

СОВРЕМЕННАЯ АНАЛИТИЧЕСКАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ И ГРАНИЦЫ ЕЕ ПОЛЕЗНОСТИ*

Э. БОДЕНХАЙМЕР**



Боденхаймер Эдгар
(1908–1991) — американский
философ права, профессор
Калифорнийского университета
в Дэвисе

В своей краткой, но довольно содержательной статье Э. Боденхаймер подвергает серьезной критике инаугурационную речь Г. Л. А. Харта под названием «Определение и теория в юриспруденции». Он предъявляет Харту четыре основных и принципиальных обвинения. Во-первых, метод прояснения, который предлагает Харт, просто заменяет короткие определения словарного типа длинными объяснениями. Во-вторых, поскольку все юридические понятия грешат некоторой смутностью, где суды должны обращаться за помощью к социальным факторам, то прояснение понятий, которое не сопровождается исчерпывающим рассмотрением этих социальных факторов, существенно не улучшает картину. В-третьих, правовые термины употребляются разнообразными и непоследируемыми способами, и разные типы определений едва ли способны отобразить их все. В-четвертых, поскольку предлагаемые Хартом методы включают описание значительных разделов позитивного

права, аналитическая юриспруденция будет почти полностью сливаться с позитивным правом и тем самым будет ненужной в качестве самостоятельной дисциплины. Особое внимание Боденхаймер уделяет рассмотрению первого обвинения: чисто юридическое «прояснение» (или «объяснение») понятий, не сопровождающееся исчерпывающим рассмотрением социальных факторов,

* Перевод с англ. В. В. Оглезнева (ogleznev82@mail.ru) и В. А. Суровцева (suroutsev1964@mail.ru). Перевод выполнен по изданию: Bodenheimer E. *Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of Its Usefulness* // *University of Pennsylvania Law Review*. 1956. Vol. 104. N 8. P. 1080–1086.

Перевод выполнен при поддержке РФНФ (проекты № 11-03-00039а, № 12-13-70001а, № 13-33-01289а2), РФФИ (№ 12-06-00078а), в рамках государственного задания Минобрнауки РФ на проведение научных исследований (тематический план НИР Томского государственного университета) № 6.4832.2011 и в рамках ФЦП «Кадры» (№ 14.В37.21.0986).

В представленном тексте восполнены и скорректированы библиографические данные цитируемых источников. — Прим. пер.

** Bodenheimer, Edgar (1908–1991) — an American philosopher, professor of the University of California in Davis.

© Bodenheimer E., 1956

© Оглезнев В. В., Суровцев В. А. (перевод), 2013

которые могут оправдать расширение, сужение или переформулировку понятий, не может рассматриваться как значительный шаг вперед по сравнению с простым определением. Все это позволяет ему усомниться в полезности аналитической юриспруденции и как науки, и как учебной дисциплины.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: аналитическая юриспруденция, юридический язык, определение понятий, субъективное право, норма права, Г. Л. А. Харт, Э. Боденхаймер.

BODENHEIMER E. MODERN ANALYTICAL JURISPRUDENCE AND THE LIMITS OF ITS USEFULNESS

In this short paper E. Bodenheimer has subjected H. L. A. Hart's inaugural address "Definition and Theory in Jurisprudence" to substantial criticism. He makes four principle charges: 1) the method of elucidation proposed by Hart merely substitutes short dictionary-type definitions with long explanations; 2) as all legal concepts have a vague character where courts must have recourse to social factors, elucidation of concepts which is not accompanied by a thorough consideration of these social factors is not a substantial improvement; 3) legal terms are used in manifold and inconsistent ways, and different types of definition can hardly reflect all of them; 4) as the methods proposed by Hart involve description of large parts of the positive law, analytical jurisprudence will be almost fused with the positive law, thus being unnecessary as a separate discipline. Bodenheimer pays special attention to the consideration of the first charge: a purely legal "elucidation" or "explanation" of concepts unaccompanied by a thorough consideration of the social factors which can justify an expansion, contraction or reformulation of the concept cannot be regarded as a great step forward in comparison with the mere definition. Therefore, he doubts in the usefulness of analytical jurisprudence both as a science and as an academic subject.

KEYWORDS: analytical jurisprudence, legal language, definition of concepts, legal right, legal rule, H. L. A. Hart, E. Bodenheimer.

В 1953 г. профессор Герберт Харт, нынешний глава Королевской кафедры юриспруденции Оксфордского университета, произнес свою инаугурационную речь под названием «Определение и теория в юриспруденции».¹ В этом тексте профессор Харт поставил целью пересмотр некоторых вопросов, всегда представляющих первоочередный интерес для тех правоведов, которых обычно классифицировали как «аналитических правоведов». Эти вопросы, используя собственное выражение Харта, можно охарактеризовать как «требования определений», типичными примерами которых являются следующие: «Что такое право?», «Что такое государство?», «Что такое субъективное право?», «Что такое владение?», «Что такое юридическое лицо?».²

Профессор Харт в своей речи придерживается той точки зрения, что способ определения этих терминов, характерный для аналитической юриспруденции прошлого, должен рассматриваться теперь как неадекватный и что его следует вытеснить «новым взглядом», методом, способным привести к более удовлетворительным результатам. Профессор Харт убежден:

¹ Hart H. L. A. Definition and Theory in Jurisprudence // Law Quarterly Review. 1954. Vol. 70. P. 37. — См. русский перевод: Харт Г. Л. А. Определение и теория в юриспруденции // Правоведение. 2008. № 5. С. 6–32 (здесь и далее цит. по англоязычному изданию). — *Прим. пер.*

² Ibid. P. 37, 39.

для того чтобы довести эту переориентацию до конца, совершенно не нужно вступать в «зловещие джунгли философского обсуждения». Он также выражает сомнение относительно того, почему для следования этой цели существенным должно быть отделение юриспруденции от «исследования права в действии». Для оправдания возникновения новых, соперничающих друг с другом школ в юриспруденции он не может найти никакой лучшей цели, кроме ответа на несколько «невинных» вопросов, с которыми, по его мнению, можно легко обойтись с помощью развитой правовой системы, не принимая во внимание этого «наваждения теории».³ К тому же он не рекомендует выходить за рамки чисто юридической аргументации, по-видимому, уверившись в том, что право — это самостоятельная наука, не нуждающаяся для своего надлежащего функционирования в содействии со стороны других социальных дисциплин.⁴

Главный недостаток традиционного аналитического подхода профессор Харт усматривает в попытке представить определения основных правовых понятий (вроде словарных) в отрыве от особого контекста, в котором используются определяемые слова. Затруднения с правовыми определениями, согласно его диагнозу, заключаются в том, что они не имеют прямой связи с аналогами в мире реальности, которая есть у большинства не относящихся к праву, обычных слов. Фактуальные отношения и события, которые, как он отмечает, описывают эти термины, никогда не являются точным эквивалентом выражений права; говоря метафорически, правовые понятия имеют тенденцию витать в облаках.⁵

Альтернатива, предлагаемая профессором Хартом, — это такой способ анализа, когда выражения, относящиеся к праву, проясняются «рассмотрением условий, при которых высказывания, где они используются характерным для них образом, являются истинными».⁶ В отличие от предположения Бентама он говорит, что простой *парафраз* терминов права вместо их определения идет недостаточно далеко.⁷ В качестве примера предлагается прояснение понятия «субъективное право». В «*Restatement of the Law of Property*», где дано характерное представление традиционного подхода, критикуемого профессором Хартом, используется следующее краткое определение: «Субъективное право... это юридически осуществимое требование одного человека к другому, что этот другой должен совершить соответствующее действие или воздержаться от него».⁸ Профессор Харт использовал бы более подробное описание этого термина: «(1) Высказывание формы “X имеет субъективное право” истинно, если выполняются следующие условия: (a) в наличии имеется правовая система; (b) в соответствии с нормой или нормами этой системы некое иное лицо Y в случившихся обстоятельствах обязано совершить некоторое действие или воздержаться от него; (c) эта обязанность ставится правом в зависимость от выбора X или какого-то иного лица, уполномоченного действовать от его имени, и при этом Y обязан совершить некоторое действие или воздержаться от него, только если в этом состоит выбор X (или какого-то указанного лица) или, наоборот, пока X (или указанное лицо) не выберет

³ Ibid. P. 39.

⁴ Ibid. P. 37. — «Правовые понятия... могут быть прояснены с помощью методов, должным образом приспособленных к их особой природе» (Ibid. P. 57).

⁵ Ibid. P. 38, 40.

⁶ Ibid. P. 60.

⁷ Ibid. P. 41, 48.

⁸ *Restatement of the Law of Property*. American Law Institute Publishers, 1936. § 1.

обратное; (2) высказывание формы «Х имеет субъективное право» употребляется для того, чтобы получить юридическое заключение в конкретном случае, который подпадает под такие нормы».⁹

Судя по этому примеру, новизной подхода профессора Харта является призыв к тому, чтобы заменить *определения* (более подробными) *объяснениями*, т. е. описать термины права тремя или четырьмя предложениями, а не одной краткой фразой. К вопросу о том, есть ли у профессора Харта, несмотря на пример, который я только что процитировал, нечто на самом деле более существенное и оригинальное, нежели требование заменить «Вебстеровский словарь определений терминов права» «Колумбийской энциклопедией юридических терминов», я предлагаю вернуться позже.

Я полностью разделяю позицию профессора Харта, когда он ругает недостатки того, что можно назвать «юриспруденцией определений». Опасность этого типа юриспруденции осознавалась юристами уже в римские времена, в том числе Яволеном, который был автором часто цитируемого выражения «*Omnis definitio in jure civili periculosa est*».¹⁰ Ведущие юристы классического периода римского права по большей части учли это предупреждение и с осторожностью относились к чрезмерному доверию догматически определяемым терминам.¹¹ Изъяны противоположной установки в полной мере высветились в тот период, когда в Германии в судебном мышлении доминировали юриспруденция понятий и крайне логизированная схоластика, которые породили множество решений, не отвечающих социальным потребностям и справедливости.¹² Примерами сходного непродуктивного подхода являются в высшей степени технические понятия и правила ныне ушедшей в прошлое англо-американской системы апелляции по иску в рамках общего права, с которыми суды часто обходились как с математическими пропозициями без учета их практических следствий.

Однако я утверждаю, что применение метода усложнения при применении правовых понятий, которому профессор Харт отдает предпочтение, не приведет к значительному улучшению нашей правовой методологии. Вернемся к его описанию термина «субъективное право». Формулировка профессора Харта очень похожа на формулировку Уэсли Хофельда,¹³ чья классификация правовых понятий никогда не принималась судами.¹⁴

⁹ Hart H. L. A. Definition and Theory in Jurisprudence. P. 49.

¹⁰ *Дигесты* 50.17.202 (лат. «В гражданском праве всякое определение чревато опасностью»).

¹¹ Ср.: Schulz F. Principles of Roman Law. Oxford, 1936. P. 43–48.

¹² Bodenheimer E. Jurisprudence. New York, 1940. P. 178; Rümelin M. Developments in Legal Theory and Teaching During My Lifetime // The Jurisprudence of Interests. Cambridge, Mass., 1948. P. 7–10.

¹³ См., напр.: Hohfeld W. N. Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning // Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. Essays by Wesley Newcomb Hohfeld. New Heaven, 1923. P. 35–64 (см. русский перевод: Хофельд У. Некоторые основные юридические понятия в приложениях к судебной аргументации // Правоведение. 2012. № 3. С. 203–227. — Прим. пер.); Corbin A. L. Legal Analysis and Terminology // Yale Law Journal. 1919. Vol. 29. P. 163, 197.

¹⁴ Зачастую термин «субъективное право» используется там, где он не обозначает осуществимое требование, сопровождаемое соответствующей обязанностью другого человека, например, когда в судебном решении говорится о «праве причинения смерти при необходимой обороне» (см. решение по делу: *State v. Cox*, 138 Me. 151, 166, 23 A. 2d 634, 642 (1941)), или о «праве на получение помощи» (*Weller v. Chicago N. W. R. R.*, 244 Iowa 149, 55 N. W. 2d 720 (1952)), или о «праве наследования имущества» (*Fulcher*

Кажется, описание профессором Хартом понятия «субъективное право» едва ли способно охватить все примеры, в которых утверждение вроде «А имеет субъективное право» могло бы считаться юридически значимым.¹⁵ Весьма предположительно, что соответствующее краткое описание других фундаментальных выражений (например, «государство», «владение», «юридическое лицо») пострадало бы от сходного недостатка адекватности между корректным изображением многообразия и зачастую непоследовательным употреблением этих терминов в различных правовых контекстах, в которых они участвуют.

Этим ни в коей мере не отрицается, что прояснение роли правовых понятий и функции классификации в праве является надлежащим предметом юридического исследования. Изучение права не может обойтись без концептуальных средств.¹⁶ Правовые понятия и обобщения представляют собой приближения к образцам и единообразиям, существующим в природе и общественной жизни, и являются непреложными инструментами правовой стабильности и справедливости. Они содействуют нам при формулировке внешних стандартов, в отсутствие которых разумный человек отказался бы оспаривать их в судебном порядке. Однако в самой природе понятия укоренено то, что оно фиксировано и определено только в своей сердцевине или ядре и что оно становится смутным и нечетким, когда мы двигаемся от центра к периферии.¹⁷ Это предоставляет судье повод, чтобы расширить или уменьшить «ореол» вокруг твердой части в ответ на социальную потребность или требования справедливости. Именно в этой внешней области полутеней право неизбежно пересекается с этикой, экономикой, социальной политикой и другими факторами, которые радикальные позитивисты рассматривают как «ненужные». По этой причине чисто правовое «прояснение» (или «объяснение») понятий, не сопровождающееся исчерпывающим рассмотрением социальных факторов, которые

v. *Carter*, 212 S. W. 2d 503 (Tex. Civ. App. 1948)). В некоторых судебных решениях встречается утверждение, согласно которому термин «субъективное право» включает в себя и правоспособность, и привилегию, и неприкосновенность, что явно противоречит терминологии Хофельда (*Pinkham v. Mercer*, 227 N. C. 72, 78, 40 S. E. 2d 690, 695 (1946), *Hampton v. North Carolina Pulp Co.*, 223 N. C. 535, 546, 27 S. E. 2d 538, 545 (1943)). С другими терминами Хофельда дела обстоят не лучше. О противоположной Хофельду интерпретации термина «привилегия» см. решения по делам: *United States v. Murray*, 48 F. Supp. 920 (E. D. Ark. 1943); *Owens v. Owens*, 193 S. C. 260, 8 S. E. 2d 339 (1940). — Также о систематическом употреблении термина «ответственность» в ином смысле, нежели предлагал Хофельд, см. решения по делам: *Union Oil Co. v. Basalt Rock Co.*, 30 Cal. App. 2d 317, 319, 86 P. 2d 139, 141 (1939); *Thomas v. Industrial Comm'n*, 243 Wis. 231, 238–39, 10 N. W. 2d 206, 209 (1943). — Кроме того, см.: *Pound R. Legal Rights // International Journal of Ethics*. 1916. Vol. 26. P. 92, 97.

¹⁵ Харт признаёт, что в нашей правовой системе термин «субъективное право» используется самыми разными способами. В таком случае возникает вопрос об иной практической пользе от его описания этого термина, кроме как для терминологического реформирования.

¹⁶ *Rheinstein M. Education for Legal Craftsmanship // Iowa Law Review*. 1945. Vol. 30. P. 408, 414.

¹⁷ *Cohen M. R. A Preface to Logic*. New York, 1944. P. 67; *Nussbaum A. Principles of Private International Law*. Oxford, 1943. P. 188; *Williams G. Language and the Law // Law Quarterly Review*. 1945. Vol. 61. P. 191; *Wurzel K. G. Methods of Juridical Thinking // Science of Legal Method*. Boston, 1917. P. 286, 342. — О подходе Вурцеля см.: *Frank J. Law and the Modern Mind*. New York, 1930. P. 229–231; *Frank J. «Short of Sickness and Death»: A Study of Moral Responsibility in Legal Criticism // New York University Law Review*. 1951. Vol. 26. P. 545, 592–595.

могут оправдать расширение, сужение или переформулировку понятий, не может рассматриваться как значительный шаг вперед по сравнению с простым определением.

Несмотря на то что подход профессора Харта к правовым понятиям не охватывает таких «выходящих за пределы права» рассмотрений, — которые он, вероятно, отклонил бы, — внимательное прочтение его статьи оставляет впечатление, что он хорошо осознает тот факт, что «Энциклопедия правовых терминов» не способна удовлетворительно избавить нас от проблем, которые не решает «Вебстеровский словарь». В одном месте своей речи он восхваляет, например, составителей «Дигест» Юстиниана за уклонение от «бесплодного» вопроса «Что такое владение?». ¹⁸ В другом месте он указывает, что «если мы адекватно характеризуем отличительный способ, которым выражения, обозначающие юридических лиц, употребляются в правовой системе, тогда нет никакого остаточного вопроса формы “Что такое юридическое лицо?”». ¹⁹ Он предлагает отложить этот вопрос и вместо него задать вопрос, более проясняющий существо дела: «При каких типах условий право приписывает ответственность юридическим лицам?».²⁰

Быть может, профессор Харт намекает на то, что следует отказаться от целостного исследования значения общих юридических терминов? Считает ли он, что для того, чтобы выяснить условия, при которых правовое понятие становится значимым, должны быть определены все нормативные ситуации, включающие использование данного понятия? По-видимому, едва ли возможно определить случаи, при которых юридические лица подлежат ответственности, без детального изучения отрасли позитивного права, касающейся юридических лиц.

То, что профессор Харт с помощью своего объяснительного и описательного подхода к правовым понятиям обрисовал в изложении больших разделов позитивного права, представлено к тому же примером в его обсуждении понятия договора. В другой статье²¹ он утверждает, что «таким правовым понятиям, как “причинение вреда” или “договор”, обычно невозможно дать определение, устанавливая необходимые и достаточные условия их применения. Ибо любое множество условий может быть адекватным в одних, но не в других случаях, а сами эти понятия могут быть объяснены только в перспективе перечня исключений или отрицательных примеров, показывающих, где данное понятие не может быть применено или может быть применено в ослабленной форме». Затем он предлагает внушительный перечень возможных возражений, которые могли бы отменить договор, таких как намеренное введение в заблуждение, принуждение, злоупотребление влиянием, невменяемость, опьянение, противозаконность и истечение сроков давности, и заключает, что «без указания на эти чрезвычайно разнородные возражения никакой адекватной характеристики договора как правового понятия дать нельзя». ²² Из-за «сложного

¹⁸ *Hart H. L. A. Definition and Theory in Jurisprudence.* P. 59.

¹⁹ *Ibid.* P. 55.

²⁰ *Ibid.* P. 56.

²¹ *Hart H. L. A. The Ascription of Responsibility and Rights // Essays on Logic and Language.* 1951. Vol. 7. P. 145–166. — См. русский перевод: *Харт Г. Л. А. Приписывание ответственности и прав // Правоведение.* 2010. № 5. С. 116–135 (здесь и далее цит. по русскоязычному изданию). — *Прим. пер.*

²² Там же. С. 122. — Схожие комментарии об «отменяемом характере понятий» представлены и в отношении преступлений (Там же. С. 124).

характера» понятий²³ он, по-видимому, не видит другого пути, нежели подробное обсуждение позитивных норм права.

Критике профессором Хартом юриспруденции, основанной на определениях, внутренне присуще допущение, что она породила абстракции, неспособные встретить проблему семантической двусмысленности. Мы должны принять следствие, что эта позиция серьезно уменьшает полезность аналитической юриспруденции в качестве особой правовой дисциплины. Джон Остин, самый известный английский сторонник этого отвлечения в юриспруденции, рассматривал аналитическую юриспруденцию как науку, преследующую цель описания и анализа общих понятий, принципов и классификаций, совокупных для развитых правовых систем.²⁴ Он подчеркивал, что подобное описание было бы невозможно, если бы четко не были определены значения таких основных понятий, как субъективное право, обязательство, вред, санкция, лицо, вещь, действие, воздержание от действия.²⁵ В свете тезиса профессора Харта, что общий анализ принятого словаря права не удовлетворителен для научной трактовки права, есть масса веских причин считать его инаугурационную речь своего рода лебединой песней аналитической юриспруденции. Если значение общих правовых понятий может быть прояснено только рассмотрением позитивных примеров, в которых суды приписывают правовое значение понятиям, то аналитическая юриспруденция фактически сливается, или почти сливается, с позитивным правом. Тем не менее все еще может оставаться потребность в искусстве объяснения твердого ядра специальных юридических терминов как отправной точки для понимания их функционального значения в рамках нормативной системы. Но трудно понять, почему отдельная отрасль права и специальный курс по юриспруденции в учебном плане университета должны быть посвящены задаче, с которой надлежащим образом можно обращаться в рамках специальных юридических дисциплин.

С этим связан последний вопрос. Если согласиться с Хартом, что нужно отказаться от той версии аналитической юриспруденции, которая исторически сложилась и преподавалась, то можно ли тогда преобразовать исследование, относящееся к области юриспруденции, в некую практику, иную, нежели анализ и классификация общих понятий? Профессор Харт не побуждает нас к возможности продуктивного исполнения. Он, не сожалея о фактах, говорит нам, что английская юриспруденция будет по преимуществу оставаться, по крайней мере в университетах, аналитической по характеру и что социологическая юриспруденция не составит серьезной конкуренции. Он продолжал бы делать «анализ фундаментальных юридических понятий и различий» главным предметом юридического исследования и обучения.²⁶

Следовать за профессором Хартом по этой бесплодной земле невозможно. Есть много заслуживающих внимания задач, иных, нежели формальный анализ, которые юриспруденция призвана решать во благо права. Существует вечная проблема справедливости. Есть увлекательное исследование источников права, которые выходят за рамки позитивных (например, мораль, обычай, общественные отношения, экономические

²³ Там же. С. 126.

²⁴ *Austin J. Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law.* 5th ed. / revised and ed. by R. Campbell. London, 1885. P. 1072–1073.

²⁵ *Ibid.* P. 1075.

²⁶ *Hart H. L. A. Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain (1945–1952)* // *The American Journal of Comparative Law.* 1953. Vol. 2. P. 355, 363–364.

стандарты) и которые можно оправданно рассматривать в рамках принятия судебного решения. Вклад других социальных дисциплин в теорию права тесно связан с таким исследованием. Как в недавней статье указывает Хантингдон Кэрнс, «правовые феномены столь неохотно уступают рациональному анализу, что любая попытка их интерпретировать нуждается в содействии со стороны всех относящихся к делу дисциплин».²⁷ В перспективе вырисовываются важные исследования, касающиеся соответствующей роли логики и стратегии в судебном процессе. Мы должны прийти к столкновениям с трудным вопросом, выдвинутым на первый план противоположными взглядами Остина и Эрлиха, относительно того, кто является подлинным автором права — правительство или общество, и мы должны рассмотреть фактические и нормативные последствия широко распространенного несоответствия между установленным государством правом и восприятием сообществом добросовестного ведения дел и справедливости. Существует широчайшая и спорная область оценки прецедентов и средств толкования. На самом деле, круг значимых и захватывающих ученого-правоведа вопросов настолько велик, что, возможно, его будет тешить мысль, что он может не тратить время на отдельные вопросы, которым многие мыслители в сфере права уделили свое исключительное внимание.

²⁷ Cairns H. Legal Theory // Rutgers Law Review. 1954. Vol. 9. P. 388, 389.