большего, чем просто элемента правозащитной деятельности или юридического образования, являются своего рода «рациональной реконструкцией», хотя и на более высоком уровне. Наряду с правозащитной деятельностью, «философские основания» могут представлять собой важные руководящие разъяснения судьям, особенно когда они сталкиваются с неурегулированными правовыми вопросами, поскольку именно доктринальные отрасли права имеют важное практическое применение. Но насколько такие теории способны на самом деле обеспечить принятие судебного решения, не совсем ясно (и едва ли различимо).

В отраслях права без труда можно обнаружить конкурирующие теории, которые условно можно разделить на консеквенционалистские (базирующиеся или связанные с экономическим анализом права, например, теории Р. Познера [29] и С. Шавела [30]) и, в некотором смысле, на деонтологические. Примерами деонтологических теорий являются теории восстановительного правосудия, например деликтное право, и теории, основанные на автономии субъектов права, например договорное право. Среди известных американских ученых, исследующих философские основания, следует выделить Дж. Колмана [15] и Г. Китинга [31] (деликтное право), Ч. Фрида [32] и Дж. Крауса [33] (договорное право), С. Мюнцера [34], Г. Александра [35] и

Л. Андеркафлер [36] (право собственности), Л. Александра [37], С. Морза [38] и М. Мура [39] (уголовное право).

В целом же связь между аналитическими теориями и юридической практикой весьма сомнительна и противоречива. И преувеличение этой связи, вероятно, не выгодно ни теоретикам, ни практикам, поскольку это всего лишь простое предположение, что *все* теории должны иметь или фактически имеют непосредственное нормативное значение, которое вынуждает многих американских ученых (и студентов юридических факультетов) неправильно понимать или недооценивать аналитическую теорию права.

Заключение

Аналитическая философия права в США постоянно сталкивается с такими трудностями, как частое ее неправильное понимание или искажение, что необходимо учитывать при сопоставлении достигнутого теоретического прогресса и общедоступности полученных результатов. В то же время это – подход, у которого в равной степени есть преимущества как богатой традиции, так и блестящего будущего. Работа, проделанная современными учеными, выглядит крайне убедительной. Она, покоясь на прочном фундаменте прошлого, предлагает усовершенствованные аналитические и нормативные средства для решения поставленных задач.

Литература

1. *Austin J. Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law. 2 vols., 4th ed. Rev. and ed. R. Campbell. 1879. Reprint, Bristol, UK: Thoemmes Press, 2002. 1169 p.*
2. *Austin J. The Province of Jurisprudence Determined. Cambridge University Press, 1995. 344 p.*
3. *Hart H.L.A. The Concept of Law. Second Edition with Hart's Postscript; eds. P. Bulloch, J. Raz. USA: Oxford University Press, 1997. 315 p.* См. русский перевод: *Харт Г.Л.А. Понятие права. СПб.: Изд-во С.-Петербурга. ун-та, 2007. 302 с.*
4. *Raz J. The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System. Second Edition. Oxford: Oxford Clarendon Press, 1997. 242 p.*
5. *MacCormick N. Institutions of Law. An Essay in Legal Theory. USA: Oxford University Press, 2008. 336 p.*
6. *Hart H.L.A. Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory. USA: Oxford University Press, 1982. 250 p.*
7. *Hart H.L.A. Essays in Jurisprudence and Philosophy. USA: Oxford University Press, 1983. 404 p.*
8. *Hart H.L.A. Punishment and Responsibility. Essays in Philosophy of Law. Second Edition. USA: Oxford University Press, 2008. 315 p.*
9. *Kelsen H. Pure Theory of Law. Berkeley: University of California Press, 1967. 356 p.* См. русский перевод: *Кельзен Г. Чистое учение о праве // Сборник переводов. М.: Изд-во ИНИОН РАН, 1987. Вып. 1. 195 с.; Кельзен Г. Чистое учение о праве // Сборник переводов. М.: Изд-во ИНИОН РАН, 1988. Вып. 2. 213 с.*
10. *Sebok A. Legal Positivism in American Jurisprudence. – Cambridge University Press, 1998. 327 p.*
11. *Bix B.H. Cautions and Caveats for the Application of Wittgenstein to Legal Theory / Topics in Contemporary Philosophy. Eds. Joseph Keim Campbell, Michael O'Rourke, and David Shier. Cambridge, MA: MIT Press, 2005. P. 217–229.*
12. *Llewellyn K.N. On Philosophy in American Law // University of Pennsylvania Law Review. 1934. Vol. 82, № 3. P. 205–212.*
13. *Bentham J. Of Laws in General. Ed. H.L.A. Hart. London: Athlone Press, 1970. 342 p.*
14. *Schauer F. Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life. Oxford: Oxford Clarendon Press, 1993. 272 p.*

15. *Coleman J.L.* Risks and Wrongs. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. 508 p.
16. *Kramer M.H.* In Defense of Legal Positivism: Law without Trimmings. USA: Oxford University Press, 2003. 328 p.
17. *Lyons D.* Open Texture and the Possibility of Legal Interpretation // *Law and Philosophy*. 1999. Vol. 18, № 5. P. 297–309.
18. *Postema G.J.* A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence: Volume 11: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World. Springer, 2011. 643 p.
19. *Shapiro S.J.* Legality. – Belknap Press of Harvard University Press, 2011. 488 p.
20. *Soper P.* A Theory of Law. – Harvard University Press, 1984. 200 p.
21. *Paulson S.L.* Kelsen's Legal Theory: the Final Round // *Oxford Journal of Legal Studies*. 1992. Vol. 12. P. 265–274; *Полсон С.Л.* Сущность идеи правового позитивизма // *Известия высших учебных заведений. Правоведение*. 2011. № 4(297). С. 32–49.
22. *Green M.S.* Legal Realism as Theory of Law // *William and Mary Law Review*. 2005. Vol. 46, № 6. P. 1915–2005.
23. *Finnis J.* Natural Law and Natural Rights. Second Edition. USA: Oxford University Press, 2011. 500 p. См. русский перевод: *Финнис Дж.* Естественное право и естественные права. М.: Мысль, 2012. 560 с.
24. *Murphy M.C.* Natural Law in Jurisprudence and Politics. Cambridge University Press, 2006. 188 p.
25. *Wright R.W.* Causation in Tort Law // *California Law Review*. 1985. Vol. 73, № 6. P. 1735–1828.
26. *Dworkin R.* Taking Rights Seriously. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978. P. 392. См. русский перевод: *Дворкин Р.* О правах всерьез. М.: РОССПЭН, 2004. 392 с.
27. *Hohfeld W.N.* Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning // *Yale Law Journal*. 1913. Vol. 23, № 1. P. 16–59.
28. *Hohfeld W.N.* Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning // *Yale Law Journal*. 1917. Vol. 26, № 8. P. 710–770.
29. *Posner R.A.* Economic Analysis of Law, 7th ed. New York: Aspen Publishers, 2007. 816 p.
30. *Shavell S.* Foundations of Economic Analysis of Law. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004. 737 p.
31. *Keating G.C.* Tort and Accident Law: Cases and Materials, 4th ed. – Thomson West, 2004. 1286 p.
32. *Fried C.* Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1981. P. 162.
33. *Kraus J.S.* Contract Law and Theory, 4th ed. Newark, NJ: Matthew Bender & Co, 2007. 1071 p.
34. *Munzer S.* A Theory of Property. Cambridge University Press, 1990. 491 p.
35. *Alexander G.S.* The Global Debate over Constitutional Property: Lessons for American Takings Jurisprudence. The University of Chicago Press, 2006. 288 p.
36. *Underkuffler L.S.* The Idea of Property: Its Meaning and Power. USA: Oxford University Press, 2003. 208 p.
37. *Alexander L.A.* Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law. Cambridge University Press, 2009. 376 p.
38. *Morse S.J.* Foundations of Criminal Law. New York: Oxford University Press, 1999. 352 p.
39. *Moore M.S.* Act and Crime: The Theory of Action and Its Implications for Criminal Law. USA: Oxford University Press, 1993. 432 p.