

ЧИСТОЕ УЧЕНИЕ О ПРАВЕ ГАНСА КЕЛЬЗЕНА

Сб. пер. Вып. 1. М.: АН СССР ИНИОН, 1987*.

Перевод С.В.ЛЁЗОВА, Ю.С.ПИВОВАРОВА
Отв. ред. В.Н.КУДРЯВЦЕВ, Н.Н.РАЗУМОВИЧ

* К XIII конгрессу Международной ассоциации правовой и социальной философии (Токио, 1987).
Серия: ПРОБЛЕМЫ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА ЗА РУБЕЖОМ. Издание подготовлено Отделом
государства и права. Ответственный за выпуск С.В.ЛЁЗОВ.

СОДЕРЖАНИЕ

От редакции.....	3
I. ПРАВО И ПРИРОДА	
1. “Чистота”	4
2. Акт и его правовое значение	4
3. Субъективный и объективный смысл акта; его самоистолкование	5
4. Норма.....	6
5. Социальный порядок	19
6. Правопорядок	24
II. ПРАВО И МОРАЛЬ	
7. Моральные нормы как социальные нормы.....	43
8. Мораль как регулирование внутреннего поведения.....	44
9. Мораль как позитивный порядок без принуждения.....	46
10. Право как часть морали.....	46
11. Относительность моральной ценности.....	47
12. Разделение права и морали.....	49
13. Оправдание права моралью.....	50
III. ПРАВО И НАУКА	
14. Правовые нормы как предмет правоведения	51
15. Статическая и динамическая теория права.....	51
16. Правовая норма и правовое высказывание.....	52
17. Каузальная наука и нормативная наука.....	55
18. Причинность и вменение. Закон природы и юридический закон.....	55
19. Принцип вменения в мышлении первобытного человека.....	59
20. Возникновение принципа причинности из принципа воздаяния.....	60
21. Каузальная и нормативная социальные науки.....	61
22. Различия между принципом причинности и принципом вменения.....	64
23. Проблема свободы воли.....	65
24. Факты, отличные от человеческого поведения, как содержание социальных норм.....	70
25. Категорические нормы.....	71
26. Отрицание долженствования; право как идеология.....	72
IV. СТАТИЧЕСКИЙ АСПЕКТ ПРАВА	
27. Санкция: противоправное деяние и его последствие.....	76
28. Правовая обязанность и ответственность	81
29. Субъективное право: правомочие и полномочие	88
V. ДИНАМИЧЕСКИЙ АСПЕКТ ПРАВА	
34. Основание действительности нормативного порядка: основная норма.....	102

ОТ РЕДАКЦИИ

Содержание настоящего издания определяется задачами подготовки информационных материалов к предстоящему в 1987 г. XIII конгрессу Международной ассоциации правовой и социальной философии, на котором одна из секций будет посвящена творчеству Ганса Кельзена. В первый выпуск включены четыре раздела главной работы Г. Кельзена "Чистое учение о праве". Перевод выполнен по второму варианту этой книги, опубликованному Кельзеном в 1960 г. Переработанный текст отражает развитие теоретической мысли Кельзена за четверть века, прошедшую после выхода в свет первого варианта книги (1934). Таким образом, перед нами последнее систематическое изложение "чистой теории" и итог творческой жизни ее создателя.

Текст дается с незначительными сокращениями: опущена большая часть развернутых примечаний, в которых Кельзен спорит со своими критиками и оценивает различные течения правовой теории, социальной и нравственной философии 30-50-х годов.

Во второй выпуск включены разделы "Динамический аспект права", "Право и государство", а также статья "Проблема справедливости", написанная Кельзеном в качестве приложения к новому варианту его книги.

Перевод выполнен по следующему изданию: H. Kelsen. *Reine Rechtslehre*. Wien: Verlag Franz Deuticke, 1960 (Vollständig neu bearbeitete u. erweiterte Auflage).

Для контроля использовался авторизованный английский перевод, выполненный учеником и сотрудником Кельзена по Калифорнийскому университету Максом Найтом: H. Kelsen. *Pure theory of law*. Translation from the second (revised a. enlarged) German edition by Max Knight. University of California Press. Berkley, etc., 1967.

I. ПРАВО И ПРИРОДА

1. "Чистота"

Чистое учение о праве есть теория позитивного права: позитивного права вообще, а не какого-либо конкретного правопорядка. Это общее учение о праве, а не интерпретация отдельных национальных или международных правовых норм. Но оно дает теорию интерпретации.

Будучи теорией, оно стремится лишь к одному: познать свой предмет. Оно пытается ответить на вопрос, что есть право и как оно есть, но не на вопрос, как оно должно быть или создаваться. Оно есть право-ведение, но не политика права.

Это учение о праве называется "чистым" потому, что оно занимается одним только правом и "очищает" познаваемый предмет от всего, что не есть право в строгом смысле. Другими словами, оно стремится освободить правоведение от всех чуждых ему элементов. Таков основной принцип его методики. И он кажется самоочевидным. Однако даже беглого взгляда на традиционное правоведение, сложившееся в XIX-XX вв., достаточно, чтобы убедиться в том, сколь мало оно отвечает требованию чистоты. Юриспруденция совершенно некритично "расширилась" за счет психологии и социологии, этики и политической теории. Такое расширение можно объяснить тем, что эти науки имеют дело с предметами, которые, несомненно, тесно связаны с правом. И если чистое учение о праве желает отграничить познание права от смежных дисциплин, то вовсе не потому, что оно не замечает или даже отрицает эту связь, но потому, что оно хочет избежать методологического синкретизма, который затемняет сущность правоведения и смазывает границы, предназначенные ему природой его предмета.

2. Акт и его правовое значение

Если мы различаем естественные и общественные науки и, соответственно, их предметы – природу и общество, то возникает вопрос: правоведение – это естественная наука или общественная, право естественное явление или общественное? Но ведь общество нельзя противопоставить природе четко и однозначно, потому что общество, понимаемое как реальное общежитие, как совместная жизнь людей, можно представить себе и частью жизни вообще, следовательно — частью природы. И затем, так как право – или по крайней мере то, что принято называть этим словом,— одной из сторон своего существа, по-видимому, принадлежит к царству природы, то в существовании права есть чисто "природная" сторона. Так, если мы рассмотрим какой-нибудь из фактических составов (Tatbestände), воспринимаемых как "право" либо имеющих некоторое отношение к праву, например парламентское решение, административный акт, судебное решение или приговор, сделку, правонарушение, то сможем различить в нем два элемента: первый из них — происходящий в пространстве и времени, чувственно воспринимаемый акт или ряд таких актов, внешний ход человеческого поведения; второй элемент – его правовое значение, т.е. то значение, которое этот акт имеет в силу права (von Rechts wegen). В зале собираются люди, произносят речи, одни поднимают руку, а другие нет; таков внешний ход событий. Его значение в том, что принимается закон, создается право. Здесь мы встречаем хорошо знакомое юристам различие между законодательным процессом и его результатом – законом. Другой пример: человек, одетый в мантию, с возвышения говорит одному из стоящих перед ним людей определенные слова. Это внешнее действие означает с точки зрения права, что был вынесен судебный акт (решение или приговор). Один коммерсант пишет другому письмо определенного содержания – тот в свою очередь отвечает ему письмом; в силу права это означает, что они заключили договор. Некто причиняет какими-либо действиями смерть кому-либо другому; с точки зрения права это означает умышленное убийство.

3. Субъективный и объективный смысл акта; его самоистолкование

Это правовое значение акта нельзя воспринять непосредственно, наблюдая его внешнюю, фактическую сторону, в отличие от того, как мы воспринимаем физические свойства предмета, например его цвет, твердость, вес. Но, конечно, разумно действующий человек наделяет свой акт определенным смыслом, находящим некоторое выражение и воспринимаемым другими людьми. Этот субъективный смысл может – хотя и не обязательно совпасть с тем объективным значением, которое акт имеет в силу права. Например, кто-нибудь составляет письменное распоряжение о том, как должно поступить с его имуществом, когда он умрет. Субъективный смысл этого акта — завещание. Но объективно, в силу права, это не завещание, потому что были допущены известные формальные ошибки. Предположим, что некая тайная организация, ставящая себе целью избавить нацию от подрывных элементов, приговаривает к смерти человека, которого эта организация считает предателем, и приводит а исполнение то, что она субъективно считает (и называет) смертным приговором. Однако объективно, в силу права, происшедшее есть не исполнение смертного приговора, но политическое убийство, пусть даже внешняя сторона дела ничем не отличалась от исполнения смертного приговора. Акт даже может поскольку он выражается в произнесенном или записанном слове сам сказать нечто о своем правовом значении. И в этом заключается своеобразие предмета юридического познания. Растение ничего не может сообщить о себе научно описывающему его естествоиспытателю. Оно не пытается истолковать себя естественнонаучно. Но акт человеческого поведения вполне может нести в себе свое юридическое самоистолкование, т.е. суждение о том, что он означает с точки зрения права. Люди, собравшиеся в парламенте, могут прямо заявить, что они принимают закон; человек может прямо назвать свое посмертное распоряжение завещанием; два человека могут заявить, что они заключают сделку. Так направленное на право познание обнаруживает иногда в своем предмете правовое самоистолкование, предшествующее тому толкованию, которое должно явиться как итог правопознания.

4. Норма

а) Норма как схема толкования

Внешнее действие, которое по своему объективному значению составляет правовой (или противоправный) акт, это всегда протекающее в пространстве и времени, чувственно воспринимаемое событие, т.е. природное явление, определенное законом причинности. Однако это явление как таковое, как элемент природы, не составляет предмета специфически юридического познания и вообще не относится к праву. Что превращает это действие в правовой (или противоправный) акт, так это не его фактичность (Tatsächlichkeit), т.е. не его каузально определенное, включенное в систему природы бытие, но объективный смысл, связанный с этим актом, то значение, которым он обладает. Конкретное действие получает свой специфически юридический смысл, свое собственное правовое значение в силу существования некоторой нормы, которая по содержанию соотносится с этим действием, наделяя его правовым значением, так что акт может быть истолкован согласно этой норме. Норма функционирует в качестве схемы истолкования (Deutungsschema). Другими словами: суждение, согласно которому совершенный в пространстве и времени акт человеческого поведения есть правовой (или противоправный) акт, представляет собой результат некоего специфического – а именно нормативного – толкования. Но и во мнении, согласно которому этот акт представляет собой естественное событие, выражается лишь определенное, отличное от нормативного, а именно каузальное толкование. Норма, доставляющая акту значение правового (или противоправного) акта, сама создается посредством правового акта, который в свою очередь получает правовое значение от другой нормы. Если некий фактический состав с точки зрения права есть исполнение смертного приговора, а не умышленное убийство, то это его качество – не могущее быть чувственно воспринятым – обнаруживается только в результате усилия мысли, т.е. при сопоставлении с уголовным и с уголовно-процессуальными кодексами. То, что упомянутый обмен письмами

означает с точки зрения права заключение договора, следует единственно и исключительно из того, что фактические обстоятельства этой переписки соответствуют условиям, определенным в гражданском кодексе. То, что некий документ есть юридически действительное завещание не только в субъективном, но и в объективном смысле, следует из того, что он соответствует условиям действительности завещаний, сформулированным в гражданском кодексе. То, что некое собрание людей есть парламент и что в правовом отношении результат их деятельности есть закон,— другими словами: то, что эти события обладают таким смыслом, означает, что вся совокупность относящихся сюда обстоятельств соответствует нормам конституции. Иначе говоря, содержание реальных событий согласуется с содержанием некоей нормы, которая признается действительной.

б) Норма и нормотворчество

Итак, правопознание направлено на изучение тех норм, которые имеют характер норм права и придают определенным действиям характер правовых или противоправных актов. Ведь право, составляющее предмет этого познания, представляет собой нормативный порядок человеческого поведения, т.е. систему регулирующих человеческое поведение норм. Понятие "норма" подразумевает, что нечто должно быть или совершаться и, особенно, что человек должен действовать (вести себя) определенным образом. Таков смысл определенных человеческих актов, интенционально направленных на поведение других. А они интенционально направлены на поведение других, если в соответствии со своим смыслом они предписывают (приказывают) это поведение, но также если они его позволяют и, особенно, уполномочивают, т.е. если другому предоставляется определенная власть (Macht), в особенности власть самому устанавливать нормы. Следовательно, речь идет — при таком понимании — об актах воли. Если один человек выражает волю, чтобы другой поступал определенным образом, если он приказывает, позволяет или уполномочивает другого действовать таким образом, то смысл его акта состоит не в том, что другой будет так поступать, но лишь в том, что другой должен так поступать. Тот, кто приказывает позволяет или уполномочивает, изъявляет волю; тот, кто получает приказание, позволение или полномочие, должен. Глагол "должен" (sollen) употребляется здесь в более широком, нежели обычно, смысле. В обычном словоупотреблении только приказыванию соответствует "должен", а позволению — "может", уполномочиванию — "имеет право". Но здесь "должен" выражает нормативный смысл акта, интенционально направленного на поведение других. Понятие долженствования ("должен") включает здесь также "может" и "имеет право"; ведь норма может не только предписывать (приказывать), но также позволять и, особенно, уполномочивать. Если тот, кто получает приказание, позволение или полномочие действовать определенным образом, хочет выяснить, на каком основании он получил это приказание, позволение или полномочие (но не причину соответствующего акта), он может спросить только: "Почему я должен (а в обычном словоупотреблении также — "могу", "имею право") так поступать?". "Норма" — это смысл акта, который предписывает или позволяет и, в особенности, уполномочивает определенное поведение. Следует при этом иметь в виду, что норма как специфический смысл акта, интенционально направленного на поведение других, это не то же самое, что акт воли, смысл которого она составляет. Ведь норма есть долженствование, а акт воли, смысл которого она составляет, — бытие. Поэтому то, что происходит, когда мы имеем дело с таким актом, следует описать так: один человек изъявляет волю (хочет), чтобы другой должен был действовать определенным образом. Первая часть этого высказывания относится к бытию, к наличному акту воли; вторая к долженствованию, к норме как к смыслу этого акта. Следовательно, неверно часто встречающееся утверждение, согласно которому высказывание "Один человек нечто должен" равнозначно высказыванию "Другой человек нечто хочет", т.е. неверно, что высказывание о долженствовании сводится к высказыванию о бытии.

Разницу между бытием и долженствованием нельзя определить точнее. Она непосредственно дана нашему сознанию¹. Очевидно, что суждение "Нечто есть" т.е. суждение, описывающее бытийный факт (Seins-Tatsache), - существенно отличается от суждения "Нечто должно быть" т.е. от суждения, описывающего норму. Очевидно также, что из того, что нечто есть, не может следовать, что нечто должно быть, равно как из того, что нечто должно быть, не может следовать, что нечто есть².

Этот дуализм бытия и долженствования вовсе не означает, что бытие и долженствование никак друг с другом не соотносятся. Мы говорим: некое бытие может соответствовать некоему долженствованию, что значит: нечто может, быть таким, каким оно должно быть. Еще мы говорим: долженствование "направлено" на бытие, нечто должно "быть". Выражение "Некое бытие соответствует некоему долженствованию" не вполне точно: не то чтобы бытие соответствовало долженствованию, но "нечто", что в одном случае "есть", соответствует "чему-то", что в другом случае "должно быть". Выражаясь образно, мы называем это "нечто" содержанием бытия или содержанием долженствования. Иначе это можно выразить так: определенное нечто, в особенности определенное поведение, может обладать либо свойством "быть", либо свойством "долженствовать быть". Если мы рассмотрим два высказывания: "Дверь закрывается" и "Дверь должна закрываться", то заметим, что в первом случае "закрывание-двери" представлено как сущее (seiend), а во втором - как должное (gesollt). Сущее поведение не тождественно должному поведению; сущее поведение равнозначно должному поведению во всем, кроме того обстоятельства, что одно есть (а другое должно быть, т.е. кроме модуса. Поэтому следует отличать поведение, предусмотренное нормой как должное, от соответствующего норме фактического поведения. Поведение, предусмотренное нормой как должное (т.е. содержание нормы), можно сопоставить с фактическим поведением и заключить, что оно соответствует либо не соответствует норме (т.е. содержанию нормы). Однако поведение, предусмотренное нормой как должное, т.е. как содержание нормы, не может быть просто фактическим поведением, соответствующим норме.

Впрочем, и это сущее поведение, соответствующее норме, часто называют должным поведением; при этом имеется в виду, что оно таково, каким должно быть. Выражение "должное поведение" имеет два значения. Оно может обозначать поведение, которое предусмотрено нормой (в качестве содержания нормы) как должное; оно остается должным, даже я не будучи сущим. Но оно также может обозначать фактическое, сущее поведение, соответствующее содержанию нормы. Когда говорят, что долженствование "направлено" на бытие, а норма - на фактическое поведение, то имеют в виду фактическое поведение, соответствующее содержанию нормы, т.е. содержание бытия, равное содержанию долженствования, сущее поведение, равное должному согласно норме, но не тождественное этому должному поведению из-за разницы в модусе: бытие в одном случае и долженствование в другом.

Акты, смысл которых есть норма, могут выражаться по-разному. С помощью жеста: регулировщик одним движением руки приказывает пешеходам остановиться, другим движением разрешает идти дальше. С помощью символов: красный свет означает приказ водителю остановиться, зеленый - ехать дальше. С помощью произнесенных или написанных

¹ К понятию долженствования относится то же, что Дж.Э.Мур говорил о понятии "хорошее": "Хорошее простое понятие в том же смысле, что и "желтое" (Moore G.E. *Principia ethica*, Cambridge, 1922, p. 7 ff.). Простое понятие не поддается определению я, следовательно, анализу. Во избежание недоразумений следует указать, что утверждение "Разница между бытием и долженствованием непосредственно дана нашему сознанию" вовсе не означает, что содержание долженствования - то, что должно и в этом смысле "хорошо" - может быть непосредственно познано с помощью какой-то особой интеллектуальной способности и что существуют некие особые "эталонные" добра и зла (Ср. Karl Menger. *Moral, Wille u. Weltgestaltung. Grundlegung zur Logik der Sitten*, Wien, 1934, S. 28). Содержание долженствования - то, что велит позитивный моральный или правовой порядок, - определяется актами воли, а уж затем познается.

² А.Н.Прайор выражает эту мысль следующим образом: Невозможно вывести этическое заключение из целиком внеэтических посылок (Arthur N. Prior. *Logic a. the basis of ethics*, Oxford, 1944, p.18).

слов: приказ может выражаться в языковой форме повелительного наклонения, например: "Молчи!" или в форме констатации: "Я приказываю тебе молчать". В этой форме могут быть даны также разрешения и полномочия. Это высказывания об актах, смысл которых приказ, разрешение, уполномочивание, причем смысл самих этих предложений не суждение о фактическом бытии, но норма долженствования, т.е. приказ, разрешение, уполномочивание. В законе может содержаться предложение: "Воровство карается тюремным заключением". Смысл этого предложения не суждение о фактическом событии, как может показаться при знакомстве с текстом, но норма, т.е. приказ или полномочие карать воровство тюремным заключением. Законодательный процесс представляет собой ряд актов, смысл которых в их совокупности есть норма. Когда говорят, что посредством одного из вышеупомянутых актов или с помощью актов, составляющих законодательную деятельность³, "создается" или "устанавливается" норма, то это просто образное выражение, указывающее, что смысл или значение этого акта либо актов, составляющих законодательную деятельность, есть норма. Однако следует отличать субъективный смысл от объективного. "Долженствование" есть субъективный смысл всякого человеческого акта воли, интенционально направленного на поведение другого. Но не каждый такой акт имеет этот смысл также и объективно. И только когда он также и объективно имеет смысл долженствования, это долженствование называют "нормой". То, что "долженствование" есть также и объективный смысл акта, проявляется в том, что поведение, на которое акт интенционально направлен, воспринимается как должное не только с точки зрения того, кто осуществляет этот акт, но и с точки зрения третьего, незаинтересованного лица. И более того: даже если воля, субъективный смысл которой есть долженствование, фактически перестает существовать, а смысл (т.е. долженствование) не исчезает вместе с ней; если долженствование остается "действительным" ("gilt") и после исчезновения воли, если оно действительно даже тогда, когда индивид, который — согласно субъективному смыслу акта воли должен вести себя определенным образом, ничего не знает об этом акте и его смысле, и тем не менее он считается обязанным или управомоченным вести себя в соответствии с долженствованием, вот тогда долженствование как "объективное" долженствование есть "действительная", обязывающая адресата "норма". Так бывает, если акту воли, субъективный смысл которого есть долженствование, этот объективный смысл придается нормой, если этот акт уполномочен какой-либо нормой, которая тем самым приобретает значение "более высокой" нормы.

Требование грабителя выдать ему определенную сумму денег имеет тот же субъективный смысл, что и требование налогового инспектора: человек, которому это требование предъявлено, должен предоставить определенную сумму денег. Но только требование налогового инспектора, а не грабителя, имеет смысл действительной, обязывающей адресата нормы; только требование налогового инспектора, а не грабителя, представляет собой акт, устанавливающий норму, так как этот акт уполномочен налоговым законодательством, в то время как акт грабителя не основан ни на какой уполномочивающей его норме⁴. Законодательный акт, который субъективно_ имеет смысл долженствования,

³ Я больше не придерживаюсь своего прежнего мнения о том, что акты голосования, в результате которых закон принимается большинством голосов и становится действительным (вступает в силу), не всегда бывают актами воли, потому что голосующие часто не знают или знают недостаточно хорошо содержание закона, за который они голосуют, а волящему должно быть известно содержание воли. Когда член парламента голосует за законопроект, содержание которого ему неизвестно, то содержание его воли представляет собой своего рода уполномочивание. Голосующий хочет, чтобы законом стал тот законопроект, за который он голосует, независимо от его содержания.

⁴ Ср. §бб. Э.Малли характеризует долженствование как смысл воления (Ernst Mallé. Grundgesetze des Sollens. Elemente der Logik des Willens. Graz, 1926, S. 10). То, что я представляю как различие между долженствованием как субъективным смыслом и долженствованием как объективным смыслом акта воли и Мал — ли представляет как различие между "долженствованием" и "фактическим долженствованием". Как считает Малли, фактическое долженствование возникает тогда, когда вводится понятие "правомочие". По его мнению, то, что нечто должно быть, еще не означает, "что это нечто должно быть фактически. Но от этого зависит всякое правомочие. Очевидно, что правомочное (также и в субъективном смысле) требование само отвечает некоторым требованиям, соответствует некоему долженствованию: оно может быть

имеет этот смысл (т.е. смысл действительной нормы) также и объективно потому, что конституция придала акту законодательной деятельности этот объективный смысл. Акт создания (введения в действие) конституции имеет не только субъективно, но и объективно нормативный смысл, если предполагается, что должно действовать так, как предписывает создатель конституции (Verfassungsgeber). Если человек, попавший в беду, требует от другого помощи, то субъективный смысл его требования состоит в том, что этот другой должен ему помочь. Но объективно действительная, обязывающая другого норма существует лишь в том случае, если действует общая (например, установленная основателем религии) норма, предписывающая любить ближнего. А она действует как объективно обязывающая норма лишь в том случае, если вводится допущение (постулат), согласно которому должно вести себя так, как предписывает основатель религии. Такое допущение (Voraussetzung), обосновывающее объективную действительность нормы, я называю основной нормой (Grundnorm) (ср. § 34 а). Таким образом, это не бытийный факт направленного на определенное поведение других акта воли, но опять-таки лишь норма долженствования, из которой — в объективном смысле — следует действительность нормы, согласно которой "другие" должны вести себя в соответствии с субъективным смыслом этого акта воли.

Нормы, определяющие некоторое поведение как должное, могут быть также установлены посредством актов, составляющих содержание (Tatbestand) обычая. Когда люди, живущие в одном сообществе, в течение некоторого времени при сходных обстоятельствах ведут себя сходным образом, у некоторых индивидов возникает воля вести себя так, как обычно ведут себя члены этого сообщества. Поначалу субъективный смысл актов, составляющих содержание обычая, не есть долженствование. Лишь когда эти акты уже некоторое время совершаются, у индивида возникает представление о том, что он должен вести себя так, как обычно ведут себя члены этого сообщества, и воля к тому, чтобы и другие должны были вести себя так же. Если один из членов сообщества ведет себя не так, как обычно ведут себя другие, то они осуждают его поведение, потому что оно не согласно с их волей. Так обычай становится коллективной волей, субъективный смысл которой есть долженствование. Однако субъективный смысл актов, составляющих обычай, может быть истолкован как объективно действительная норма лишь в том случае, если обычай вводится в качестве нормотворческого фактора более высокой нормой. Так как содержание обычая формируется актами человеческого поведения, то выходит, что и порожденные обычаем нормы тоже установлены актами человеческого поведения. Таким образом, они – как и нормы, составляющие субъективный смысл законодательных актов, – являются установленными, т.е. позитивными нормами. Обычай может порождать как моральные, так и правовые нормы. Правовые нормы могут быть порождены обычаем в том случае, если устройство (Verfassung) этого сообщества предусматривает обычай, причем специально определенный обычай, в качестве нормотворческого фактора.

Наконец, следует отметить, что норма может быть смыслом не только акта воли, но также, и акта мышления в качестве идеи. Мы можем представить себе норму, которая, не будучи смыслом акта воли, существует лишь в нашем мышлении. Тогда это не установленная, не позитивная норма. Иначе говоря, норма не обязательно должна быть установленной, она может быть только лишь мысленным допущением (ср. § 4 д).

в) Действительность и сфера действительности нормы

фактически правомочно только в том случае, если это долженствование существует фактически. Имеется (по крайней мере) одно обстоятельство (Sachverhalt), которое должно быть фактически" (S, 18), Но, что я называю должествованием как объективным смыслом акта, Малли называет "фактическим должествованием". Но это выражение заключает в себе противоречие, если под "фактом" подразумевается некое сущее. Если же "объективная" действительность, нормы понимается именно так, как указано выше, то неверно следующее замечание Я.Росса: "Веру в объективную действительность нормы следует отправить на свалку религиозно-нравственной метафизики" (Alf Ross. Imperatives a. Logic. Philosophy of science, vol.2, 1944, p.36).

Словом "действительность" (Geltung) мы обозначаем специфическое существование, свойственное норме⁵. Когда мы описываем смысл или значение нормотворческого акта, мы говорим: этот акт требует, предписывает, повелевает, приказывает, запрещает людям некоторое поведение; или же – позволяет, допускает, уполномочивает некоторое поведение. Если мы употребим слово "должен" в том смысле, который включает все эти значения, – как было предложено выше, – то мы можем выразить действительность нормы следующим образом: нечто должно или не должно быть или совершаться. Если же обозначить специфическое существование нормы как ее "действительность", то тем самым будет выражен особый характер ее существования — в отличие от бытия естественных фактов. "Существование" позитивной нормы, т.е. действительность, отличается от существования акта воли, объективный смысл которого она составляет. Норма может быть действительной, даже если акт воли, смысл которого она составляет, больше не существует. В самом деле, она становится действительной лишь после того, как этот акт воли перестает существовать. Индивид, создавший правовую норму актом, интенционально направленным на поведение других, не обязательно должен и в дальнейшем желать этого поведения, для того чтобы норма, которая является смыслом его акта, была действительной. Люди, входящие в состав законодательного органа, принимают закон, регулирующий определенные отношения, а затем обращаются к нормативному регулированию других вопросов; однако принятые ими законы могут оставаться в силе (gelten) еще долгое время и после смерти этих людей, т.е., когда они уже перестали чего бы то ни было желать. Поэтому неверно характеризовать норму вообще и правовую норму в частности как "волю" либо "приказание" законодателя или государства, если под "волей" или "приказом" понимать психический акт воли.

Поскольку действительность нормы есть долженствование, а не бытие, следует отличать действительность нормы от ее действенности (Wirksamkeit), т.е. от того факта, что норма на самом деле применяется и соблюдается и что люди на самом деле действуют в соответствии с этой нормой. То, что норма действительна, не равнозначно тому, что она фактически применяется и соблюдается, хотя между действительностью и действенностью нормы может существовать определенная связь. Правовая норма считается объективно действительной лишь в том случае, если поведение, которое она регулирует, хотя бы в некоторой степени фактически соответствует ей. Норма, которая никем и никогда не применяется и не соблюдается, т.е., как принято говорить, не действительна ни в какой, даже в самой малой степени, не считается действительной правовой нормой. Некий минимум так называемой действенности есть условие ее действительности. Однако непременно следует допускать возможность поведения, не соответствующего норме. Норма, предписывающая нечто, что, как заранее известно, в силу закона природы только так и может произойти, была бы столь же бессмысленна, как и норма, предписывающая нечто, что, как заранее известно, в силу закона природы вообще не может произойти. Действительность и действенность нормы не совпадают также и во времени. Правовая норма становится действительной прежде, чем стать действенной, т.е. прежде, чем ее начинают применять и соблюдать. Суд, в конкретном случае применяющий закон, который был только что издан и, следовательно, еще не мог стать действенным, применяет действительную правовую норму. Однако правовая норма перестает считаться действительной, если в течение продолжительного времени она оставалась бездейственной.

Действенность есть условие действительности в том смысле, что действенность должна наступить вслед за установлением правовой нормы, чтобы она не утратила своей

⁵ Термины *Geltung*, *gültig*, *gelten* последовательно переводятся как "действительность", "действительный", "быть действительным" (соответственно, употребляется сочетание "становиться действительным" и т.п.). Когда в переводе – в качестве уступки более привычному словоупотреблению – изредка встречаются словосочетания "введение (закона) в действие", "вступление в силу" и т.п., то "действие" и "юридическую силу" здесь следует понимать как синонимы термина "действительность" (в смысле Кельзена); во всех случаях в оригинале употребляются только указанные выше термины – и всегда в одном и том же значении. – Прим. пер.

действительности. При этом надо иметь в виду, что действенность правовой нормы, связывающей санкцию с определенным поведением (как последствие с его условием), следует понимать двояко: не только в том смысле, что эта норма применяется правовыми органами (в особенности судами), т.е. санкция назначается и приводится в исполнение в конкретных случаях, но также и в том смысле, что индивиды, подчиненные правопорядку, соблюдают эту норму, т.е. ведут себя таким образом, чтобы избежать санкции. Если считать, что цель установления санкций — предотвратить обуславливающее санкции поведение, т.е. предотвратить совершение правонарушения (превенция), то мы имеем дело с идеальным случаем действительности правовой нормы тогда, когда она вообще не применяется, т.к. представление о санкции, назначаемой в случае правонарушения, удерживает индивидов, подчиненных правопорядку, от совершения правонарушения. Тогда действенность правовой нормы сводится к ее соблюдению. Однако соблюдение правовой нормы может быть вызвано и другими мотивами, поэтому может оказаться, что "действительно" представление не столько о правовой, сколько о религиозной или моральной норме. Мы еще вернемся к рассмотрению весьма существенной связи между действительностью и т.н. действенностью нормы (ср. § 35 а).

Если в выражении "Норма относится к определенному поведению" имеется в виду то поведение, которое составляет содержание нормы, тогда норма может относиться и к фактам, отличным от человеческого поведения, однако лишь в той мере, в какой они являются условием или следствием человеческого поведения. Правовая норма может предусматривать, что в случае стихийного бедствия те, кто не пострадали непосредственно, должны по возможности Помочь пострадавшим. Если правовая норма предусматривает в качестве наказания за умышленное убийство смертную казнь, тогда противоправное деяние, как и его последствие, выражается не только в определенном человеческом поведении (направленном на причинение смерти другому человеку), но также и в специфическом результате этого поведения в смерти человека, которая представляет собой физиологическое явление, а не человеческий поступок. Поскольку человеческое поведение, равно как и его условия и следствия, существует во времени и пространстве, в содержании нормы должны быть определены место и время, в которых разворачиваются действия, предусмотренные нормой. Действительность норм, регулирующих человеческое поведение вообще, и действительность правовых норм в особенности есть пространственно-временная действительность, так как содержание этих норм составляют пространственно-временные события. То, что норма действительна, всегда означает, что она действительна для некоторого времени и некоторого места, т.е. что она относится к действиям, которые могут происходить только в этом времени и в этом месте (хотя на самом деле они, возможно, и не происходят).

Соотнесенность нормы с временем и местом – это пространственно-временная сфера действительности (Geltungsbereich) нормы. Эта сфера действительности может быть ограниченной или неограниченной. Норма может быть действительной только для определенного места (т.е. определенного этой или другой, более высокой нормой) и определенного времени, иначе говоря, может регулировать события только в пределах определенного времени и пространства. В другом случае норма может быть действительной (по своему смыслу) всегда и повсюду, т.е. относиться к событиям независимо от того, где и когда они происходят. Таков ее смысл, если она не содержит специальных пространственных или временных определений и если никакая другая, более высокая норма не ограничивает пространственно-временную сферу ее действительности. Не то чтобы она в этом случае действовала вне времени и пространства, а просто она действительна не для какого-то определенного времени и места: пространственно-временная сфера ее действительности не ограничена. Сфера действительности нормы есть элемент ее содержания, а это содержание, как мы еще увидим, может быть до некоторой степени предопределено другой, более высокой нормой (ср. § 35).

Что касается временной сферы действительности позитивной нормы, то следует различать время до и после установления нормы. Как правило, нормы относятся только к

будущему поведению, но они могут относиться также и к прошлому. Так, правовая норма, связывающая с определенным поведением как условием акт принуждения (*Zwangsakt*) как санкцию, может предусматривать, что наказанию подлежит человек, совершивший определенные действия не только после, но еще и до установления этой правовой нормы; тем самым это его поведение квалифицируется как правонарушение (ср. § 276). В таком случае говорят, что норма имеет обратную силу. Правовая норма может относиться не только к будущему, но и к прошлому также и в том, что касается акта принуждения как установленного ею последствия. Она может предусматривать не только то, что при определенных условиях, наступивших до ее установления, соответствующий акт принуждения должен быть совершен в будущем, но также и то, что акт принуждения, фактически осуществленный в прошлом, когда он еще не был должным, т.е. не имел характера санкции, должен был совершиться в прошлом. Таким образом, теперь этот акт принуждения становится должным, т.е. приобретает характер санкции. Именно так некоторые акты принуждения, совершенные в Германии при национал-социализме и в правовом отношении бывшие тогда умышленными убийствами, задним числом вследствие обратной силы нормы были легитимированы как санкции, а обусловившие их действия были задним числом квалифицированы как правонарушения. Правовая норма вследствие своей обратной силы может отменить действительность правовой нормы, принятой до того, как она сама была установлена. При этом акты принуждения, осуществленные в качестве санкций при ранее действовавшей норме, задним числом утрачивают характер наказаний или принудительных исполнений, а обусловившие их фактические составы больше не считаются правонарушениями. Так, например, путем придания норме обратной силы правительство, пришедшее к власти в результате революции, может особым законом отменить изданный прежним правительством закон, по которому определенные действия членов революционной партии карались как политические преступления. Конечно, то, что произошло, не может стать небывшим, однако задним числом может быть изменена нормативная интерпретация давно происшедшего на основании норм, установленных после того, как подлежащие толкованию события произошли.

Помимо пространственной и временной можно различать также сферу действительности норм по кругу лиц и содержательную (или материальную) сферу действительности. Ведь регулируемое нормами поведение — это человеческое поведение; поэтому во всяком предусмотренном нормой поведении можно различать личный и содержательный элемент: человека, который должен действовать определенным образом, и образ действий, которого он должен придерживаться. Эти два элемента неразрывно связаны между собой. При этом следует помнить, что нормой затрагивается (*erfasst*) и ей подчиняется не человек сам по себе, но всегда определенное поведение человека. Сфера действительности нормы по кругу лиц соотносится с личным элементом предусмотренного нормой поведения. Эта сфера действительности тоже может быть ограниченной или неограниченной. Моральный порядок (система нравственности) может притязать на общеобязательность, т.е. на то, что поведение, предписываемое нормами этого порядка, обязательно для всех, а не только для группы людей, особо определяемых этим порядком. Обычно это выражают словами: этот порядок относится ко всем людям. Что же касается поведения, предписываемого нормами государственного правопорядка, то оно предусмотрено только для лиц, проживающих на территории этого государства, и для его граждан, находящихся за границей. Можно сказать, что государственный правопорядок регулирует только поведение людей, определяемых таким образом, что только эти люди подчинены государственному правопорядку; иными словами, сфера действительности по кругу лиц ограничена этими людьми.

Говоря о содержательной (материальной) сфере действительности, мы имеем в виду различные области человеческой деятельности, которые подлежат регулированию: экономическое, религиозное, политическое поведение и т.д. Так, можно выделить нормы, регулирующие экономическую деятельность людей; нормы, регулирующие религиозную

деятельность и т.д. О норме, определяющей экономическое поведение людей, говорят, что она регулирует экономику; в том же смысле говорят о нормативном регулировании религии и т.д. Говорят о различных предметах регулирования, имея в виду при этом различные области определяемого нормами поведения. Регулируют же нормы правопорядка всегда человеческое поведение: только оно поддается нормативному регулированию. Явления, отличные от человеческого поведения, могут быть содержанием норм (как уже отмечалось) только в связи с человеческим поведением – как его условие или следствие.

Понятие содержательной сферы действительности используется, например, когда целостный правопорядок – скажем, в случае федеративного государства – расчленяется на несколько частичных правопорядков, сферы действительности которых в отношении предметов регулирования отграничены одна от другой. Так бывает, например, когда правопорядки государств – членов федерации могут регулировать только определенные, перечисленные в конституции предметы или, как принято говорить, когда регулирование только этих предметов входит в компетенцию (подведомственность) членов федерации, а регулирование всех остальных предметов оставлено за правопорядком федерации (который также представляет собой частичный правопорядок) или, иначе говоря, входит в компетенцию федерации. Однако содержательная сфера действительности всего целостного правопорядка всегда неограничена, поскольку такой правопорядок в силу своей природы может регулировать деятельность подчиненных ему людей во всех областях.

г) Положительное и отрицательное регулирование: предписывание, уполномочивание, позволение

Регулируемое нормативным порядком человеческое поведение есть действие либо воздержание от действия (Unterlassung), предусмотренное этим порядком. Регулирование человеческого поведения нормативным порядком может быть положительным и отрицательным. Положительно человеческое поведение регулируется прежде всего в том случае, когда человеку предписано действовать определенным образом или воздерживаться от определенных действий (если предписано воздержание от некоторого действия, то это действие запрещено). Когда говорят, что объективно действительная норма предписывает человеку вести себя определенным образом, это означает, что такое поведение для него обязательно. Если человек ведет себя так, как предписывает норма, он выполняет свою обязанность, соблюдает норму; если же он ведет себя противоположным образом, то "нарушает" норму или – что то же самое — свою обязанность. Человеческое поведение регулируется положительно также и тогда, когда нормативный порядок уполномочивает человека достичь предусмотренных порядком результатов посредством определенного действия; особенно это относится к созданию норм или к участию в нормотворчестве (если порядок сам регулирует свое создание). Положительное регулирование поведения происходит и тогда, когда правопорядок, устанавливающий акты принуждения, уполномочивает человека осуществлять эти акты принуждения при наличии предусмотренных правопорядком условий, а также тогда, когда норма, ограничивающая сферу действительности другой, запрещающей нормы, позволяет человеку определенное поведение, в других случаях запрещенное. Например, общая норма запрещает людям применять силу друг против друга, однако другая, особая норма разрешает применение силы в случае необходимой обороны. Когда человек действует так, как его уполномочивает норма, или же ведет себя так, как ему положительно позволяет норма, он тем самым применяет эту норму. Судья, уполномоченный законом, т.е. общей нормой, выносить решение в конкретных случаях, применяет закон к конкретной ситуации, и его решение представляет собой индивидуальную норму. А судебный исполнитель, уполномоченный судебным решением привести в исполнение определенную санкцию, применяет индивидуальную норму судебного решения. При необходимой обороне применяется норма, положительно позволяющая применение силы. Мы применяем норму также и в том случае, когда судим о

том, ведет ли себя человек так, как ему предписывает либо положительно позволяет норма, или о том, действует ли он так, как он уполномочен действовать нормой.

В самом широком смысле можно считать, что всякое человеческое поведение, предусмотренное нормативным порядком в качестве условия или последствия, уполномочено этим порядком, к в этом смысле регулируется положительно. В отрицательно смысле человеческое поведение регулируется нормативным порядком в том случае, если это поведение не запрещено порядком, но и не позволено положительно нормой, ограничивающей сферу действительности запрещающей нормы; следовательно, оно позволено только в отрицательном смысле. Эту чисто отрицательную функцию позволения следует отличать от положительной (т.е. выраженной в положительном акте) функции позволения. Положительный характер позволения проявляется наиболее отчетливо, когда сфера действительности нормы, запрещающей определенное поведение, ограничивается другой нормой, которая позволяет запрещенное в других случаях поведение при условии, что позволение дается уполномоченным на это органом сообщества. Таким образом, и отрицательная, и положительная функции позволения существенным образом связаны с функцией предписывания. Определенное человеческое поведение может быть позволено лишь в рамках нормативного порядка, который предписывает человеку вести себя определенным образом.

Глагол "позволять" (erlauben) употребляется также и в смысле "управомочивать" (berechtigen). Если в отношениях между А и В А предписано допустить определенное поведение В, то это означает, что В позволено (т.е. что он управомочен) вести себя таким образом. Если же А предписано предоставить нечто В, то можно сказать, что В позволено (т.е. что он управомочен) получить это нечто от А. Итак, в первом случае суждение "В позволено вести себя определенным образом" равнозначно суждению "А предписано допустить определенное поведение В". Во втором случае суждение "В позволено получить нечто от А" равнозначно суждению "А предписано предоставить нечто В". "Позволенность" поведения В – это всего лишь отражение "предписанности" поведения А. Такое "позволение" не составляет особой функции нормативного порядка, отличной от функции "предписывания"⁶.

д) Норма и ценность

Если некая норма устанавливает определенное поведение как должное (в смысле "предписанного"), то фактическое поведение может либо соответствовать, либо не соответствовать норме. Оно соответствует норме, если оно таково, каким должно быть согласно норме; оно не соответствует (противоречит) норме, если оно не таково, каким оно должно быть согласно норме, потому что оно противоположно поведению, соответствующему норме. Суждение "Фактическое поведение таково, каким оно должно быть согласно некоей объективно действительной норме" есть оценочное суждение (Wert-Urteil), причем положительное оценочное суждение. Оно означает, что фактическое поведение "хорошее". Суждение "Фактическое поведение не таково, каким оно должно быть согласно действительной норме, потому что оно противоположно поведению, соответствующему норме" есть отрицательное оценочное суждение. Оно означает, что фактическое поведение "плохое", "дурное". Объективно действительная норма, устанавливающая определенное поведение как должное, составляет положительную или отрицательную ценность (Wert). Поведение, соответствующее норме, обладает положительной ценностью; поведение, противоречащее норме, обладает отрицательной ценностью. Считаемая объективно действительной норма служит критерием оценки (Wertmassstab) по отношению к фактическому поведению. Оценочные суждения, которые утверждают, что фактическое

⁶ В отношении этого "позволения (в смысле "управомочивания") я еще раньше отверг различие предписывающего и позволяющего права (imperative и permissive law). Однако это различие следует сохранить для других значений слова "позволение", особенно когда "позволение" значит "уполномочивание" (ermächtigen). Ср. §6 а).

поведение соответствует норме, считающейся объективно действительной (к в этом смысле такое поведение хорошее, т.е. "ценное"), либо что оно противоречит такой норме (и в этом смысле оно плохое, дурное, т.е. "противоценное"), такого рода суждения следует отличать от описательных суждений о реальности (Wirklichkeitsurteile) , которые утверждают, не соотносясь с нормой, считающейся объективно действительной, а следовательно, не соотносясь и с постулируемой основной нормой, что нечто есть и как оно есть.

Фактическое поведение, к которому относится оценочное суждение, — поведение, составляющее объект оценки и обладающее положительной или отрицательной ценностью, есть существующий в пространстве и времени бытийный факт, часть реальности. Только бытийный факт можно при сопоставлении с нормой охарактеризовать как ценный (wertvoll) либо противоценный (wertwidrig) , только он может обладать положительной либо отрицательной ценностью. Оценивается именно реальность. Поскольку нормы, лежащие в основе оценочных суждений, установлены актами человеческой, а не надчеловеческой воли, то выразившиеся в этих нормах ценности произвольны. Другими актами человеческой воли могут быть созданы другие нормы, противоречащие первым и конституирующие другие ценности, противоположные первым. "Хорошее" согласно этим другим нормам и соответствующим им ценностям может оказаться "дурным" согласно первым. Поэтому нормы, установленные людьми, а не надчеловеческой властью (Autorität) , составляют лишь относительные ценности. Это значит: наличие действительной нормы, устанавливающей определенное поведение в качестве должного, и соответствующей ей ценности не исключает того, что может быть действительной и другая норма, устанавливающая противоположное поведение в качестве должного и составляющая противоположную ценность. Например, норма, запрещающая самоубийство или ложь при любых условиях, может быть действительной точно так же, как и норма, при известных условиях позволяющая или даже прямо предписывающая самоубийство или ложь: ведь невозможно доказать рациональным путем, что действительной может считаться только одна из этих двух норм. Действительной мы можем считать одну либо другую норму, но не обе одновременно.

Но если о норме, конституирующей определенную ценность и предписывающей определенное поведение, утверждается, что она исходит от надчеловеческой власти, — от Бога или от сотворенной Богом природы, — то эта норма выступает с притязанием исключить возможность действительности нормы, предписывающей противоположное поведение. Конституируемую такой нормой ценность называют "абсолютной" , чтобы отличить ее от ценности, содержащейся в норме, введенной в действие актом человеческой воли. Однако научное учение о ценности принимает во внимание только нормы, введенные в действие актами человеческой воли, и конституируемые этими нормами ценности.

Если ценность конституируется объективно действительной нормой, то суждение, согласно которому нечто реальное (фактическое человеческое поведение) "хорошо", т.е. ценно, либо "дурно", т.е. противоценно, указывает на соответствие этого поведения некоей объективно действительной норме: оно должно быть таким, каково оно есть, либо на его несоответствие такой норме: реальное поведение не должно быть таким, каково оно есть. А это значит, что ценность в своем качестве долженствования оказывается противопоставленной реальности в ее качестве бытия. Ценность и реальность в соответствии с логическим дуализмом долженствования и бытия оказываются в двух разных сферах (ср. § 4 б).

Если мы называем оценочным суждением высказывание о том, что некое человеческое поведение соответствует или противоречит объективно действительной норме, то это оценочное суждение следует отличать от нормы, конституирующей ценность. Будучи суждением и соотносясь с нормой действительного порядка, оно может быть истинным или ложным. Например, суждение «Согласно христианской морали, "хорошо" любить друзей и ненавидеть, врагов» ложно в том случае, если норма действительной христианской морали предписывает любить не только друзей, но также и врагов. Суждение "Правомерно назначить смертную казнь вору" ложно в том случае, если, согласно действительному праву, вор

должен быть наказан только лишением свободы, но не лишением жизни. Сама же норма, напротив, не обладает ни истинностью, ни ложностью: она лишь действительна или недействительна.

Так называемое судебское "суждение" (приговор)⁷ нельзя считать суждением в логическом смысле этого слова точно так же, как и применяемый судьей закон: это не суждение, а норма, причем индивидуальная норма, ограниченная в своей действительности одним конкретным случаем, в отличие от общей нормы, называемой "законом".

От ценности, соответствующей объективно действительной норме, следует отличать ценность, заключающуюся не в соотношении с такой нормой, но в соотношении между неким объектом и направленным на него желанием или волей одного либо нескольких индивидов. В зависимости от того, соответствует ли объект этой воле или нет, он обладает положительной или отрицательной ценностью, он "хорош" или "плох". Если назвать суждение, в котором выражается соотношение объекта с направленной на него волей одного или нескольких индивидов, оценочным суждением, то такого рода оценочное суждение не отличается от суждения с реальности: ведь в нем выражается лишь соотношение между двумя бытийными фактами, но не соотношение между бытийным фактом и объективно действительной нормой должностования. Таким образом, перед нами лишь разновидность суждений о реальности.

Если высказывание человека о том, что нечто "хорошо" или "плохо" есть лишь непосредственное выражение его желания, направленного на это "нечто" либо на его противоположность, то это высказывание нельзя считать оценочным суждением, так как оно выполняет функции не познания, а выражения эмоций. Если эмоции относятся к поведению другого человека, то такое высказывание становится выражением эмоционального одобрения или неодобрения, наподобие междометий "браво" или "тьфу!".

Ценность, которая заключается в соотношении объекта, в особенности человеческого поведения, с направленной на него волей или желанием одного или многих индивидов, можно обозначить как субъективную ценность в отличие от ценности, которая заключается в соотношении поведения с объективно действительной нормой: такую ценность можно обозначить как объективную ценность. Если суждение "Это поведение хорошее" означает лишь, что оно соответствует желанию или воле одного человека либо многих людей, а суждение "Это поведение дурное" означает лишь, что желанию или воле одного человека или многих людей соответствует противоположное поведение, то ценность "хороший" или "неценность" (Unwert) "дурной" существует лишь для тех людей, воле которых соответствует это поведение или его противоположность, но не для людей, на поведение которых направлена эта воля. Если же суждение "Это поведение хорошее" означает, что оно соответствует некоей объективно действительной норме, а суждение "Это поведение дурное" означает, что оно противоречит такой норме, то ценность "хороший" и неценность "дурной" действительны для тех людей, чье поведение оценивается таким образом, а именно для всех людей, чье поведение в качестве должного определяется объективно действительной нормой независимо от того, желают ли сами они вести себя таким образом или противоположным. Их поведение обладает положительной или отрицательной ценностью не потому, что оно или его противоположность становится объектом желания или воления, но потому, что оно соответствует или противоречит норме. Акт воли, объективный смысл которого есть норма, при этом не рассматривается. Ценность в субъективном смысле, т.е. соотношение между объектом и желанием или волей человека, отличается от ценности в объективном смысле, т.е. от соотношения поведения с объективно действительной нормой, еще и тем, что субъективная ценность может иметь различные степени. Ведь желание или воля человека могут проявляться с различной степенью интенсивности, в то время как градация ценности в объективном смысле невозможна, так как поведение может лишь соответствовать либо не

⁷ Urteil – "суждение" (логический термин) и "приговор", "судебное решение" (юридический термин). – Прим.пер.

соответствовать, лишь противоречить либо не противоречить объективно действительной норме, но не может соответствовать или противоречить ей в большей или меньшей степени⁸.

Если мы назовем оценочные суждения, указывающие на объективную ценность, объективными, а оценочные суждения, указывающие на субъективную ценность, субъективными, то следует обратить внимание на то, что предикаты "объективный" и "субъективный" относятся к указываемым в суждении ценностям, а не к функции познания, реализующейся в суждении. Суждение как функция познания должно быть всегда только объективным, т.е. оно должно осуществляться без оглядки на желание и волю произносящего суждение индивида. Это вполне возможно. Мы в состоянии установить соотношение между определенным поведением и нормативным порядком, т.е. высказать суждение о том, что это поведение соответствует либо не соответствует порядку, не выражая при этом своего эмоционального – одобряющего или осуждающего – отношения к этому нормативному порядку. Ответ на вопрос, хорошо ли, согласно христианской морали любить врагов, – ответ, который и будет представлять собой оценочное суждение, – может и должен быть дан без оглядки на то, одобряет ли любовь к врагу индивид, отвечающий на этот вопрос и тем самым высказывающий оценочное суждение, или он осуждает ее. Ответ на вопрос о том, должно ли согласно действительному праву назначать смертную казнь убийце, а следовательно, и ответ на вопрос о том, представляет ли собой смертная казнь ценность с точки зрения этого права, может и должен быть дан без оглядки на то, одобряет или осуждает отвечающий смертную казнь. В этом и только в этом случае оценочное суждение объективно.

Если суждение выражает соотношение между неким объектом (в особенности человеческим поведением) и направленным на него желанием или волей одного либо многих индивидов, т.е. если в суждении выражена субъективная ценность, то это оценочное суждение объективно тогда, когда оно высказывается без оглядки на то, желает ли сам говорящий этот объект или его противоположность, одобряет ли он это поведение или осуждает, но когда он просто констатирует тот факт, что один или несколько индивидов желают некий объект или его противоположность, и в особенности – что они одобряют или не одобряют определенное поведение.

Против проводимого здесь различия между оценочными суждениями, которые выражают объективную ценность, констатируя отношение поведения к норме и потому существенно отличаясь от описательных суждений о реальности, и оценочными суждениями, которые выражают субъективную ценность, констатируя отношение между объектом (в особенности человеческим поведением) и направленной на него волей людей, желающих этот объект или его противоположность, в особенности одобряющих или осуждающих определенное поведение (и потому эти суждения суть лишь разновидность описательных суждений о реальности), – против этого различия выдвигается возражение, согласно которому и первую группу оценочных суждений следует отнести к описательным суждениям о реальности. Это возражение обосновывается следующим образом: норма, составляющая основание оценочного суждения, устанавливается приказанием или создается обычаем, т.е. в обоих случаях фактами эмпирической реальности. Следовательно,

⁸ Если норма предписывает поведение, которое реально осуществимо в разной мере, то кажется, будто поведение может соответствовать норме в большей или меньшей степени. Но это заблуждение. Если норма предписывает, что умышленное убийство должно наказываться двадцатью годами тюрьмы, и при этом один суд приговаривает убийцу к пожизненному тюремному заключению, а другой – к десяти годам тюрьмы, то нельзя сказать, что один приговор "менее", а другой "более" соответствует норме, так как оба они не соответствуют норме, которая должна быть применена. Лишь приговор, наказывающий убийство двадцатью годами тюрьмы, соответствует этой норме. А если норма предписывает лишь, что умышленное убийство должно наказываться тюремным заключением, но не определяет его срока, то нельзя сказать, что приговор, наказывающий убийство пожизненным заключением, соответствует этой норме в большей степени, а приговор, наказывающий убийство десяти- или двадцатилетним заключением, соответствует ей в меньшей степени так как все три приговора соответствуют ей в равной степени: эта норма предоставляет определение срока тюремного заключения суду. "Более" или "менее" относится не к соответствию, но к наказанию, которое может иметь различные степени, поскольку это допускается содержанием применяемой нормы.

соотношение между нормой и фактом(в особенности фактическим поведением) тоже представляет собой лишь соотношение между фактами эмпирической реальности. Это возражение не учитывает, что факт приказа или обычая и норма, создаваемая с помощью этих фактов, две разные вещи: факт и смысловое целое (Sinngehalt); поэтому и соотношение между фактическим поведением и нормой отличается от соотношения между этим поведением и бытийным фактом, смысл которого есть норма. Вполне возможно определить соотношение между поведением и нормой, устанавливающей это поведение как должное, не принимая во внимание факт приказа или обычая, посредством которого была создана норма. Это явно относится к нормам, которые были установлены в отдаленные времена людьми, которые уже умерли и забыты, и в особенности к нормам, которые созданы обычаями предшествующих поколений, так что теперь они известны людям, чье поведение они регулируют, лишь как смысловые образования. Когда определенное поведение оценивается как морально хорошее или плохое, поскольку оно соответствует или противоречит считающейся действительной моральной норме, то при этом не упоминают об обычаях, который породил моральную норму, составляющую основание оценки. Но важнее всего то, что с точки зрения юридического познания акты, которыми создаются правовые нормы, вообще рассматриваются лишь в том случае, когда они определены правовыми нормами, и что основная норма последнее основание действительности этих норм и вовсе не установлена актом воли, но постулирована в юридическом мышлении (о различии между установлением (Setzen) постулированием (Voraussetzen) нормы см. § 6 и § 34).

Словом "ценность" обозначается также соотношение между объектом (и в особенности человеческим поведением) и некоторой целью. Целесообразность (Zweckmassigkeit) есть положительная, "противо-цельность" (Zweckwidrigkeit) отрицательная ценность. Под "целью" может иметься в виду объективная либо субъективная цель. Объективная цель есть цель, которая должна быть достигнута: это значит, что она установлена посредством считающейся объективно действительной нормы. Субъективная цель есть цель, которую человек ставит себе сам, которой он желает добиться. Ценность, которая заключается в соответствии цели, тождественна поэтому ценности, состоящей в соответствии норме, либо ценности, состоящей в соответствии желанию.

Если отвлечься от того, о какого рода цели идет речь: об объективно должной или субъективно желаемой, то соотношение между средством и целью предстает как соотношение между причиной и следствием. То, что нечто "целесообразно", означает, что оно пригодно для достижения цели, т.е. в качестве причины может привести к тому следствию, которое и есть цель. Суждение о том, что нечто целесообразно, может в зависимости от субъективного или объективного характера быть субъективным или объективным оценочным суждением. Но чтобы вынести такого рода оценочное суждение, необходимо прежде понять каузальное отношение, существующее между фактами, рассматриваемыми как средство, и фактами, рассматриваемыми как цель. Лишь если мы знаем, что между А и В существует причинно-следственное отношение (А есть причина, а В – следствие этой причины), то мы можем вынести (субъективное или объективное) оценочное суждение: если В в качестве цели желаемо либо должно согласно норме (in einer Norm gesollt), то А целесообразно. Суждение о соотношении между А и В есть оценочное – субъективное или объективное – суждение лишь в том случае, если В допускается как субъективная или объективная цель.

5. Социальный порядок

а) Социальные порядки, устанавливающие санкции

Поведение одного человека может – хотя и не обязательно – соотноситься с другими людьми, т.е. один человек может вести себя определенным образом по отношению к другому; однако он может вести себя определенным образом не только по отношению к людям, но также и по отношению к животным, растениям и неодушевленным предметам.

Отношения между поведением (действиями) одного человека и другими людьми могут быть непосредственными или же опосредованными. Убийство есть действие убийцы по отношению к тому, кого он убивает, Это непосредственное отношение между двумя людьми. Тот, кто повреждает ценную вещь, действует непосредственно по отношению к самой вещи и опосредованно по отношению к заинтересованным лицам, в особенности к ее владельцу или владельцам. Нормативный порядок, регулирующий человеческое поведение, непосредственно или опосредованно касающееся других людей, есть социальный порядок. Мораль и право представляют собой такие социальные порядки. Предмет логики нормативный порядок, не имеющий социального характера. Ведь акты человеческого мышления, которые регулируются нормами этого порядка, не соотносятся с другими людьми; нельзя думать "по отношению" к другому человеку в том смысле, в каком можно действовать по отношению к другому. Действия одного человека по отношению к другим могут быть для них вредными или полезными. С психологически-социологической точки зрения функция всякого социального порядка заключается в том, чтобы добиться определенного поведения людей, подчиненных этому порядку: побудить их отказаться от некоторых действий, почему-либо считающихся вредными для общества, – т.е. для других людей, – и, напротив, совершать определенные действия, считающиеся полезными для общества. Эту мотивирующую функцию выполняют представления о нормах, предписывающих или запрещающих человеку определенные действия.

В зависимости от того, каким образом запрещается или предписывается определенное человеческое поведение, можно выделить различные типы социальных порядков (речь идет об идеальных, а не о среднестатистических типах). Социальный порядок может предписывать определенное поведение, не связывая с соблюдением или несоблюдением этого предписания каких бы то ни было последствий. Но он может также предписывать определенное поведение и одновременно связывать с этим поведением предоставление выгоды, т.е. вознаграждение, а с противоположным поведением связывать наступление невыгодных последствий, т.е. наказание (в самом широком смысле слова). Принцип, состоящий в том, что за определенное поведение человеку назначается награда или наказание, есть принцип воздаяния. Более общим по отношению к понятиям "награда" и "наказание" можно считать понятие "санкция". Однако обычно санкцией называют только наказание, т.е. зло, которое должно быть причинено как следствие известного поведения. Это зло выражается в лишении определенных благ: жизни, здоровья, свободы, чести, материальных ценностей. Что же касается награды, то ее не принято называть санкцией.

Наконец, социальный порядок может (и эта возможность реализуется в правопорядке) предписывать определенное поведение, связывая противоположное поведение с причинением вреда, а именно с лишением перечисленных выше благ, т.е. с наказанием в самом широком смысле слова. Таким образом, определенное поведение может считаться предписанным в рамках этого социального порядка (и юридически предписанным в случае правопорядка) лишь постольку, поскольку противоположное поведение обуславливает санкцию (в узком смысле). Если социальный порядок (например, правопорядок) предписывает определенное поведение, устанавливая в случае противоположного поведения санкцию в качестве должного, то это положение может быть описано в суждении "В случае определенного поведения должна наступить определенная санкция". Это подразумевает, что обуславливающее санкцию поведение запрещается, а противоположное – предписывается. "Должность" (Gesollt-Sein) санкции содержит в себе запрещенность обуславливающего ее поведения и приказанность (предписанность) противоположного. При этом следует иметь в виду, что "запрещенность" или "предписанность" определенного поведения означает "должность" не этого или противоположного ему поведения, но "должность" последствия этого поведения, т.е. санкции. Предписанное поведение не есть должное поведение, должное – это санкция. Предписанность поведения означает, что противоположное поведение есть условие "должности" санкции. Исполнение санкции предписано, т.е. составляет содержание правовой обязанности в том случае, если ее неисполнение обуславливает другую санкцию.

Если же это так, санкция может считаться только уполномоченной, но не предписанной. Поскольку такой ряд обратных заключений не может быть бесконечным, то и последняя санкция в этом ряду может быть только уполномоченной, но не предписанной.

Отсюда следует, что в системе такого нормативного порядка некоторое поведение – в этом смысле – может быть запрещено и в то же время предписано, причем эту ситуацию можно описать без логического противоречия. Суждения "А должно быть" и "А не должно быть" исключают друг друга; из двух норм, которые они описывают, действительной может быть только одна. Их невозможно соблюдать или применять одновременно. Однако суждения "Если есть А, то должно быть Х" и "Если есть не-А, то должно быть Х" не исключают друг друга; нормы, которые они описывают, могут быть действительными одновременно. При некотором правопорядке может быть такая ситуация (и, как мы увидим далее, подобные ситуации действительно бывают), когда определенное поведение и ему противоположное одновременно обуславливают санкции. Обе нормы, устанавливающие санкцию в качестве должного, могут быть действительными и фактически применяться одновременно, потому что они друг другу не противоречат, т.е. их можно описать без логического противоречия. Однако эти две нормы обнаруживают две противоположные политические тенденции, т.е. не логическое противоречие, но телеологический конфликт. Такая ситуация возможна, но с политической точки зрения она неудовлетворительна. Поэтому правопорядок, как правило, содержит положения, согласно которым одна из двух норм недействительна либо может быть объявлена недействительной.

Поскольку зло, функционирующее в качестве санкции, т.е. наказание в широком смысле, назначается против роли адресата, а в случае сопротивления с его стороны с применением физической силы, то санкция имеет характер акта принуждения, Нормативный порядок, предусматривающий акты принуждения в качестве санкций, т.е. как реакцию на определенное человеческое поведение, есть принудительный порядок. Но акты принуждения могут предусматриваться – и, как мы увидим далее, действительно предусматриваются правопорядком – не только в качестве санкций, т.е. реакции на определенное человеческое поведение, но также и в качестве реакции на социально нежелательные явления, которые не являются человеческим поведением и потому не могут считаться запрещенными.

С социологической и психологической точек зрения награда и наказание назначаются для того, чтобы стремление к награде и страх наказания стимулировали социально желательное поведение. Но такое поведение может быть вызвано и другими мотивами, нежели стремление получить установленную порядком награду или избежать предусмотренного наказания. По самой сути своей социальный порядок может предусматривать санкции независимо от того, какие мотивы вызывают в каждом конкретном случае обуславливающее санкцию поведение. Суть порядка выражается в суждении: "В случае определенного поведения (какими бы мотивами оно ни было вызвано) должна наступить санкция (в широком смысле, т.е. награда или наказание)". В самом деле, возможен порядок, связывающий награду лишь с таким поведением, которое не было вызвано стремлением к награде. Так, возможен моральный порядок, согласно которому честь подобает только тому, кто делает добро ради него самого, а не ради чести. Поскольку уже разбиралось понятие "действенности" нормы, то здесь следует отметить, что порядок, устанавливающий награду или наказание, "действе" в собственном смысле слова, лишь если поведение, обуславливающее санкцию (в широком смысле, т.е. награду или наказание), непосредственно вызывается стремлением к награде или страхом наказания. Однако порядок называют "действенным" и в том случае, если поведение подчиненных ему людей в общем и целом соответствует этому порядку, независимо от того, какими мотивами оно вызвано. Понятие действенности имеет в этом случае нормативный, а отнюдь не каузальный смысл.

б) Бывают ли социальные порядки без санкций?

Социальному порядку, предусматривающему санкции (в широком смысле), резко противопоставляется социальный порядок, который предписывает определенное поведение, не связывая его с наградой, а противоположное поведение – с наказанием, т.е. порядок, не применяющий принцип воздаяния. Обычно в этой связи указывают на мораль, которая, как принято считать, именно этим отличается от права как порядка, предусматривающего санкции. Можно подумать, что именно такой моральный порядок, не предусматривающий никаких санкций, имеет в виду Иисус в Нагорной проповеди, когда он решительно отвергает ветхозаветный принцип воздаяния — зло за зло, добро за добро. "Вы слышали, что сказано: "Око за око и зуб за зуб". А Я говорю вам: не противьтесь злему (т.е. не отвечайте злом на зло). "Вы слышали, что сказано; "Люби ближнего твоего (т.е. того, кто тебя любит) и ненависть врага твоего" (т.е. того, кто тебя ненавидит), А Я говорю вам: "Любите врагов ваших" (т.е. не платите злом за зло, делайте добро тем, кто делает вам зло), "Ибо, если вы будете любить любящих вас (т.е. если вы будете платить добром только за добро), какая вам награда? Не то же ли делают и мытари?" (Мф 5 : 38, 43).

Ясно, что Иисус говорит здесь о небесной награде; таким образом, даже эта система высочайших моральных заповедей не исключает до конца принцип воздаяния. Пусть не земная, а небесная, но все же награда обещана тому, кто в этой жизни откажется от принципа воздаяния, кто не станет платить злом за зло и добром только за добро. Эта система, отвергающая наказание в земной жизни, включает в будущей жизни также и наказание. Это не моральный порядок без санкций, но порядок, устанавливающий трансцендентные санкции, и в этом смысле – религиозный.

Чтобы судить о возможности существования морального порядка без санкций, следует помнить, что если моральный порядок предписывает определенное поведение, то он тем самым предписывает всем одобрять предписанное поведение индивида и осуждать противоположное. Тот, кто осуждает предписанное поведение или одобряет противоположное, ведет себя аморально и сам заслуживает морального осуждения. Одобрение и осуждение окружающих тоже воспринимаются как награда и наказание/ и потому могут рассматриваться как санкции. Иногда они оказываются более действенными санкциями, чем другие формы награды и наказания, так как удовлетворяют либо оскорбляют самолюбие – один из важнейших компонентов инстинкта самосохранения. При этом важно иметь в виду, что моральная норма, предписывающая определенное поведение, и моральная норма, предписывающая осуждать противоположное поведение, тесно связаны друг с другом и в своей действительности образуют единство. Поэтому сомнительно, можно ли вообще проводить различие между социальными порядками по признаку наличия или отсутствия санкций. Существенное различие между социальными порядками состоит не в том, что одни устанавливают санкции, а другие нет, но в том, какого рода санкции они устанавливают.

в) Трансцендентные и социально имманентные санкции

Установленные социальным порядком санкции имеют либо трансцендентный, либо социально имманентный характер. К трансцендентным относятся такие санкции, которые, согласно верованиям подчиненных порядку людей, исходят из надчеловеческой властной инстанции. Такие верования представляют собой специфический элемент первобытного мышления. Первобытный человек интерпретирует явления природы, непосредственно его затрагивающие, в соответствии с принципом воздаяния: благоприятные ему явления – как награду за соблюдение, неблагоприятные – как наказание за несоблюдение существующего порядка (ср. § 19). В соответствии с первоначальными религиозными представлениями древних распределением наград и наказаний занимались, вероятно, души умерших. Именно они награждали за социально "хорошее" поведение удачей в охоте, богатым урожаем, военными успехами, здоровьем, чадородием, долголетием; а за социально "плохое" поведение наказывали неурожаем, неудачами и т.п., а больше всего болезнями и смертью. При социальной интерпретации природы она выступает как нормативный социальный порядок, устанавливающий санкции. Этот порядок имеет последовательно религиозный

характер. И даже в наиболее развитых религиях, например в иудео—христианской традиции, нормативная интерпретация природы играет весьма значительную роль. Даже современный цивилизованный человек, когда его постигает несчастье, инстинктивно спрашивает себя: "Что я такое сделал? Чем я заслужил наказание?", а счастье он склонен расценивать как награду за добросовестное выполнение божьих заповедей. В этом отношении религии, достигшие высокой ступени развития, отличаются от первобытных религий лишь тем, что к санкциям, осуществляемым в этой жизни, они добавляют санкции, которые назначаются только в будущей жизни, причем не душами умерших, а Богом. Эти санкции трансцендентны не только в том смысле, что они исходят из надчеловеческой и, следовательно, сверхсоциальной властной инстанции, но также и в том смысле, что они осуществляются за пределами общества; и вообще за пределами этого мира – в сфере трансцендентного⁹.

Совершенно отличны от трансцендентных такие санкции, которые осуществляются не просто в этой жизни и в пределах общества, но, кроме того, исполняются людьми, членами общества, и потому их можно назвать социально-имманентными санкциями. Они могут состоять либо в одном лишь произвольно выражаемом членами общества одобрении или неодобрении, либо в специфических, точно установленных порядком актах, которые осуществляются по установленным этим порядком правилам определенными индивидами, которые также назначаются по правилам порядка. В таком случае можно говорить о социально организованных санкциях. Древнейшая санкция такого рода – кровная месть, существовавшая в первобытном обществе. Эта санкция, посредством которой первобытный социальный порядок реагировал на убийство члена одной кровнородственной группы (семьи в широком или узком смысле), совершенное членом другой такой же группы естественным или магическим способом, осуществлялась членами семьи убитого по отношению к членам семьи убийцы. Возможно, убийство внутри группы первоначально обуславливалось только трансцендентной санкцией мести, которой требовала душа убитого. Но поскольку души умерших обладали властью лишь внутри своей группы, то убийство члена одной семьи, совершенное членом другой семьи, могло быть отомщено лишь с помощью действий родственников жертвы. Только неисполнение долга мести вызывает трансцендентную санкцию мести со стороны души убитого. Важно иметь в виду, что первоначально эта древнейшая социально организованная санкция применялась лишь в меж— групповых отношениях. Во внутригрупповую санкцию она превратилась лишь тогда, когда социальная общность стала включать в себя несколько кровнородственных групп, т.е. перестала быть семейной общностью.

С социологической точки зрения в развитии религии можно выделить три тенденции: объединение надчеловеческой власти в единую властную инстанцию, усиление ее мощи и одновременное увеличение дистанции между нею и человеком. Многочисленные духи умерших уступили место нескольким богам, а затем единственному всемогущему Богу, перенесенному в потусторонний мир. Огромное значение, которое в этом развитии имела социальная идея воздаяния, особенно ярко проявляется в том, что когда в религиозных представлениях человека к этому миру прибавился потусторонний, то потусторонний мир – в соответствии с принципом награды и наказания –разделился на небеса для добрых и преисподнюю для злых.

⁹ Религиозный социальный порядок, учреждаемый Десятью заповедями Ветхого Завета (Исх 20), устанавливается трансцендентной властью – Богом Ягве. Библия приписывает слова, в которых сформулированы нормы, образующие этот порядок, самому Богу: "И сказал Бог все эти слова.. Однако акт установления Закона происходит в этом мире, ведь Ягве приходит для этого на вершину горы Синай. Этот социальный порядок предусматривает санкции: и награду, и наказание. Ягве говорит: "Я Бог-ревнитель, наказывающий детей за вину отцов до третьего и четвертого рода, ненавидящих Меня, и творящий милость тысячам любящих Меня и соблюдающих заповеди Мои. "Не произноси имени Ягве, Бога твоего, напрасно; ибо Ягве не оставит без наказания того, кто произносит имя Его напрасно". "Почитай отца твоего и мать твою, чтобы продлились дни твои на земле, которую Ягве, Бог твой, дает тебе".

Заслуживает внимания то обстоятельство, что из двух соответствующих идее воздаяния санкций в социальной реальности наказание играет гораздо более важную роль, чем награда. Это проявляется в том, что самый важный социальный порядок – право – пользуется главным образом наказанием, но особенно отчетливо там, где социальный порядок еще имеет религиозный характер, т.е. гарантируется трансцендентными санкциями. Сообразное порядку поведение первобытных людей, особенно соблюдение многочисленных запретов – так называемых табу – определялось прежде всего страхом перед тяжкими бедами, которыми высшая властная инстанция – духи умерших – отвечала на нарушение традиционного порядка. Надежда на награду играла лишь второстепенную роль по сравнению со страхом, в котором постоянно жили древние люди, И даже в религиозных представлениях цивилизованного человека, согласно которым божественное воздаяние осуществляется не (или не только) в этой жизни, но в будущей, на первом месте стоит страх перед наказанием, ожидающим человека после смерти. Картина ада как места наказания рисуется в воображении людей гораздо ярче, нежели жизнь в раю в награду за благочестие, которая представляется всегда очень смутно. Даже когда творческая фантазия человека не ограничена ничем, она не в состоянии создать трансцендентный порядок, существенно отличающийся от порядка, существующего в эмпирическом обществе.

6. Правопорядок

а) Право как порядок человеческого поведения

Теория права должна прежде всего определять понятие о своем предмете. Чтобы дать определение права, следует начать со словоупотребления, т.е. установить, что означает слово "право" в немецком языке и его эквиваленты в других языках (law, droit, diritto и т.д.). Следует выяснить, имеют ли социальные явления, обозначаемые этим словом, общие признаки, отличающие их от других сходных явлений, и достаточно ли значимы эти признаки для того, чтобы служить элементами понятия социальной науки. В результате такого исследования могло бы выясниться, что словом "право" и его иноязычными эквивалентами обозначаются столь различные предметы, что никакое общее понятие не может охватить их все. Однако с употреблением этого слова и его эквивалентов дело обстоит не так. Ведь если мы сравним предметы, которые в разное время у разных народов обозначались словом "право", то обнаружим, что во всех случаях речь идет о порядке человеческого поведения. "Порядок" это система норм, единство которых зиждется на том, что они имеют общее основание действительности (Geltungsgrund), а основание действительности нормативного порядка, как мы увидим, составляет основная норма, из которой выводится действительность всех норм, относящихся к этому порядку. Отдельная норма есть норма права, если она относится к определенному правопорядку, а она относится к определенному правопорядку, если ее действительность покоится на основной норме этого порядка.

Нормы правопорядка регулируют человеческое поведение. Однако, как кажется, это относится лишь к социальным порядкам цивилизованных народов, так как в древних обществах поведение животных, растений и даже неодушевленных предметов регулировалось правопорядком наряду с поведением людей. Так, в Библии (Исх 21: 28-29) мы читаем, что вол, забодавший человека, должен быть убит (конечно, в наказание). В древности в Афинах существовал особый суд, в котором возбуждались дела против камня, копья или какого-либо другого предмета, которым – как считалось, неумышленно – был убит человек. И даже в средние века еще можно было подать в суд на животное, например на быка, убившего человека, или на саранчу, уничтожившую урожай. Привлеченное к ответственности животное судили и казнили с соблюдением необходимых юридических формальностей – точно так же, как человека. Если предусмотренные правопорядком санкции применяются не только в отношении людей, но также и в отношении животных, то, следовательно, не только поведение людей, но и поведение животных предписывается

правом. Но это значит, что (если правовое предписание считать содержанием правовой обязанности) не только людям, но и животным право предписывает обязанность вести себя определенным образом. Это абсурдное с точки зрения современного человека правовое содержание объясняется анимистическими представлениями, согласно которым "душой" обладают не только люди, но также животные и -неодушевленные предметы, а потому их отличие от людей не столь существенно. Следовательно, санкции и устанавливающие правовые обязанности нормы могут применяться как к людям, так и к животным и вещам. Тот факт, что современные правовые порядки регулируют поведение только человека, но не животных, растений или предметов (поскольку применяют санкции лишь к человеку), вовсе не исключает того, что эти правовые порядки предписывают людям определенное поведение не только по отношению к другим людям, но также и по отношению к животным, растениям и предметам. Так, под страхом наказания может запрещаться убийство некоторых животных (вообще или в определенное время года), повреждение некоторых видов растений, а также зданий, представляющих собой историческую ценность. Однако посредством подобных правовых норм регулируется не поведение охраняемых животных, растений или неодушевленных предметов, но поведение людей, на которых направлена угроза наказания.

Это поведение может выражаться в положительном действии или в отрицательном – в несовершении действия (Unterlassung). Но, будучи социальным порядком, правовой порядок положительно регулирует (ср. § 4г) поведение человека лишь постольку, поскольку оно — непосредственно или опосредованно – затрагивает других людей. Предмет этого регулирования составляют действия одного человека по отношению к другому, или к другим, или ко всем остальным людям, т.е. действия людей по отношению друг к другу. Отношение поведения одного человека к другому или другим может иметь индивидуальный характер; такова, например, норма, обязывающая каждого человека воздерживаться (unterlassen) от убийства другого; или же норма, обязывающая должника платить кредитору; или же норма, обязывающая каждого уважать собственность другого. Но это отношение может иметь также и коллективный характер. Так, поведение, предписываемое нормой о воинской повинности, – это поведение одного индивида не по отношению к конкретному другому (как в случае нормы, запрещающей убийство), но по отношению к правовому сообществу, т.е. ко всем людям, подчиненным правовому порядку и принадлежащим к правовому сообществу. То же относится и к норме, предусматривающей наказание за покушение на самоубийство. В этом смысле и упомянутые выше нормы, охраняющие животных, растения и неодушевленные предметы, тоже могут быть истолкованы как социальные нормы. Правовая власть предписывает определенное человеческое поведение только потому, что считает его верно или ошибочно ценным для правового сообщества людей. В конечном счете, эта связь с правовым сообществом имеет решающее значение для правового регулирования человеческого поведения, которое находится в индивидуальном отношении к конкретному другому человеку. Правовая норма, обязывающая должника платить кредитору, защищает не только, а возможно и не столько, интересы конкретного кредитора, сколько интересы правового сообщества, стремящегося, сохранить определенную экономическую систему.

б) Право как принудительный порядок

Другой признак, общий для всех социальных порядков, обозначаемых словом "право", состоит в том, что все они принудительные порядки в том смысле, что реагируют на определенные явления, считающиеся нежелательными (поскольку они вредны для общества), и в особенности на человеческое поведение такого рода, актами принуждения, т.е. причинением зла. Это зло выражается в лишении жизни, здоровья, свободы, материальных и прочих благ, и оно причиняется виновному также и против его воли, а при необходимости – с применением физической силы, т.е. принудительно. То, что акт принуждения, функционирующий в качестве санкции, причиняет "индивиду зло, следует понимать в том смысле, что он сам обычно воспринимает этот акт как зло. Однако в исключительных случаях это может быть и не так. Например, раскаявшийся преступник может желать понести

установленное правом порядком наказание и потому воспринимает его как благо; или же человек может совершить правонарушение с тем, чтобы подвергнуться тюремному заключению, которое обеспечит ему пристанище и пропитание. Но, как уже говорилось, это исключения. Об акте принуждения, функционирующем в качестве санкции, можно сказать, что обычно он воспринимается как зло. В этом смысле социальные порядки, обозначаемые словом "право", представляют собой принудительные порядки человеческого поведения. Они предписывают определенное человеческое поведение, связывая противоположное поведение с актом принуждения, который применяется к человеку, действующему таким образом (или к его близким). Иначе говоря, принудительные порядки уполномочивают одного индивида применить по отношению к другому акт принуждения в качестве санкции. Установленные правом порядком санкции социально имманентны (в отличие от трансцендентных) и социально организованы (в отличие от простого одобрения или осуждения). Однако посредством предусмотренных им актов принуждения правом порядок может реагировать не только на определенное человеческое поведение, но, как будет показано далее, также и на другие социально вредные явления. Иначе говоря, если установленный правом порядком акт принуждения – это всегда действие определенного человека, то условие его применения – не обязательно определенное человеческое поведение, условием может быть также и явление, которое почему-либо считается социально вредным. Как мы увидим, предусмотренный правом порядком акт принуждения может соотноситься с единством правом порядка; может быть приписан правовому сообществу, созданному этим правом порядком; может быть истолкован как реакция правового сообщества на социально вредное явление; а если это явление – определенное человеческое поведение, то акт принуждения может истолковываться как санкция. То, что право есть принудительный порядок, означает, что его нормы устанавливают акты принуждения, которые могут быть приписаны правовому сообществу. Это вовсе не значит, что осуществление санкции всякий раз сопряжено с применением физической силы. Это происходит лишь в случае сопротивления, что бывает редко.

Современные правом порядки иногда содержат нормы, предусматривающие за определенные заслуги награды, например титулы и ордена. Но такие нормы не есть признак, общий для всех социальных порядков, обозначаемых словом "право", они не выражают сколько-нибудь существенную функцию этих социальных порядков. В системе правом порядков как порядков принуждения награды играют весьма незначительную роль. Кроме того, нормы, касающиеся присуждения титулов и орденов, тесно связаны с нормами, устанавливающими санкции. Ведь ношение титула или ордена (т.е. эмблемы, субъективный смысл которой – знак отличия) либо не запрещено правом, т.е. не обуславливает санкцию, следовательно, отрицательно позволено, либо (а обычно именно так и бывает) положительно позволено правом, т.е. запрещено и обуславливает санкцию, если не позволено эксплицитно (т.е. если титул или орден не был присужден). Следовательно, эту правовую ситуацию можно описать только как установленное нормой ограничение действительности запрещающей нормы, которая предусматривает санкцию: иначе говоря, ее можно описать только в соотношении с такой принуждающей нормой.

Право отличается от других социальных порядков тем, что это принудительный порядок. Его отличительный признак – использование принуждения; это означает, что акт, предусмотренный порядком в качестве последствия социально вредного действия, должен осуществляться также и против воли его адресата (*der Betroffene*), а в случае сопротивления с его стороны – и с применением физической силы.

Акты принуждения, установленные правом порядком в качестве санкций

Поскольку акт принуждения выступает в качестве реакции на определенное правом порядком человеческое поведение, то он имеет характер санкции, а человеческое поведение, против которого он направлен, – характер запрещенного, противоправного поведения, т.е. противоправного деяния или правонарушения (*Unrecht oder Delikt*). А

предписанным, или правомерным, считается противоположное поведение, т.е. такое, которое позволяет избежать применения санкций. Тот факт, что право есть принудительный порядок, вовсе не означает (как иногда утверждают), что оно "принуждает" человека к правомерному, предписанному правопорядком поведению. Акт принуждения не принуждает индивида к этому поведению, потому что он должен осуществиться как раз тогда, когда индивид ведет себя не предписанным, но запрещенным, противоправным образом. Именно для такого случая и предусмотрен акт принуждения как санкция. Если же сторонники указанного мнения полагают, что право посредством установления санкций стимулирует человека вести себя предписанным образом, поскольку стремление избежать санкции побуждает его вести себя именно так, то на это следует возразить, что подобное стимулирование есть лишь возможная, а не обязательная функция права, что правомерное, т.е. предписанное, поведение может вызываться (и очень часто вызывается) также и другими причинами, например религиозными или нравственными представлениями. Принуждение, побуждающее индивида вести себя предписанным, правомерным образом, есть принуждение психическое, в его основе – представление о праве (особенно о его санкциях), воздействующее на подчиненных праву субъектов; и это психическое принуждение нельзя путать с установлением акта принуждения. Психическое принуждение оказывают все в той или иной мере действенные социальные порядки, а некоторые, например религиозные, – даже в гораздо большей степени, чем правопорядок. Психическое принуждение не есть специфический признак, отличающий право от других социальных порядков. Право есть принудительный порядок не в том смысле, что оно (а точнее, представление о нем) осуществляет психическое принуждение, а в том смысле, что оно устанавливает акты принуждения принудительное лишение жизни, свободы, материальных и других благ – как последствие определенных правом условий. Эти условия составляет прежде всего (но не исключительно) определенное человеческое поведение, которое — как раз потому, что оно обуславливает акт принуждения, направленный против человека, ведущего себя таким образом (или против его близких), – оказывается запрещенным, противоправным, и ему должно препятствовать, а противоположное поведение (социально полезное, желательное, правомерное) следует стимулировать.

Монополия правового сообщества на принуждение

Если различные правопорядки в общем и целом сходятся относительно установленных ими актов принуждения, которые могут быть приписаны правовому сообществу (эти акты всегда выражаются в принудительном лишении перечисленных выше благ), то они существенно расходятся относительно условий, с которыми связаны эти акты принуждения. В особенности они расходятся относительно человеческого поведения, на противоположное которому правопорядок реагирует с помощью санкций, т.е. относительно гарантируемого правопорядком социально желательного положения, которое выражается в правомерном поведении; иначе говоря, относительно правовой ценности (Rechtswert), которую устанавливают правовые нормы. Если рассмотреть развитие права от момента его зарождения в первобытном обществе до того уровня, которого оно достигло в современном государстве, то в отношении правовой ценности, которая должна быть реализована, обнаруживается определенная тенденция, общая для всех правопорядков, достигших достаточно высокой стадии развития. Эта тенденция заключается в устрашающемся по мере развития запрещении применять физическое принуждение и силу в отношениях между людьми. Это происходит в результате, того, что такое применение силы объявляется условием санкции. Однако поскольку сама санкция тоже есть акт принуждения, т.е. применение силы, то запрещение применять силу может быть лицу ограниченным. Поэтому запрещенное применение силы всегда следует отличать от позволенного, т.е. уполномоченного в качестве реакции на социально нежелательное явление (особенно в качестве реакция на социально вредное человеческое поведение), – от уполномоченного в качестве санкции могущего быть приписанным правовому сообществу. Однако это отличие еще не означает, что применение

силы, не уполномоченное таким образом, обязательно должно быть запрещенным, а значит, противоправным деянием или правонарушением. Первобытные правовые порядки отнюдь не запрещают все виды применения силы, не имеющие характера приписываемой правому сообществу реакции на социально вредные явления; даже убийство они запрещают лишь в ограниченных пределах. Противоправным деянием считается убийство только свободных соплеменников (сограждан), но не чужаков или рабов. Убийство чужаков или рабов, поскольку оно не запрещено, позволено в отрицательном смысле, но не уполномочено в качестве санкции. Однако постепенно утверждается принцип, запрещающий всякое применение силы, за исключением тех случаев (ив этом состоит ограничение принципа), когда оно специально уполномочено в качестве приписываемой правому сообществу реакции на социально вредное явление. Тогда правовой порядок исчерпывающим образом определяет, при каких условиях и какими индивидами должно осуществляться физическое принуждение. Поскольку индивид, уполномоченный правовым порядком осуществлять принуждение, может рассматриваться как орган правового порядка или (что вытекает из того же) созданного правовым порядком сообщества, то исполнение актов принуждения этими индивидами можно приписать созданному правовому сообществу (ср. § 30 в). В этом смысле можно говорить о монополии правового сообщества на принуждение. Эта монополия децентрализована, если индивиды, уполномоченные правовым порядком исполнять установленные им акты принуждения, не представляют собой специальный орган, функционирующий в соответствии с принципом разделения труда, но правовой порядок уполномочивает всех индивидов, полагающих, что противоправное поведение других индивидов наносит им вред, применять по отношению к ним силу, т.е. если еще действует принцип самопомощи.

Правовой порядок и коллективная безопасность

Когда правовой порядок определяет, при каких условиях и кем должно осуществляться физическое принуждение, он защищает подчиненных ему индивидов от насилия со стороны других индивидов. При некотором минимуме этой защиты можно говорить о коллективной безопасности, так как ее гарантирует правовой порядок в своем качестве социального порядка. Можно считать, что этот минимум защиты против насилия существует, даже если монополия сообщества на принуждение децентрализована, т.е. даже если еще действует принцип самопомощи. Такое положение можно считать самым низким из возможных уровней коллективной безопасности. Однако если понимать коллективную безопасность в узком смысле, то о ее наличии можно говорить лишь тогда, когда монополия правового сообщества на принуждение достигает такого минимума централизации, при котором самопомощь исключается, по крайней мере теоретически. А для этого нужно, чтобы (по крайней мере) вопрос о том, имело ли место в конкретном случае правонарушение и кто за него ответствен, решался не непосредственными участниками конфликта, но специальным органом, действующим в соответствии с принципом разделения труда, независимым судом; чтобы вопрос о том, является ли применение силы правонарушением или же это акт (особенно санкция), который может быть приписан правому сообществу, решался объективно. Таким образом, коллективная безопасность может различаться по уровню, прежде всего в зависимости от того, насколько централизована процедура, в соответствии с которой в конкретном случае устанавливается наличие обстоятельств, обуславливающих акт принуждения как санкцию, и в соответствии с которой этот акт принуждения должен быть осуществлен. Коллективная безопасность достигает своего самого высокого уровня, когда правовой порядок с этой целью учреждает суды с обязательной подведомственностью (Kompetenz) и централизованные исполнительные органы, которые располагают средствами принуждения, достаточными для того, чтобы сделать сопротивление безнадежным. Такая ситуация наблюдается в современном государстве, которое представляет собой в высочайшей степени централизованный правовой порядок.

Цель коллективной безопасности – мир. Ведь мир – это отсутствие физического насилия. Определяя, при каких условиях и какими индивидами должно применяться насилие, устанавливая монополию правового сообщества на принуждение, правопорядок умиротворяет конституируемое им сообщество. Но мир установленный правом, есть относительный, а не абсолютный мир. Ведь право не исключает насилие, т.е. физическое принуждение, в отношениях между людьми. Это вовсе не порядок без принуждения, которого желает утопический анархизм. Право – это порядок принуждения, и уже как принудительный порядок – в зависимости от стадии своего развития – это порядок безопасности, т.е. порядок мира. Но точно так же, как можно понимать коллективную безопасность в узком смысле и считать, что она существует лишь тогда, когда монополия, сообщества на принуждение достигает определенной степени централизации, можно считать, что и умиротворение правового сообщества наступает лишь на одной из высоких ступеней правового развития, а именно тогда, когда хотя бы теоретически запрещается самопомощь и, следовательно, существует коллективная безопасность в узком смысле. Действительно, вряд ли можно всерьез говорить даже об относительном умиротворении правового сообщества на первобытной стадии правового развития. Невозможно обоснованно утверждать, что правовое состояние обязательно есть состояние мира и что обеспечение мира есть непременно присущая праву функция, до тех пор пока нет судов, объективно устанавливающих имело ли место запрещенное применение насилия; пока всякий индивид, полагающий, что другой причинил ему вред, уполномочен применять по отношению к нему насилие в качестве санкции, т.е. в качестве реакции на это противоправное деяние пока индивид, по отношению к которому было применено насилие, уполномочен отвечать на насилие насилием, которое он может оправдать как санкцию, т.е. как реакцию на совершенное противоправное деяние; пока кровная месть существует как правовой институт, а поединок не только дозволен правом, но и регулируется им; пока только убийство свободных соплеменников (сограждан), но не чужаков и рабов, считается противоправным деянием; пока международным правом не запрещена война в отношениях между государствами. Утверждать можно лишь то, что в развитии права наблюдается указанная тенденция (к созданию "порядка мира"). Поэтому, даже если бы мир можно было считать абсолютной моральной ценностью или общей для всех позитивных моральных порядков ценностью (как мы увидим, на самом деле это не так), то и тогда обеспечение мира, умиротворение правового сообщества нельзя было бы назвать непременно присущей всем правопорядкам моральной ценностью, свойственным всякому праву "моральным минимумом".

В запрещении всякого насилия проявляется тенденция к расширению круга обстоятельств (Sachverhalte), предусмотренных правопорядком в качестве условий для актов принуждения; и это развитие идет гораздо дальше такого запрещения, поскольку акты принуждения как следствие связываются не только с насилием, но и с действиями иного характера и даже с бездействием (в определенных ситуациях). Если акт принуждения установлен правопорядком в качестве реакции на определенное, социально вредное, человеческое поведение и если цель его установления препятствовать такому поведению (индивидуальная и общая превенция), то этот акт принуждения имеет характер санкции в специфическом и узком смысле слова. А тот факт, что определенное человеческое поведение есть условие санкции в узком смысле, означает, что это поведение запрещено правом, т.е. представляет собой противоправное деяние, правонарушение. Существует корреляция между таким понятием санкции и понятием правонарушения. Санкция есть следствие правонарушения; правонарушение есть условие санкции. В первобытных правопорядках реакция санкции на правонарушение совершенно децентрализована. Она доверена индивидам, чьи интересы пострадали вследствие правонарушения. Они уполномочены установить в конкретном случае наличие состава правонарушения, предусмотренного правопорядком в общем виде, и привести в исполнение предусмотренную санкцию. Здесь действует принцип самопомощи. По мере развития эта реакция санкции на правонарушение

все более централизуется: установление состава правонарушения, а также исполнение санкции передается органам, действующим в соответствии с принципом разделения труда, – судам и ведомствам по исполнению наказания. Применимость принципа самопомощи по возможности ограничивается, но он не может быть исключен полностью. Даже в современном государстве, где централизация реакции санкция на противоправное деяние достигает наиболее высокой степени, все же сохраняется минимум самопомощи. Речь идет о необходимой обороне. Однако при современных, в высшей степени централизованных правопорядках сохраняются также и другие, почти не замечаемые правовой теорией случаи, когда применение физического принуждения не передается специальным органам, но предоставляется, пусть в ограниченных пределах, непосредственно заинтересованным лицам. Так, даже современные правопорядки предоставляют родителям право наказания при воспитании детей. Это право ограничено: наказание не должно вредить здоровью детей и переходить в жестокое обращение. Однако право решать, какое именно поведение ребенка обуславливает телесное наказание – т.е. какое поведение нежелательно с педагогической (а значит, и с социальной) точки зрения предоставляется родителям, а они могут передать это право профессиональным педагогам.

Акты принуждения, не имеющие характера санкций

Постепенно, особенно в ходе развития от судебного государства к административному (ср. §41 в), расширяется круг фактических составов, обуславливающих /акты принуждения: теперь сюда относятся не только социально нежелательные действия или бездействие, но также и явления, не имеющие характера противоправных деяний. Прежде всего это касается норм, уполномочивающих определенный орган сообщества, называемый полицией лишать свободы индивидов, подозреваемых в совершении правонарушений, чтобы провести судебное разбирательство, которое должно установить, действительно ли они совершили правонарушение, в котором подозреваются. Здесь условием лишения свободы является не определенное поведение индивида, но подозрение в таком поведении. Полицейские органы могут быть уполномочены правопорядком лишать свободы индивидов, чтобы оградить их от угрожающих им противоправных нападений. Современные правопорядки предписывают принудительное помещение в специальные заведения душевнобольных, представляющих опасность для общества, а также госпитализацию заразных больных. Сюда же относится принудительная экспроприация в публичных интересах; принудительное уничтожение домашних животных, «страдающих заразными болезнями, принудительное разрушение зданий, если есть опасность, что они могут рухнуть сами, а также чтобы воспрепятствовать распространению пожара. Правопорядки тоталитарных государств уполномочивают правительства заключать в концентрационные лагеря лиц с нежелательным образом мыслей или представителей нежелательных вероисповеданий и рас, принуждать их к выполнению любой работы и даже уничтожать. Подобные меры можно самым суровым образом осуждать с точки зрения нравственности, но их нельзя считать стоящими за пределами правопорядка этих государств. По своему внешнему проявлению всё эти акты составляют точно такое же принудительное лишение жизни, свободы и собственности, что и санкции смертной казни, тюремного заключения или принудительного взыскания (Zivilexécution). Как уже отмечалось, они отличаются от этих санкций лишь тем, что не являются последствием определенного (предусмотренного правом) социально нежелательного действия или бездействия определенного человека; они не обусловлены противоправным деянием или правонарушением. Противоправное деяние или правонарушение есть определенное человеческое действие либо несовершение определенного действия, которое, будучи социально нежелательным, запрещается посредством того, что правопорядок делает его (точнее, его юридическую констатацию) условием акта принуждения. И этот акт принуждения в своем качестве санкции (в смысле последствия противоправного деяния) отличается от других установленных правопорядком актов принуждения лишь тем, что он обусловлен определенным, юридически констатированным социально нежелательным

действием или бездействием, в то время как акты принуждения, не имеющие характера санкций, обусловлены другими фактами (ср. § 29). Некоторые из этих актов принуждения могут быть истолкованы как санкции, если понимать санкцию не только как реакцию на определенное человеческое поведение, наличие которого юридически констатировано, но распространить это понятие также и на те случаи, когда акт принуждения тоже представляет собой реакцию на определенное человеческое поведение, т.е. на правонарушение, однако на такое правонарушение, совершение которого определенным индивидом еще юридически не констатировано (например, когда полиция лишает свободы лиц, подозреваемых в совершении правонарушений). Кроме того, понятие санкции может быть применено в тех случаях, когда акт принуждения выступает в качестве реакции на правонарушение, которое даже еще не было совершено, но которое может быть совершено в будущем (например, когда душевнобольных, представляющих опасность для общества, помещают в специальные заведения, а также когда лиц с нежелательным для общества образом мыслей или представителей нежелательных вероисповеданий и рас заключают в концлагеря, если это делается, чтобы воспрепятствовать социально вредным действиям, которые, как справедливо или ошибочно считает правовая власть, они могут совершить). Ясно, что тем же самым объясняется ограничение свободы, которому подвергаются граждане одного из воюющих государств, живущие на территории другого. И если расширить понятие санкции в этом направлении, то оно перестанет означать "последствие противоправного деяния". В этом широком смысле санкция не обязательно есть последствие противоправного деяния, она может ему предшествовать. Наконец, понятие санкции можно распространить на все установленные правопорядком акты принуждения, если при этом имеется в виду только то, что посредством этого акта правопорядок реагирует на социально нежелательное явление и своей реакцией указывает на нежелательность этого явления. В самом деле, это признак, общий для всех установленных правопорядком актов принуждения. При такой, самой широкой трактовке понятия "санкция", монополия правового сообщества на принуждение может быть выражена с помощью следующей альтернативы: "Принуждение одного человека другим есть либо правонарушение, либо санкция" (при этом, разумеется, санкцию следует понимать не только как реакцию на правонарушение, т.е. на определенное человеческое поведение, но также и как реакцию на другие социально нежелательные явления).

Минимум свободы

В качестве социального порядка, устанавливающего санкции, право регулирует человеческое поведение не только в положительном смысле (поскольку предписывает определенное поведение, а с противоположным связывает акт принуждения как санкцию, следовательно, запрещает его), но также и в отрицательном смысле (поскольку не связывает с определенным поведением акт принуждения, следовательно, не запрещает его и не предписывает противоположное). Поведение, не запрещенное правом, позволено правом в этом отрицательном смысле. Поскольку определенное человеческое поведение всегда либо запрещено, либо не запрещено, и поскольку незапрещенное поведение следует считать дозволенным, то можно сказать, что всякое поведение подчиненного правопорядку человека регулируется этим правопорядком в положительном или отрицательном смысле. Раз поведение некоторого человека позволено в отрицательном смысле, так как оно не запрещено правопорядком, то этот человек в правовом отношении свободен.

Свободу, которую правопорядок лишь негативно оставляет человеку, не запрещая ему определенное поведение, следует отличать от той свободы, которую правопорядок положительно гарантирует человеку. Свобода человека, которая заключается в том, что ему позволено определенное поведение, потому что оно не запрещено, гарантируется правопорядком лишь в той мере, в какой он предписывает другим людям уважать эту свободу, запрещает им вмешиваться в эту сферу свободы, т.е. запрещает такое поведение, которое мешает другому делать то, что ему не запрещено и в этом смысле позволено. Лишь тогда незапрещенное (и в этом отрицательном смысле дозволенное) поведение может

считаться правомочным, т.е. содержанием правомочия, которое представляет собой отражение соответствующей ему обязанности (ср. § 29а). Однако не всякое позвольное (в отрицательном смысле незапрещенности) поведение гарантируется посредством запрета на препятствующее ему противоположное поведение, не всякому таким образом позвольному поведению одного человека отвечает обязанность других. Бывает, что определенное поведение одного человека не запрещено правопорядком и этом смысле позволено, но и противоположное поведение другого человека тоже не запрещено, следовательно, тоже позволено. Поведение одного человека может быть не запрещено потому, что оно не имеет отношения к другим людям или же никак им не вредит. Но запрещается даже и не всякое поведение, причиняющее другим вред. Так, например, домовладельцу может быть не запрещено сделать вентиляционное отверстие в стене дома, находящейся непосредственно на границе его участка. Но точно так же его соседу может быть не запрещено построить дом, одна стена которого непосредственно примыкает к стене с вентиляционным отверстием, так что пользоваться вентилятором становится невозможно. При этом одному позволено препятствовать другому делать то, что тому позволено, а именно подавать воздух в одну из комнат своего дома при помощи вентилятора. Если же не запрещено (и в этом смысле позволено) поведение одного индивида, противоположное незапрещенному (ив этом смысле позвольному) поведению другого индивида, то в этом случае может возникнуть конфликт, против которого у правопорядка нет никаких мер. Правопорядок не пытается предотвратить этот конфликт (так, как од предотвращает другие конфликты), запрещая одному индивиду действовать в ущерб интересам другого. Да правопорядок и не может пытаться предотвратить все возможные конфликты. Но вот одно запрещают практически все современные правопорядки: силой препятствовать человеку делать то, что ему не запрещено. Ведь применение силы, т.е. осуществление акта принуждения, запрещено вообще всем, за исключением определенных людей, которым это положительно позволено и которые на то уполномочены.

Вследствие того, что правопорядок, как и всякий нормативный социальный порядок, может предписывать лишь определенные действия или воздержание от них, правопорядок не может ограничить свободу человека во всей полноте его внешнего и внутреннего поведения его поступки, мысли, желания и чувства. Правопорядок может ограничивать свободу человека в большей или меньшей степени, больше или меньше ему предписывая. Но всегда сохраняется минимум свободы, т.е. независимая от права область человеческого существования, где нет ни запретов, ни предписаний. Даже при самых тоталитарных правопорядках существует своего рода неотчуждаемая свобода: это не врожденное, естественное право человека, но следствие того, что возможности позитивно регулировать человеческое поведение технически ограничены. Однако, как «отмечалось, считать, что эта сфера свободы гарантируется правом, можно лишь в той мере, в какой ; -правопорядок запрещает в нее вмешиваться. В этом отношении особенно важное политическое значение имеют так называемые "конституционно гарантированные свободы" Они обеспечиваются с помощью положений конституции, ограничивающих компетенцию законодательного органа в том смысле, что од либо вообще не уполномочен, либо уполномочен лишь при наличии особых условий устанавливать нормы, предписывающие или запрещающие человеку определенную религиозную практику, выражение определенного рода мнений и т.п. типы поведения (ср. § 29),

в) Право как нормативный принудительный порядок. Правовое сообщество и "разбойничья банда"

Характеризуя право как принудительный порядок, иногда говорят, что оно предписывает определенное доведение "под угрозой" актов принуждения, т.е. причинения зла, например лишения жизни, свободы, собственности и т.п. Но эта формулировка не учитывает тот нормативный смысл, которым правопорядок наделяет акты принуждения вообще и санкции в особенности. Смысл угрозы состоит в том, что при определенных

условиях будет причинено зло; смысл правопорядка состоит в том, что при известных условиях должно быть причинено известное зло, или — если сформулировать это в более общем виде — что при определенных условиях должны быть осуществлены определенные акты принуждения. Это не только субъективный смысл актов, посредством которых устанавливается право, но также и их объективный смысл. Именно потому, что таков их объективный смысл, за ними признается характер право-устанавливающих, нормотворческих и нормо-исполняющих актов. Действие уличного грабителя¹⁰, под угрозой причинения зла приказывающего отдать ему деньги, тоже имеет, как уже отмечалось, субъективный смысл долженствования. Если мы опишем ситуацию, возникшую в результате подобного приказания, сказав, что один человек выражает свою волю, направленную на поведение другого, мы тем самым Охарактеризуем лишь действие первого как фактически происходящее, сущее событие. А поведение второго человека, на которое направлен акт воли первого, не может быть описано как сущее событие, так как этот второй пока еще не ведет себя (а быть может, и вообще не будет себя вести) так, как хочет первый. Он лишь должен — согласно воле первого — так себя вести. Его поведение не может быть описано как сущее, оно может быть описано лишь как должное в соответствии с субъективным смыслом акта приказания. Именно так следует описывать всякую ситуацию, в которой один человек выражает волю, направленную на поведение другого. С этой точки зрения (т.е. поскольку речь идет лишь о субъективном смысле рассматриваемых актов) нет никакой разницы между описанием приказания уличного грабителя и описанием приказания правового органа. Разница обнаруживается, лишь когда мы описываем не субъективный, но объективный смысл приказания, которое один человек адресует другому. Тогда объективным смыслом обязывающей адресата нормы мы наделяем только приказание правового органа, но не приказание грабителя. Иными словами, как объективно действительную норму мы истолковываем приказание правового органа, но не грабителя. При этом связь между невыполнением приказания и актом принуждения в первом случае мы истолковываем как простую "угрозу" (т.е. утверждение о том, что зло будет причинено), в то время как во втором случае мы толкуем эту связь в том смысле, что зло должно быть причинено. Поэтому во втором случае мы истолкуем фактическое причинение зла как применение объективно действительной нормы, устанавливающей акт принуждения, а в первом случае если вообще идет речь о нормативной интерпретации как правонарушение.

Но почему в одном случае мы считаем субъективный смысл акта также и его объективным смыслом, а в другом случае нет? Для беспредпосылочного рассмотрения правоустанавливающие акты тоже имеют лишь субъективный смысл долженствования. Почему же мы полагаем, что из двух актов, имеющих субъективный смысл долженствования, только один объективно создает действительную, т.е. обязывающую норму? Иначе говоря, в чем основание действительности нормы, которую мы считаем объективным смыслом этого акта? Вот решающий вопрос.

Анализ суждений, в которых мы истолковываем акты как правовые (т.е. как акты, объективный смысл которых составляют нормы), дает нам ответ и на этот вопрос; этот анализ обнаруживает допущение, делающее это истолкование возможным.

Начнем с упоминавшегося выше случая, когда умерщвление одного человека другим мы истолковываем как исполнение смертного приговора, а не как умышленное убийство. Это истолкование основано на том, что мы признаем акт умерщвления исполнением решения суда, назначившего его в качестве наказания} иначе говоря, мы придаем акту суда объективный смысл индивидуальной нормы и таким образом истолковываем осуществляющих этот акт людей как суд. Мы делаем это потому, что признаем акт суда осуществлением закона (т.е. общей нормы, устанавливающей акты принуждения), в котором мы видим не только субъективный, но и объективный смысл акта, совершенного определенными людьми, вследствие чего мы и считаем их законодательным органом, А это

¹⁰ *Проблему различия между государством как правовым сообществом и "разбойничьей бандой" рассматривает бл. Августин (Civitas Dei, IV, 4)*

мы делаем потому, что считаем акт издания закона осуществлением конституции, т.е. совокупности общих норм, которые в соответствии со своим субъективным смыслом уполномочивают именно этих людей устанавливать общие нормы, предписывающие акты принуждения. Таким образом, мы истолковываем этих людей как законодательный орган. Рассматривая совокупность уполномочивающих законодательный орган норм не только как субъективный, но и как объективный смысл акта, осуществленного определенными людьми, мы истолковываем эту совокупность норм как конституций. Для исторически первой конституции это возможно лишь в том случае, если мы исходим из допущения о том, что дóлжно вести себя в соответствии с субъективным смыслом этого акта, что дóлжно осуществлять акты принуждения при таких условиях и таким образом, как это предусматривают нормы, истолковываемые как конституция. Иначе говоря, если мы допускаем существование нормы, согласно которой акт, толкуемый как создание конституции, должен рассматриваться как акт, устанавливающий объективно действительные нормы, а люди, осуществляющие этот акт, – как власть, издающая конституцию. Как будет подробнее показано в дальнейшем (ср. § 34), эта норма есть основная норма государственного правопорядка. Она не установлена позитивным правовым актом, но – как свидетельствует анализ наших юридических суждений – представляет собой допущение, необходимое в том случае, если рассматриваемый акт истолковывается как акт создания конституции, а акты, основанные на этой конституции, как правовые акты. Важнейшая задача правопорядка – выявить это допущение. В этом допущении заключается последнее (но по своей природе обусловленное и в этом Смысле гипотетическое) основание действительности правопорядка.

Здесь мы имеем в виду только государственный или национальный правопорядок, т.е. правопорядок, территориальная сфера действительности которого ограничена пределами определенного пространства – государственной территорией. Основание действительности международно-правового порядка, территориальная сфера действительности которого не ограничена таким образом, а также соотношение международно-правового порядка и государственных правопорядков мы пока не будем рассматривать (ср. § 34 з-к, § 43 г).

Ранее уже указывалось, что действительность нормы (т.е. что должно вести себя так, как предписывает норма) не следует смешивать с действительностью нормы (т.е. с тем фактом, что люди в самом деле так себя ведут), но что между этими двумя понятиями имеется существенная связь: принудительный порядок, считающий себя правом, может быть признан действительным лишь в том случае, если в общем и целом он действителен. Иначе говоря, основная норма, представляющая собой основание действительности правопорядка, соотносится лишь с такой конституцией, которая есть основа действительного принудительного порядка. Только если фактическое поведение людей в общем и целом соответствует субъективному смыслу направленных на него актов, то их субъективный смысл признается также их объективным смыслом и эти акты истолковываются как правовые.

Теперь мы можем ответить на вопросы о том, почему приказание грабителя, сопровождаемое угрозой смерти, мы не наделяем объективным смыслом обязывающей адресата (т.е. действительной) нормы; почему мы не истолковываем этот акт как правовой; почему осуществление угрозы мы истолковываем как правонарушение, а не как исполнение санкции.

Прежде всего, изолированный акт отдельного индивида вообще нельзя считать правовым актом, а его смысл нельзя считать правовой нормой хотя бы потому, что, как уже говорилось, право есть не отдельная норма, но система норм, социальный порядок, и частная норма может считаться правовой нормой лишь в том случае, если она принадлежит к такому порядку. Следовательно, сравнение с правопорядком уместно только в случае систематической деятельности организованной банды, делающей опасным определенный район, так как члены банды под угрозой причинения зла заставляют местных жителей отдавать им деньги и другие ценности. Тогда следует различать порядок, регулирующий поведение членов банды по отношению друг к другу, и внешний порядок, т.е. приказания,

которые члены или органы банды под угрозой причинения зла отдают посторонним. Ведь только по отношению к посторонним группа действует как банда грабителей. Если бы грабеж и убийство не были запрещены в отношениях между грабителями, не существовало бы вообще никакого сообщества, никакой банды грабителей. Но и внутренний порядок банды может вступать в конфликт с квалифицируемым как правопорядок принудительным порядком, в территориальной сфере действительности которого протекает деятельность банды. Если принудительный порядок, конституирующий это сообщество и включающий внешний и внутренний порядок, не истолковывается как правопорядок, если его субъективный смысл (т.е. что должно вести себя в соответствии с ним) не истолковывается как его объективный смысл, то это происходит потому, что отсутствует допущение основной нормы, согласно которой должно вести себя в соответствии с этим порядком, т.е. что принуждения должно осуществляться согласно условиям и способам, которые предусмотрены этим порядком. Но – и это решающий вопрос – почему же здесь отсутствует допущение такой основной нормы? Оно отсутствует потому, что (а точнее – если) у порядка нет длительной действительности, без которой не мыслится основная норма, соотносящаяся с этим порядком и обосновывающая его объективную действительность. А у него, конечно, нет этой действительности, если к деятельности банды как к противоправному поведению применяются предусматривающие санкции нормы правопорядка, в территориальной сфере действительности которого находится эта банда, члены банды лишаются свободы и даже жизни посредством актов принуждения, которые истолковываются как наказание в виде лишения свободы и смертной казни, и таким образом «прекращается деятельность банды. Все это происходит, если принудительный порядок, который считается правопорядком, оказывается действеннее, чем тот принудительный порядок, на котором основана банда грабителей.

Если территориальная сфера действительности этого принудительного порядка ограничена определенной областью и если в пределах этой области он оказывается действенным настолько, что действительность всякого другого принудительного порядка исключается, то его вполне можно считать правопорядком, а созданное им сообщество «государством», даже если его внешняя деятельность с точки зрения международного права имеет преступный характер. Так, с XVI до начала XIX в. на северо-западном побережье Африки существовали так называемые "пиратские государства" (Алжир, Тунис, Триполи), корабли которых занимались пиратством на Средиземном море. Эти сообщества назывались "пиратскими" лишь в том смысле, что они нарушали международное право, нападая на корабли других стран. А их внутренний порядок, конечно, запрещал взаимное применение силы, и этот запрет был достаточно действенным, чтобы обеспечить тот минимум коллективной безопасности, который составляет условие относительно длительной действительности порядка, конституирующего сообщество.

Коллективная безопасность, или мир, есть, как уже говорилось, функций, в той или иной степени присущая всем принудительным порядкам, обозначаемым словом «право», на определенном этапе их развития. Эта функция есть факт, который может быть объективно установлен. Утверждение правопорядка о том, что некий правопорядок умиротворяет конституируемое им правовое сообщество, не есть оценочное суждение. В особенности такое утверждение не означает признания некоей ценности справедливости (*Gerechtigkeitswert*); эта ценность отнюдь не становится элементом понятия права и потому не может служить критерием, позволяющим отличить правовое сообщество от банды грабителей (в противоположность теологии Августина). В "*Civitas Dei*", где он ставит вопрос об этом отличии, Августин говорит: "Что такое царства без справедливости, как не большие разбойничьи банды? И сами разбойничьи банды что такое, как не маленькие царства?" (IV, 4). Государство, которое, по мнению Августина, тождественно правовому сообществу, не может существовать без справедливости. Ведь "права не может быть там, где нет истинной справедливости. Ибо, что бывает по праву, то непременно бывает справедливо. А что делается несправедливо, то не может делаться по праву". Но что же такое, по Августину,

справедливость? "Справедливость есть добродетель, которая дает каждому свое. Но разве по справедливости поступает тот, кто отнимает человека у истинного Бога и подчиняет его нечистым демонам? Разве это значит "каждому свое"? Или разве по справедливости поступает тот, кто отнимает землю у купившего ее и отдает ее тому, кто не имеет на нее права? И разве по справедливости поступает тот, кто отнимает себя самого у сотворившего его Господа и служит злым демонам?" (XIX, 21).

Согласно воззрению, лежащему в основе этого рассуждения, право есть справедливый принудительный порядок и, следовательно, отличается от принудительного порядка "разбойничьей банды" справедливостью своего содержания.

То, что справедливость не может быть признаком, отличающим право от других принудительных порядков, следует из относительности оценочного суждения, согласно которому некоторый социальный порядок справедлив. Поскольку Августин признает справедливым лишь тот порядок, который воздает каждому свое, и применяет эту бессодержательную формулу таким образом, что справедливым признается лишь тот порядок, который воздает должное (т.е. выражающееся в культе поклонение) истинному Богу – для Августина это иудео-христианский Бог, но никак не римские боги, – то, следовательно, порядок, не удовлетворяющий этому требованию, не может быть правом, а основанное им сообщество не может быть государством, но лишь «разбойничьей бандой». Таким образом, римскому праву отказывается в правовом характере. Если считать справедливость отличительным признаком нормативного порядка, называемого правом, тогда принудительные порядки капиталистических стран Запада не есть право с точки зрения коммунистического идеала справедливости и наоборот: коммунистический принудительный порядок в СССР не есть право с точки зрения капиталистического идеала справедливости. Понятие права, из которого выводится такое следствие, неприемлемо для позитивистской науки о праве. Некоторый правопорядок может считаться несправедливым с точки зрения определенной нормы справедливости (*Gerechtigkeitsnorm*). Однако тот факт, что содержание действенного принудительного порядка может быть расценено как несправедливое, еще вовсе не основание для того, чтобы не признавать этот принудительный порядок правопорядком. В конце XVIII в. после победы Французской революции и в начале XX в. после победы русской революции другие государства обнаружили явное нежелание истолковывать принудительные порядки, установленные в результате революций, как правопорядки, а акты революционных правительств — как правовые акты, потому что во Франции был нарушен принцип монархической легитимности, а в России — отменена частная собственность на средства производства. По этой причине суды США отказались признать акты русского революционного правительства правовыми, заявив, что это акты не государства, но банды гангстеров. Однако, когда установившиеся в результате революций принудительные порядки обнаружили свою длительную действенность, они были признаны правопорядками, власти основанных ими сообществ – государственными властями, а их акты – государственными, и, значит, правовыми актами.

г) Возможны ли правовые обязанности без санкций

Если понимать право как принудительный порядок, тогда основная норма государственного правопорядка формулируется следующим образом: "Принуждение одного человека другим должно осуществляться таким образом и при таких условиях, как это было предусмотрено исторически первой конституцией". Основная норма делегирует исторически первой конституции определение процедуры, посредством которой должны быть установлены нормы, предусматривающие акты принуждения. Чтобы быть объективно истолкованной в качестве правовой нормы, норма должна быть субъективным смыслом акта, осуществленного согласно процедуре, предусмотренной основной нормой; кроме того, она должна предусматривать акт принуждения либо быть тесно связанной с подобной нормой. Вместе с основной нормой постулируется (*vorausgesetzt*) и содержащееся в ней определение права как принудительного порядка. (Однако основная норма не тождественна

содержащемуся в ней определению. Она ведь норма, а не понятие. О соотношении нормы и понятия см. § 4 д.) Из определения права, постулируемого вместе с основной нормой, следует, что поведение лишь тогда может считаться предписанным правом (т.е. содержанием правовой обязанности), если противоположное поведение обуславливает акт принуждения, направленный на человека, который ведет себя таким образом (или на его близких). Но при этом следует иметь в виду, что сам акт принуждения не обязательно должен быть предписан в этом смысле: его назначение и исполнение могут быть только уполномочены.

Однако против определения права как принудительного порядка, т.е. против включения в понятие права элемента принуждения, высказываются следующие возражения: наличные правопорядки содержат нормы, не предусматривающие актов принуждения, — нормы, позволяющие или же уполномочивающие некоторое поведение; кроме того, существуют нормы, предписывающие некоторое поведение, обязывающие индивида вести себя определенным образом, однако не связывающие противоположное поведение с актом принуждения; в особенности указывается на то, что неприменение норм, предусматривающих акты принуждения, часто не обуславливает акты принуждения, функционирующие в качестве санкций.

Последнее возражение не относится к делу, так как определение права как принудительного порядка остается в силе, даже если норма, предусматривающая акт принуждения, сама не соотносится непосредственно с нормой, связывающей неназначение или неисполнение акта принуждения в конкретном случае с санкцией, — если, таким образом, акт принуждения, установленный общей нормой, должен быть истолкован юридически (т.е. объективно) не как предписанный, но как уполномоченный или положительно позволенный (пусть даже субъективный смысл акта, которым общая норма устанавливает акт принуждения, есть предписывание). Определение права как принудительного порядка может оставаться в силе и тогда, когда речь идет о нормах, уполномочивающих поведение, не имеющее характера акта принуждения, или о нормах, положительно позволяющих такое поведение, поскольку это несамостоятельные нормы, так как они находятся в тесной связи с нормами, устанавливающими акты принуждения. Типичный пример такого рода норм, приводимый в качестве аргумента против включения в определение права элемента принуждения, представляют собой нормы конституционного права. При этом указывается, что нормы конституции, регулирующие законодательный процесс, не устанавливают санкции за их несоблюдение. Однако при ближайшем рассмотрении обнаруживается, что это несамостоятельные нормы, определяющие только одно из условий, при которых должны быть назначены и исполнены акты принуждения, установленные другими нормами (ср. § 6д). Эти нормы уполномочивают законодательный орган создавать нормы, но не предписывают создание норм, и потому здесь вообще нет речи о санкциях. Если же установления конституции не соблюдаются, то никакие действительные правовые нормы не могут быть созданы, а созданные в обход этих установлений нормы недействительны либо могут быть объявлены недействительными; иначе говоря, субъективный смысл актов, совершенных неконституционно и, следовательно, не соответствующих основной норме, не истолковывается как их объективный смысл или это временное истолкование затем отменяется (ср. § 35к).

Пожалуй, наиболее важный случай, где традиционная юриспруденция видит норму, устанавливающую правовую обязанность, хотя и не предусматривающую санкций, это случай так называемого "натурального обязательства" (Naturalobligation). Оно определяется как обязанность выполнить обязательство, исполнение которого не может быть потребовано иском путем, а неисполнение не обуславливает принудительного взыскания. А тот факт, что тем не менее говорят о правовой обязанности нечто предоставить, объясняется главным образом тем, что предоставленное (во исполнение натурального обязательства) не может быть потребовано обратно, поскольку это нельзя рассматривать как случай неосновательного обогащения. Но это означает лишь следующее: действительна общая норма, устанавливающая, что если лицо, в чьих интересах совершено действие (Leistung), субъект

которого не был юридически обязан совершать его, не возвращает предоставленное ему в результате этого действия (das Geleistete) , то на его имущество по иску должно быть обращено принудительное взыскание, а также, что действительность этой нормы, устанавливающей акт принуждения, ограничена некоторыми определенными правопорядком случаями. Таким образом, эту ситуацию можно представить просто как ограничение действительности устанавливающей санкцию нормы, не прибегая к допущению о норме, не предусматривающей санкцию, но устанавливающей правовую обязанность.

Конечно, законодатель вполне может – по процедуре, соответствующей основной норме, – осуществить акт, субъективный смысл которого есть норма, предписывающая определенное человеческое поведение, и при этом не осуществлять акт, субъективный смысл которого есть норма, предусматривающая в случае противоположного поведения акт принуждения как санкцию; причем – в отличие от случая с натуральным обязательством – эту ситуацию нельзя описать и как ограничение действительности нормы, устанавливающей акт принуждения. И тогда, если постулируемая основная норма сформулирована как норма, устанавливающая акты принуждения, то субъективный смысл рассматриваемого акта не может быть истолкован как его объективный смысл, а норма, представляющая собой его субъективный смысл, – как правовая норма: с точки зрения права их следует считать иррелевантными. Но есть и другие основания считать юридически иррелевантным некий акт, осуществленный по процедуре, соответствующий основной норме. Ведь субъективный смысл такого акта может вовсе не быть нормой, предписывающей, позволяющей или уполномочивающей определенное человеческое поведение. Закон, принятый в полном соответствии с конституцией, может иметь содержание, которое представляет собой отнюдь не норму, но выражение религиозной или политической теории: например, утверждение о том, что право исходит от Бога, что закон справедлив либо выражает интересы всего народа. Народ может принести поздравления главе государства по случаю годовщины его прихода к власти в форме закона, принятого в соответствии с конституцией, просто чтобы придать этим поздравлениям более торжественный характер. Поскольку акты, совершенные в соответствии с конституцией, суть словесные акты (они выражаются в словах; то они могут иметь какой угодно смысл, т.е. их содержанием совсем не обязательно должны быть только нормы. Раз право вообще определяется как норма, правоведение не может обойтись без понятия юридически иррелевантного содержания.

Ввиду того, что право само регулирует процедуру, посредством которой оно создается, можно было бы различать правовую форму (регулируемую правом процедуру) и правовое содержание (содержание, созданное посредством этой процедуры) и говорить о юридически иррелевантном правовом содержании. В традиционной юриспруденции эта идея в какой-то степени выражена в различении закона в формальном и материальном смысле. Это различие учитывает, что в форме закона могут выражаться не только общие нормы, регулирующие человеческое поведение, но также и решения административного органа, например, предоставление гражданства определенному лицу, или утверждение государственного бюджета, или даже судебные приговоры в особых случаях, когда законодательный орган выступает в качестве суда. Неправильнее было бы говорить о свойственной закону форме (Gesetzesform) и свойственном закону содержании (Gesetzesinhalt), а не о законе в формальном и материальном смысле. Однако эти термины ("правовая форма" и "правовое содержание") неточны и даже двусмысленны, так как для того чтобы акт был объективно истолкован как правовой акт, он должен не только быть осуществлен по определенной процедуре, но также должен , иметь определенный субъективный смысл. Какой именно смысл зависит от определения права, которое постулируется вместе с основной нормой. Если бы право определялось не как принудительный порядок, но только как порядок, установленный в соответствии с основной нормой, и, следовательно, основная норма формулировалась бы следующим образом: "При условиях, предусмотренных исторически первой конституцией, должно вести себя так, как

предусматривает исторически первая конституция”, тогда могли бы существовать правовые нормы без санкций, т.е. правовые нормы, предписывающие определенное поведение при определенных условиях и не предполагающие существования других норм, устанавливающих санкции в случае неисполнения этих первых норм. Тогда субъективный смысл осуществленного в соответствии с основной нормой акта, который не есть норма и не может быть соотнесен ни с какой нормой, был бы с точки зрения права иррелевантным. Тогда норма, установленная законодателем в соответствии с конституцией и предписывающая определенное человеческое поведение, не связывая противоположное с актом принуждения в качестве санкции, отличалась бы от моральной нормы только своим происхождением, а правовая норма, созданная на основании обычая, вообще не отличалась бы от моральной нормы, тоже основанной на обычае. Если обычай признан конституцией в качестве нормотворческого фактора, то все моральные нормы, созданные обычаем, составляют часть правопорядка.

Отсюда следует, что определение права, не признающее его принудительным порядком, должно быть отвергнуто. Прежде всего потому, что только включение в определение права элемента принуждения дает четкий критерий, позволяющий выделить право среди других социальных порядков, так как принуждение – это фактор, чрезвычайно важный для познания социальных отношений и весьма характерный для социальных порядков, обозначаемых словом "право"; но в особенности потому, что включение в определение права элемента принуждения учитывает связь между правом и государством, которая существует в важнейшем для правопознания случае — в случае права современного государства. Ведь государство есть прежде всего (*wesentlich*) принудительный порядок, причем централизованный принудительный порядок с ограниченной территориальной сферой действительности (ср. § 41 а).

Нормы, представляющие собой субъективный смысл законодательных актов и предписывающие определенное поведение, не связывая противоположное с актом принуждения как с санкцией, встречаются в современных правопорядках крайне редко. Но если социальные порядки, обозначаемые словом "право", действительно содержали бы значительное число предписывающих норм, не связанных существенным образом с нормами, устанавливающими акты принуждения в качестве санкций, тогда можно было бы оспорить уместность определения права как принудительного порядка. И если бы из существующих социальных порядков, обозначаемых термином "право", когда-нибудь исчез элемент принуждения (в результате отмены частной собственности на средства производства, как это предсказывает Маркс социализм, то существенным образом изменился бы сам характер этих социальных порядков. Они утратили бы свой правовой характер (в смысле принятого здесь определения права), а конституируемые ими сообщества утратили бы государственный характер. Пользуясь терминологией Маркса, можно сказать, что тогда "отмерло" бы государство, а вместе с государством – и право.

д) Несамостоятельные правовые нормы

По другому поводу уже указывалось, что если одна норма предписывает определенное поведение, а другая устанавливает санкции в случае ее неисполнения, то эти две нормы находятся в существенной связи. Это особенно верно, если нормативный порядок – как, например, правопорядок – предписывает определенное поведение именно посредством того, что связывает с противоположным поведением акт принуждения как санкцию, так что поведение может считаться предписанным в смысле этого порядка (в случае правопорядка — юридически предписанным) лишь в той мере, в какой противоположное поведение обуславливает санкцию. Например, если принятый парламентом закон содержит норму, которая предписывает определенное поведение, и другую норму, которая связывает ее неисполнение с санкцией, то первая норма не самостоятельна, но находится в существенной связи со второй: она лишь отрицательно определяет условие, с которым вторая норма связывает санкцию; и если вторая положительно определяет условие, с которым она

связывает санкцию, то первая норма с точки зрения законодательной техники избыточна. Если, например, гражданский кодекс содержит норму, согласно которой должник обязан вернуть кредитору полученную ссуду в соответствии с договором, а также норму, согласно которой к должнику, не вернувшему кредитору полученную ссуду в соответствии с договором, по иску кредитора должна быть применена гражданско-правовая санкция имущественного характера, то все, что предписывает первая норма, отрицательно в качестве условия – содержится во второй. Современные уголовные кодексы, в отличие от Десяти заповедей, обычно не содержат нормы, запрещающие убийство, прелюбодеяние и другие преступления, они ограничиваются тем, что связывают с определенными фактическими составами уголовно—правовые санкции. При этом ясно видно, что норма "не убивай" избыточна, если действительна норма "тот, кто убивает, должен быть наказан"; видно также и то, что правопорядок запрещает определенное поведение, именно связывая с ним санкцию, или предписывает определенное поведение, связывая санкцию с противоположным. Несамостоятельны также и те правовые нормы, которые положительно позволяют определенное поведение. Ведь они лишь ограничивают сферу действительности правовой нормы, которая запрещает это поведение, связывая с ним санкцию. Мы уже говорили о норме, разрешающей применение силы в случае необходимой обороны. Связь между подобными нормами особенно наглядно проявляется в Уставе ООН: ст.2 § 4 запрещает всем членам применять силу, и применение силы обуславливает санкции, установленные ст.39, а ст. 51 разрешает применение силы в качестве индивидуальной или коллективной самообороны, тем самым ограничивая общий запрет ст. 2 § 4. Названные статьи образуют единство. В Уставе ООН вполне могла бы быть одна-единственная статья, которая запрещала бы всем членам применение силы, если речь не идет о коллективной или индивидуальной самообороне, связывая с ограниченным таким образом применением силы санкцию. Еще один пример. Одна норма запрещает продажу алкогольных напитков, т.е. связывает с ней наказание; но этот запрет ограничивается другой нормой, согласно которой продажа алкогольных напитков при наличии официального позволения не запрещается, т.е. не обуславливает наказания. Вторая норма, ограничивающая сферу действительности первой, несамостоятельна. Она имеет смысл лишь при наличии первой. Они образуют единство. Их содержание можно было бы выразить в одной норме: если кто-либо продает алкогольные напитки, не имея официального позволения должен быть наказан. Функция чисто отрицательного позволения, которое состоит в том, что правопорядок не запрещает определенное поведение, здесь не рассматривается, потому что такое позволение не исходит от положительной нормы.

Правовая норма может не только ограничивать сферу действительности, но и вообще отменять действительность другой нормы. Эти упраздняющие (*derogierende*) нормы тоже несамостоятельны и могут быть осмыслены лишь в сочетании с другими, устанавливающими акты принуждения нормами. Несамостоятельны также и нормы, уполномочивающие определенное поведение, если "уполномочивать" значит "предоставлять индивиду правовую власть, т.е. власть создавать правовые нормы". Ведь они определяют лишь одно из условий, с которыми самостоятельная норма связывает акт принуждения. К этим нормам, уполномочивающим создание общих норм, относятся: нормы конституции, регулирующие законодательную деятельность или объявляющие обычай нормотворческим фактором; нормы, регулирующие судопроизводство и порядок производства дел, подлежащих ведению административных учреждений, где общие нормы, созданные законом или обычаем, применяются уполномоченными на то органами судебной и исполнительной власти посредством индивидуальных норм, создаваемых этими органами. Поясним это на примере. Рассмотрим случай, когда в некотором государственном правопорядке воровство запрещено законом под страхом тюремного заключения. Условие предусмотренного наказания составляет отнюдь не только тот факт, что некий человек совершил кражу. Факт кражи должен быть установлен судом, уполномоченным на это нормами правопорядка, по предусмотренной этими нормами процедуре; этот суд должен назначить наказание,

предусмотренное законом или правовым обычаем, которое должно быть приведено в исполнение другим органом. Суд уполномочен назначить вору наказание по определенной процедуре, только если посредством конституционной (verfassungsmässig) процедуры была создана общая норма, связывающая с воровством определенное наказание. Норма конституции, уполномочивающая создание этой общей нормы, определяет одно из условий, с которым связана санкция. Эту ситуацию описывает следующее правовое высказывание: "Если уполномоченные для законодательной деятельности лица установили общую норму, согласно которой совершивший кражу должен быть наказан определенным образом, и если уполномоченный уголовно—процессуальным кодексом суд по установленной этим кодексом процедуре констатировал, что некоторое лицо совершило кражу, и если этот суд назначил предусмотренное законом наказание, то определенный орган должен привести в исполнение это наказание". Такая формулировка описывающего право правового высказывания показывает, что нормы конституции, которые уполномочивают создание общих норм, регулируя организацию и процедуру законодательной деятельности, и нормы уголовно—процессуального кодекса, которые уполномочивают создание индивидуальных норм (т.е. приговоров), регулируя организацию и процедуру уголовного суда, – все эти нормы несамостоятельны, так как они лишь определяют условия, при которых должны приводиться в исполнение уголовно—правовые санкции. Именно так обусловлено исполнение всех предусмотренных правопорядком актов принуждения – в том числе и тех, которые назначаются не по суду, а в административном порядке, а также и тех, которые не имеют характера санкций. Соответствующее конституции создание общих норм, которые должны применяться правоприменительными органами, и соответствующее закону создание индивидуальных норм, посредством которых эти органы должны применять общие нормы, — это такие же условия акта принуждения, как и установление состава правонарушения, либо те обстоятельства, которые правовые нормы объявляют условием актов принуждения, не имеющих характера санкций. Но общая норма, которая устанавливает акт принуждения при всех этих условиях, есть самостоятельная правовая норма, даже если акт принуждения не предписан, потому что его неисполнение не обуславливает последующий акт принуждения. Если же мы говорим, что акт принуждения уполномочен, то мы употребляем глагол "уполномочивать" в (более) широком смысле. При этом он означает не только предоставление правовой власти, т.е. способности создавать правовые нормы, но также и предоставление способности осуществлять акты принуждения, предусмотренные правовыми нормами. Эту способность можно назвать правовой властью (Rechtsmacht) в широком смысле слова.

Наконец, к несамостоятельным нормам относятся также и те, что уточняют смысл других норм, определяя понятия, используемые в формулировке других норм, либо каким—либо другим способом аутентично интерпретируя эти нормы. Например, уголовный кодекс может содержать такую статью: "Умышленное убийство (Mord) есть всякое действие, посредством которого один человек преднамеренно причиняет смерть другому". Эта статья представляет собой определение умышленного убийства и имеет нормативный характер лишь в сочетании с другой статьей, которая (к примеру) определяет: "Если человек совершил умышленное убийство, уполномоченный на это суд должен назначить ему смертную казнь. А эта статья в свою очередь неразрывно связана с третьей, которая предписывает: "Смертная казнь должна приводиться в исполнение через повешение".

Из сказанного следует, что правопорядок может быть назван принудительным порядком, хотя и не все его нормы устанавливают акты принуждения: ведь нормы, которые сами не устанавливают акт принуждения и, значит, не предписывают, но уполномочивают создание норм или положительно позволяют определенное поведение, несамостоятельны, так как они имеют смысл (gelten) лишь в сочетании с другими нормами, которые устанавливают акты принуждения. Однако определенное поведение предписывают не все нормы, предусматривающие акт принуждения, но лишь те из них, которые устанавливают акт принуждения как реакцию на определенное поведение, т.е. как санкцию, предписывая

тем самым противоположное поведение. Вот еще одна причина (ср. § 4 г), по которой право имеет не только предписывающий, или императивный, характер. Поскольку правопорядок есть принудительный (в указанном смысле) порядок, то его можно описать с помощью высказываний, согласно которым при определенных (т.е. определенных правопорядком) условиях должны быть осуществлены определенные (т.е. определенные правопорядком) акты принуждения. Весь содержащийся в нормах правопорядка материал укладывается в эту схему сформулированного правоправедением правового высказывания, которое следует отличать от нормы, установленной правовой властной инстанцией (ср. § 16).

II. ПРАВО И МОРАЛЬ

7. Моральные нормы как социальные нормы

Определяя право как норму (т.е. конституируя его как предмет специальной науки о праве), его тем самым отграничивают от природы, а правоправедение от естествознания. Но помимо правовых норм существуют еще и другие регулирующие поведение людей по отношению друг к другу (т.е. тоже социальные) нормы; и потому правоправедение не единственная дисциплина, занимающаяся изучением и описанием социальных норм. Эти другие социальные нормы можно объединить под названием "мораль"; изучающую и описывающую их дисциплину можно назвать этикой¹¹.

Поскольку справедливость есть требование морали, то соотношение справедливости и права должно рассматриваться вместе с соотношением морали и права. При этом следует иметь в виду, что мораль часто смешивают, с этикой, так же как право с правоправедением, полагая, что этика регулирует человеческое поведение, определяет права и обязанности, т.е. властно (autoritär) устанавливает нормы, в то время как все это относится к морали, а этика может лишь изучать и описывать моральные нормы, установленные властной инстанцией в области морали (moralische Autorität) или сложившиеся на основании обычая. Методологической чистоте правоправедения угрожает опасность не только потому, что часто не замечают границу, отделяющую его от естествознания, но и – гораздо больше – потому, что правоправедение не отличают (или отличают недостаточно ясно) от этики и, соответственно, не проводят четкого различия между моралью и правом.

Социальный характер морали иногда оспаривают, указывая, что помимо норм, регулирующих поведение человека по отношению к другим, существуют моральные нормы, предписывающие человеку определенное поведение по отношению к себе самому: например, норма, запрещающая самоубийство, или нормы, предписывающие смелость или целомудрие.

¹¹ Основатель философской школы логического позитивизма Моритц Шлик в своих работах по этике неправильно толкует норму как "воспроизведение факта овалности" (Schlick M. *Fragen der Ethik, Schriften zur wissenschaftlichen Weltanschauung*, Bd.4, Wien, 1930, S.11). В соответствии с этим он утверждает (op. cit, S. 14 ff.), что этика это фактическая наука и что если даже "она была бы нормативной наукой, то не перестала бы от этого "быть наукой о фактах. Она имеет дело исключительно с реальностью", Это мнение основывается у него на следующем утверждении: "Последние оценки (die letzten Wertungen) суть факты, наличные в реальности человеческого сознания...". Верно, конечно, что "оценки, так же как и акты, посредством которых устанавливаются нормы, служащие критерием оценок, суть бытийные факты. Однако установленные этими фактами и применяемые при оценке нормы – это не бытийные факты, но смысловые образования, т.е. смысл нормоустанавливающих актов. Этот смысл есть должествование. Этика, как и правоправедение, есть наука о нормах. Неправильное толкование этики как науки о фактах точка зрения, согласно которой этика составляет отрасль психологии и социологии (ср. Alfred J. Ayer, *Language, truth and logic*, London, 1936, p. 168: «Складывается впечатление, что как отрасль знания этика есть не более чем раздел психологии и социологии»), – покрывается на неразличении между нормоустанавливающим актом и установленной нормой как смыслом этого акта. Попытка логического позитивизма представить этику как эмпирическую науку о фактах явно объясняется вполне законным желанием удалить ее из области метафизической спекуляции. Но это желание вполне удовлетворяется, если нормы, составляющие предмет этики, познаются как смысл эмпирических действий, совершенных людьми в реальном мире, а не как повеление трансцендентных существ.

Но эти нормы обнаруживаются лишь в сознании людей, живущих в обществе. Пусть поведение, которое предписывают человеку эти нормы, непосредственно касается лишь его самого, однако опосредованно также и других членов сообщества. Ведь это поведение становится моральной нормой в сознании членов сообщества лишь в силу своих последствий для сообщества. И даже так называемые обязанности человека по отношению к самому себе суть социальные обязанности. Для уединенно живущего человека они бы не имели смысла.

8. Мораль как регулирование внутреннего поведения

Различие права и морали не может откоситься к содержанию поведения, к которому обязывают человека нормы этих двух социальных порядков. Самоубийство может запрещаться не только моралью, но также и правом; смелость и целомудрие могут быть не только моральными, но и правовыми обязанностями. Неверно и распространенное представление о том, что право предписывает внешнее поведение, а мораль внутреннее. Нормы обоих порядков определяют и то и другое поведение: смелость как нравственная добродетель состоит не просто в душевном свойстве бесстрашия, но и во внешнем поведении, обусловленном этим свойством. И если правопорядок запрещает умышленное убийство, то он запрещает не только причинение смерти одному человеку другим посредством внешнего поведения, но также и соответствующее внутреннее поведение, т.е. намерение достичь этого результата. Внутреннее поведение, которого, по мнению некоторых моральных философов, требует в отличие от права мораль, должно состоять в следующем: чтобы поведение было моральным, человек должен действовать вопреки своим склонностям¹² или, что то же самое, вопреки своим эгоистическим интересам. Поскольку это означает лишь то, что установленная моральной нормой обязанность вести себя определенным образом существует (т.е. что эта норма действительна), даже если склонности или эгоистические интересы противоположны предписанному поведению, то это утверждение верно и для обязанностей, установленных правовыми нормами. Социальный порядок неизбежно предписывает поведение, которое может оказаться направленным против каких-то склонностей или эгоистических интересов людей, поведение которых этот порядок регулирует. Излишне было бы предписывать лишь такое поведение, которое соответствует всем склонностям или всем эгоистическим интересам подчиненных норме индивидов, так как люди следуют своим склонностям и стремятся осуществить свои эгоистические интересы, даже и не будучи к тому обязанными. Социальный порядок (т.е. предписывающая определенное человеческое поведение норма) имеет смысл лишь в том случае, если должна существовать ситуация, отличная от той, что складывается, когда каждый следует своим склонностям или стремится осуществить свои эгоистические интересы, которые присутствовали бы и без действительности и действенности социального порядка, – иначе говоря, лишь в том случае, если люди должны действовать вопреки своим склонностям и эгоистическим интересам. При этом надо помнить, что если подчиненные социальному порядку индивиды действительно ведут себя в соответствии с нормами этого порядка, то это происходит только потому, что такое поведение соответствует – склонности или эгоистическому интересу, вызванным у них этим социальным порядком склонности или интересу, возможно (хотя и не обязательно), противоположным тем склонностям или эгоистическим интересам, которые были бы у них, если бы не вмешался этот порядок. У человека могут быть противоречивые склонности или интересы. Его фактическое поведение в таком случае зависит от того, какая склонность или какой интерес окажется сильнее. Никакой социальный порядок не может устранить склонности или эгоистические интересы человека как причины, побуждающие его к действию или бездействию. Социальный порядок может лишь, если он остается действенным, вызывать у человека склонность и интерес вести себя в соответствии с этим

¹² Шакова, как известно, этическая доктрина Канта ср. "Основы метафизики нравственности: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. Kants gesammelte Schriften, herausgegeben von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Bd. IV, S.397 ff.

социальным порядком и преодолевать те свои склонности или эгоистические интересы, которые возникали бы и при отсутствии этого порядка.

Однако упомянутая этическая доктрина иногда понимается в том смысле, что моральную ценность имеет то поведение, которое противоположно склонности или эгоистическому интересу¹³. Поскольку "иметь моральную ценность" значит лишь "соответствовать моральной норме", то эта этическая доктрина, очевидно, подразумевает, что мораль предписывает человеку подавлять свои склонности, не осуществлять свои эгоистические интересы, но действовать, руководствуясь другими мотивами. Это означает, что моральная норма относится лишь к мотивам поведения. Даже если отвлечься от того, что выполнение требования действовать, руководствуясь иными мотивами, нежели склонность или эгоистический интерес, психологически невозможно, следует все же заметить: мораль, норма которой относится лишь к мотивам поведения, предполагает наличие еще и другого социального порядка, предписывающего внешнее поведение. Моральная норма, касающаяся лишь мотивов внешнего поведения, неполна: она может быть действительной только вместе с нормами, предписывающими внешнее поведение, а они тоже должны быть моральными нормами. Морально далеко не всякое поведение, противоречащее склонностям или эгоистическим интересам. Если один человек по приказанию другого человека совершает убийство, его поведение может не иметь никакой моральной ценности, пусть даже оно противоречит его склонности или эгоистическому интересу, если умышленное убийство запрещено социальным порядком, который считается действительным, иначе говоря, если оно противоценно. Поведение имеет моральную ценность лишь в том случае, если не только его мотивы, но и само это поведение соответствует моральной норме. Когда мы выносим суждение о моральности некоторого поведения, это поведение и . вызвавшие его мотивы не могут быть отделены друг от друга. И по этой же причине понятие морали не может быть ограничено содержанием следующей нормы: "Подавляй свои склонности, воздерживайся от осуществления самих эгоистических интересов". Но лишь таким образом сужая понятие морали, можно разграничить мораль и право в том смысле, что мораль относится лишь к внутреннему поведению, а право предписывает и внешнее поведение.

* * *

Также и по Канту, действие, чтобы иметь моральную ценность, т.е. чтобы быть нравственно "хорошим" ("добрым"), должно не только осуществляться "из сознания долга", но также и быть "сообразным долгу", т.е. соответствовать моральному закону. Моральная норма "Не действуй из склонности, но только из сознания долга" предполагает, таким образом, другие моральные нормы, которые обязывают к определенным действиям. Одно из важнейших положений этики Канта состоит в следующем: "Понятие доброго и злого должно быть определено не до морального закона, но только согласно ему и посредством его" (Kritik der praktischen Vernunft. Akademie-Ausgabe, Bd. V, S. 62-63),

По Канту, "из склонности" действует тот, кто "находит внутреннее удовольствие в том", чтобы действовать так, как он действует (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 398). Но и тот, кто действует "из сознания долга", т.е. "из уважения к закону", действует из склонности; ведь он действует так потому, что находит внутреннее удовольствие в следовании закону: сознание того, что его действия сообразны закону и долгу, доставляет ему "внутреннее удовольствие. Таким образом, он удовлетворяет своей склонности действовать сообразно долгу. Это невозможно опровергнуть с психологической точки зрения, – а вопрос о том, по каким мотивам действует человек, есть вопрос психологический.

Кант отличает право как регулирование внешнего поведения от морали как регулирования внутреннего поведения, т.е. мотивации поведения. Соответственно, он

¹³ И. Кант, цит. соч., с.398: "Но я утверждаю, что в этом случае подобное действие (т.е. если оно основано на склонности – Т.К.), как бы оно ни соотносилось с долгом и как бы приятно оно ни было, все же не имеет истинной нравственной ценности..."

противопоставляет "легальность" "моральности". Он говорит (Die Metaphysik der Sitten, Akademie-Ausgabe, Bd, VI, S. 214): "Эти законы свободы в отличие от законов природы называются моральными. В той мере, в какой они касаются лишь внешних действий и их законосообразности, они называются юридическими законами; если же они также требуют, чтобы они (законы) сами были определяющими мотивами действия, то они называются этическими, и тогда можно сказать: соответствие первым есть легальность, соответствие вторым – моральность действия". Но ведь это значит: правовые нормы также относятся к числу моральных норм, а моральные нормы, следовательно, касаются и внешних действий; лишь одна моральная норма предписывает, что человек должен действовать не из склонности, но из уважения к закону. И когда Кант говорит, что лишь действие, соответствующее этой норме, обладает моральной ценностью, то он различает моральную ценность в специфическом, узком смысле, т.е. соответствие этой специальной моральной норме, и моральную ценность в широком смысле, т.е. соответствие всем другим моральным нормам. Также и легальность есть моральная ценность, так как она означает соответствие некоторым "моральным" (в смысле Канта) нормам.

9. Мораль как позитивный порядок без принуждения

Мораль и право не различаются существенным образом также и с точки зрения создания и применения норм. Подобно нормам права, нормы морали создаются посредством обычая или сознательного установления (предпринятого каким-нибудь пророком или основателем религии, например Иисусом). В этом смысле мораль, как и право, позитивна: и научная этика изучает только позитивную мораль, точно так же как правоведение изучает только позитивное право. Верно, однако, и то, что моральный порядок не предусматривает функционирующего в соответствии с принципом разделения труда (т.е. централизованного) органа по применению моральных норм. Это применение заключается в моральной оценке того поведения других, которое регулирует этот порядок. Но первобытный правопорядок тоже совершенно децентрализован и в этом отношении не отличается от морального порядка. Весьма характерно, что совершенно децентрализованное общее международное право иногда считают всего лишь международной моралью.

Различие между правом и моралью нужно искать не в том, что эти социальные порядки предписывают или запрещают, но лишь в том, как они предписывают или запрещают определенное поведение. Принципиальное различие между правом и моралью можно выявить, лишь если видеть в праве (как было показано выше) порядок принуждения, т.е. нормативный порядок, который стремится вызвать определенное человеческое поведение, связывая с противоположным поведением социально организованный акт принуждения, а мораль при этом понимать как социальный порядок, который не предусматривает такого рода санкций. Санкции морали как социального порядка состоят лишь в одобрении соответствующего норме поведения и в осуждении противоречащего ей поведения, а о применении физической силы здесь вообще нет речи.

10. Право как часть морали

Если мы признаем, что право и мораль — это различные виды нормативных систем, то возникает вопрос о соотношении между правом и моралью. Этот вопрос имеет двоякий смысл. Во-первых, он может означать: каково фактическое соотношение между правом и моралью? А во-вторых: каким это соотношение должно быть? Эти два вопроса часто смешиваются, что приводит к недоразумениям. На первый вопрос иногда отвечают в том смысле, что право морально по самой своей природе; иначе говоря, поведение, предписанное или запрещенное правовыми нормами, предписывается и запрещается также и моральными нормами, а если некий социальный порядок предписывает поведение, запрещаемое моралью, или запрещает поведение, предписываемое моралью, то этот порядок не есть право, так как

он несправедлив. Однако на этот вопрос есть и другой ответ: право может, хотя и не обязательно, "быть моральным (в указанном смысле, т.е. справедливым); социальный порядок, который нельзя считать моральным (т.е. справедливым), может тем не менее быть правом, хотя при этом признается, что вообще-то право должно быть , моральным, т.е. справедливым.

Если же вопрос о соотношении права и морали понимается как вопрос о содержании права, а не о его форме, если утверждается, что право по своей природе имеет моральное содержание или составляет моральную ценность, то тем самым утверждается, что право действительно внутри сферы морали, что правопорядок есть составная часть морального порядка, что право морально и, следовательно, по своей природе справедливо. Поскольку такое утверждение направлено на оправдание права – а в этом и состоит его истинный смысл, – то оно обязательно исходит из предпосылки, согласно которой существует лишь одна-единственная действительная, и потому абсолютная мораль, одна-единственная абсолютная моральная ценность, и только нормы, соответствующие этой абсолютной морали и, следовательно, составляющие абсолютную моральную ценность, могут считаться "правом. Это означает, что здесь подразумевается дефиниция, определяющая право как часть морали и отождествляющая право со справедливостью.

11. Относительность моральной ценности

Но если с позиций научного познания мы отвергаем наличие абсолютных ценностей вообще и абсолютных моральных ценностей в частности, потому что абсолютная ценность может быть признана лишь на основании религиозной веры в абсолютную и трансцендентную божественную власть; если поэтому мы должны согласиться, что с научной точки зрения не существует абсолютной, т.е. единственно-действительной морали, исключающей возможность действительности всякой другой; если мы отрицаем, что хорошее или справедливое с точки зрения одного морального порядка хорошо или справедливо при всех обстоятельствах, а плохое с точки зрения этого порядка плохо при всех обстоятельствах; если мы признаём, что в разные времена у разных народов и даже у одного народа в разных сословиях, классах и профессиональных группах действуют очень разные и противоречащие друг другу моральные системы; если мы также признаём, что при разных обстоятельствах разное может считаться хорошим и плохим, справедливым и несправедливым, и ничто не должно обязательно считаться хорошим или плохим, справедливым или несправедливым при всех возможных обстоятельствах; если мы признаём, что существуют лишь относительные моральные ценности, — в таком случае утверждение, что социальные нормы должны иметь моральное содержание, что они должны быть справедливыми, чтобы считаться правом, может значить лишь то, что эти нормы должны содержать нечто, что было бы общим для всех возможных моральных систем (понятых как системы справедливости). Ввиду того, что в разное время и в разных местах люди считали хорошим и плохим, справедливым и несправедливым совершенно разные вещи, невозможно выделить общий элемент в содержании разных моральных порядков. Так, утверждают, что все моральные системы содержат общее требование: охранять мир, никому не причинять насилие. Но уже Гераклит учил, что война есть не только "отец", т.е. первопричина всего, но также и "царь", т.е. высшая нормотворческая власть, высочайшая ценность, и потому война есть добро, и что право есть борьба, и, значит, борьба справедлива (ср. ДК, 1, фрагм. 53, 80, 112). И даже Иисус говорит: "Думаете ли вы, что Я пришел дать мир земле? нет, говорю вам, но разделение" (Лк 12: 51; ср., однако, Мф 5:9). Этим он отнюдь не провозглашает мир высшей моральной ценностью (по крайней мере для посюстороннего морального порядка). Разве можно отрицать, что даже и сейчас многие видят в войне нравственную ценность, так как она позволяет проявить добродетели и осуществить идеалы, которые (по их мнению) стоят выше, нежели ценности мира? И разве не оспаривается мораль пацифизма? Соответствует ли идеалу мира жизненная философия либерализма, согласно которой соревнование и конкурентная

борьба гарантируют наилучшее из возможных общественное положение? Идеал мира далеко не во всех моральных системах считается высшей ценностью, а в некоторых и вовсе не считается ценностью. И даже если бы удалось обнаружить элемент, общий для всех существовавших (geltenden) до сих пор моральных систем, это все равно не было бы достаточным основанием считать "неморальным" или "несправедливым", и значит, "не правом", принудительный порядок, который не содержит этого -элемента и предписывает поведение, до сих пор ни в одном сообществе не считавшееся хорошим и справедливым, или запрещает поведение, ни в одном сообществе до сих пор не считавшееся плохим и несправедливым. Ведь если мы не мыслим никакой а priori данной, т.е. абсолютной моральной ценности, то мы лишены возможности определить, что следует считать хорошим и справедливым или плохим и несправедливым при всех обстоятельствах. И тогда нельзя отрицать, что предписываемое такого рода принудительным порядком тоже может считаться хорошим и справедливым, а запрещаемое им — плохим и несправедливым, и что, следовательно, этот порядок тоже относительно морален или справедлив. Ведь общий признак, с необходимостью присущий всем мыслимым моральным системам, состоит лишь в том, что они представляют собой социальные нормы, т.е. такие нормы, которые предусматривают определенное поведение людей по отношению (непосредственно "или опосредованно) к другим людям, т.е. устанавливают это поведение в качестве должного. Общее для всех возможных моральных систем — их форма, долженствование, нормативный характер. Морально хорошее — это то, что соответствует социальной норме, предусматривающей определенное человеческое поведение; морально плохое это то, что противоречит такой норме. Относительная моральная ценность конституируется социальной нормой, устанавливающей определенное человеческое поведение в качестве должного. Норма и ценность коррелирующие понятия.

Если принять эти допущения, утверждение о том, что право по своей природе морально, означает не то, что оно имеет определенное содержание, а то, что оно есть норма социальная норма, устанавливающая определенное человеческое поведение в качестве должного. В этом относительном смысле всякое право морально; всякое право составляет (относительную) моральную ценность. Но это значит, что вопрос о соотношении права и морали это вопрос не о содержании права, но о его форме. Тогда нельзя сказать, как это часто делается, что право не только представляет собой норму (или приказание), но что оно также составляет или выражает некую ценность (подобное утверждение имеет смысл только при допущении абсолютной божественной ценности). Ведь право составляет ценность как раз потому, что оно есть норма: оно составляет правовую ценность, которая в то же время есть (относительная) моральная ценность; а это значит только то, что право есть норма.

Итак, из этого вовсе не следует, что мы принимаем теорию, согласно которой (1) право по своей природе представляет собой некий моральный минимум и (2) принудительный порядок, чтобы его можно было признать правом, должен соответствовать некоторому минимальному требованию морали. Ведь принятие этого требования подразумевает существование абсолютной содержательно определенной морали или же общего для всех позитивных моральных систем содержания; чаще всего в качестве требования абсолютной морали или общего для всех позитивных моральных систем содержания мыслится требование мира. Из сказанного выше ясно, что правовая ценность в предложенном здесь понимании не есть моральный минимум в этом смысле, и что, в частности, мир как ценность отнюдь не представляет собой существенный элемент понятия права.

12. Разделение права и морали

Если же считать, что право морально уже по самой своей природе, тогда при постулировании абсолютной моральной ценности бессмысленно выдвигать требование: "Право должно быть моральным". Такое требование имеет смысл лишь в том случае (и постулируемая мораль лишь тогда служит критерием оценки права), если допускается

возможность существования неморального – дурного с точки зрения морали – права, если, таким образом, в определение права не включается элемент морального содержания. Если теория позитивного права требует различать право и мораль вообще и право и справедливость в частности, а не смешивать одно с другим, то она направлена против традиционного, для большинства юристов самоочевидного представления, которое предполагает, что существует лишь одна-единственная действительная (*alleingültige*), т.е. абсолютная мораль и, следовательно, одна абсолютная справедливость. Требование разделить право и мораль, право и справедливость означает, что действительность позитивного правопорядка не зависит от действительности этой единственно действительной абсолютной морали, морали *par excellence*. Если же постулируются лишь относительные моральные ценности, то требование "Право должно быть моральным, т.е. справедливым" может означать только то, что конструкция (*Gestaltung*) позитивного права должна соответствовать некоторой моральной системе одной из множества возможных. Это, однако, не исключает возможности требования, согласно которому конструкция этого позитивного права должна соответствовать другой моральной системе — и в самом деле, возможно, ей соответствует, — в то время как это право не соответствует одной из других моральных систем. Если же требование разделить право и мораль вообще и право и справедливость в частности выдвигается при допущении только относительных ценностей, то и тогда оно не означает, что право не имеет ничего общего с моралью и справедливостью и что понятие права внешне по отношению к понятию "хорошего". Ведь "хорошее" есть не что иное, как "должное, соответствующее норме"; и если право определяется как норма, то этим подразумевается, что то, что правомерно, — "хорошо". Требование разделить право и мораль, право и справедливость, выдвигаемое при допущении релятивистского учения о ценности, означает лишь следующее: 1) если какой-то правопорядок оценивается как моральный или неморальный, справедливый или несправедливый, то выражается соотношение этого правопорядка с одной из множества возможных моральных систем, а не с "единственной" моралью и, следовательно, выносится лишь относительное, а не абсолютное оценочное суждение; 2) действительность позитивного правопорядка не зависит от того, соответствует ли он какой-либо моральной системе или нет.

Релятивистское учение о ценности вовсе не утверждает, как многие ошибочно думают, что не существует никаких ценностей и особенно справедливости; согласно этому учению, существуют лишь относительные ценности, не абсолютная, но лишь относительная справедливость, а ценности, которые мы устанавливаем своими нормотворческими актами и на которых основываются наши оценочные суждения, не могут претендовать на то, чтобы исключить возможность противоположных ценностей.

Само собой разумеется, что такая относительная мораль не может справиться с функцией, сознательно или бессознательно возлагаемой на нее: обеспечить абсолютный критерий для оценки позитивного правопорядка. Такой критерий вообще не может быть найден на путях научного познания. Но это еще не означает, что нет никаких критериев. Каждая моральная система может служить таким критерием. Но когда мы оцениваем конструкцию позитивного правопорядка с моральной точки зрения (т.е. называем его плохим или хорошим, справедливым или несправедливым), необходимо иметь в виду, что критерий оценки относителен и что не исключается возможность оценки с позиций другой моральной системы: если некоторый правопорядок с точки зрения одной моральной системы оценивается как несправедливый, то с точки зрения другой системы он может быть оценен как справедливый.

13. Оправдание права моралью

Оправдание позитивного права моралью возможно лишь в том случае, если нормы права и нормы морали могут быть противопоставлены друг другу, если может существовать морально плохое и морально хорошее право. Если моральный порядок (как, например, тот,

что провозглашает Павел в Послании к римлянам) предписывает соблюдать установленные правовой властью нормы при всех обстоятельствах и таким образом с самого начала исключает всякое расхождение между моралью и позитивным правом, то он не может достичь своей цели легитимировать позитивное право посредством наделения его моральной ценностью. Ведь если считать, что всякое позитивное право справедливо, потому что оно от Бога (подобно тому, как все сущее хорошо, потому что оно от Бога), то никакое позитивное право не может быть несправедливым (подобно тому, как ничто сущее не может быть плохим); если право отождествляется со справедливостью, а бытие с долженствованием, то понятие справедливости, как и понятие добра ("хорошего"), утрачивает всякий смысл. Если нет ничего плохого (несправедливого), то не может быть и ничего хорошего (справедливого). Требование отличать право от морали и правоправедение от этики означает, что с точки зрения научного познания позитивного права его легитимация с помощью морального порядка, отличного от правопорядка, иррелевантна, так как правоправедение призвано не осуждать или одобрять свой предмет, но лишь изучать и описывать его. Хотя правовые нормы как предписания должного и составляют ценности, все же функция правоправедения ни в коем случае не оценка, но безоценочное (wertfrei) описание своего предмета. Ученый-правовед не отождествляет себя ни с одной правовой ценностью, в том числе и с той, которую он описывает. Если моральный порядок не предписывает подчиняться позитивному правопорядку при всех обстоятельствах, а следовательно, существует возможность расхождения между моралью и правопорядком, то требование отличать право от морали и правоправедение от этики означает, что действительность позитивных правовых норм не зависит от их соответствия моральному порядку и что с точки зрения изучения позитивного права правовая норма может считаться действительной, даже если она противоречит моральному порядку.

Чрезвычайно важно понимать (и это следует повторять снова и снова), что нет одной-единственной, абсолютной морали, а есть многочисленные, совершенно различные и часто противоречащие друг другу моральные системы; что позитивный правопорядок вполне может в общем и целом соответствовать (и, как правило, фактически так оно и бывает) моральным представлениям определенной (обычно правящей) группы подчиненного ему населения и при этом противоречить представлениям другой группы. И прежде всего следует иметь в виду, что представления о том, что с точки зрения нравственности хорошо, а что плохо, что может быть оправдано, а что нет, – все эти представления, как и право, постоянно меняются, так что возможна следующая ситуация: правопорядок (или некоторые его нормы) в то время, когда он был действителен, соответствовал требованиям морали, а теперь оценивается как в высшей степени неморальный. Отвергаемый чистым учением о праве, но широко распространенный в традиционной юриспруденции тезис, согласно которому право по своей природе должно быть моральным, а неморальный социальный порядок не есть право, предполагает существование абсолютной, т.е. всегда и повсюду действительной морали. В противном случае традиционная юриспруденция не могла бы достичь своей цели — обеспечить незыблемый, не зависящий от места и времени критерий оценки того, что в социальном порядке право, а что неправое.

Тезис о том, что право по своей природе морально, т.е. что лишь моральный социальный порядок есть право, отвергается чистым учением о праве не только потому, что он предполагает существование абсолютной морали, но также и потому, что применение этого тезиса господствующей в определенном правовом сообществе юриспруденцией сводится на деле к некритичной легитимации того государственного принудительного порядка, которым конституируется это правовое сообщество. Ведь считается само собою разумеющимся, что собственный государственный принудительный порядок есть право. Лишь для оценки принудительных порядков других государств принят сомнительный критерий абсолютной морали; лишь они квалифицируются как неморальные, и, значит, как неправое, если они не соответствуют некоторым требованиям, которым удовлетворяет собственный порядок; например, если они признают или не признают частную

собственность, имеют демократический или недемократический характер. А раз собственный принудительный порядок есть право, то, согласно приведенному тезису, он должен быть также и моральным. Такая легитимация позитивного права, хотя она неубедительна с точки зрения логики, может быть очень полезна с точки зрения политики. Но для правоведения она неприемлема. Ведь правоведение вовсе не должно заниматься легитимацией права, оно вовсе не обязано оправдывать изучаемый и описываемый им нормативный порядок – ни с помощью абсолютной, ни с помощью относительной морали.

III. ПРАВО И НАУКА

14. Правовые нормы как предмет правоведения

Очевидное утверждение о том, что предмет правоведения есть право, включает в себя менее очевидное утверждение о том, что предметом правоведения являются правовые нормы, а человеческое поведение – лишь постольку, поскольку оно определяется в правовых нормах как условие или следствие, иначе говоря, поскольку оно представляет собой содержание правовых норм. Что касается межчеловеческих отношений, то и они составляют предмет правопознания лишь как правовые отношения, т.е. как отношения, конституируемые правовыми нормами (ср. § 32). Правоведение стремится понять свой предмет в "правовом смысле" ("rechtlich"), т.е. с точки зрения права. Понять нечто в правовом смысле значит лишь одно: понять нечто как право, т.е. как правовую норму или как содержание правовой нормы (как то, что определено правовой нормой).

15. Статическая и динамическая теория права

Можно различать статическую и динамическую теорию права в зависимости от того, какому из двух элементов придается большее значение, – нормам, регулирующим человеческое поведение, или поведению, которое регулируется этими нормами; в зависимости от того, направлено ли познание на правовые нормы, которые создаются, применяются и соблюдаются посредством актов человеческого поведения, или же на акты создания, применения и соблюдения, предусмотренные правовыми нормами (ср. § 27 и § 34 а—г).

Предмет статической теории права – право как система действительных норм, право в состоянии покоя; предмет динамической теории права – процесс создания и применения права, право в движении. Однако следует иметь в виду, что и сам этот процесс регулируется правом. Ведь одно из важнейших свойств, права состоит в том, что оно регулирует собственное создание и применение. Создание общих правовых норм, т.е. законодательный процесс, регулируется конституцией, а формальные, или процессуальные, законы регулируют применение материальных законов судами и административными органами. Таким образом, акты создания и применения права (как мы увидим ниже, применение права есть также и создание права – ср. § 35e), которые составляют правовой процесс, рассматриваются правоведением лишь в той мере, в какой они образуют содержание правовых норм, определены правовыми нормами; так что и динамическая теория права изучает правовые нормы – а именно те, которые регулируют создание и применение права.

16. Правовая норма и правовое высказывание (Rechtssatz)

Правоведение, рассматривая человеческое поведение лишь постольку, поскольку оно составляет содержание правовых норм (т.е. определяется правовыми нормами), дает нормативное истолкование соответствующих фактических составов. Оно описывает правовые нормы, созданные актами человеческого поведения и подлежащие применению или соблюдению посредством таких актов, и тем самым оно описывает конституируемые этими

нормами отношения между определяемыми ими фактическими составами. Суждения, в которых правоведение описывает эти отношения, суть правовые высказывания, и их следует отличать от правовых норм, которые создаются правовыми органами, должны применяться ими и соблюдаться правовыми субъектами. Правовые высказывания – гипотетические суждения, гласящие, что в соответствии с некоторым государственным или международным правопорядком, ставшим объектом правопознания, при условиях, предусмотренных этим правопорядком, должны наступить предусмотренные им последствия. Правовые нормы — не суждения, т.е. не высказывания о предмете познания. По своему смыслу они предписания, и в качестве предписаний-приказаний, веления; но не только приказаний: они также могут быть позволениями и уполномочиваниями, во всяком случае они отнюдь не наставления, как иногда ошибочно полагают, отождествляя право с правоведением. Право предписывает, позволяет, уполномочивает, но оно не "учит". Однако поскольку правовые нормы получают языковое выражение в словах и предложениях, они могут иметь форму суждений, констатирующих факты. Норму, согласно которой воровство должно быть наказано, законодатель часто формулирует в следующем предложении: "Воровство наказывается тюремным заключением"; норма, уполномочивающая главу государства заключать государственные договоры, формулируется так: "Глава государства заключает государственные договоры". Важна здесь не языковая форма, а смысл создающего право, устанавливающего норму акта. А смысл этого акта отличен от смысла описывающего право правового высказывания. Различение между правовым высказыванием и правовой нормой отражает разницу между функцией правоведения и совершенно отличной от нее функцией правовой власти, которую представляют органы правового сообщества¹⁴.

Правоведение обязано познавать право как бы извне и затем описывать его на основе этого познания. А правовые органы – в качестве правовой власти – обязаны прежде всего создавать право, чтобы затем правоведение могло познавать и описывать его. Верно, что правоприменительные органы тоже обязаны первым делом – как бы изнутри – узнать то право, которое они должны применять. Законодатель должен знать конституцию, которую он применяет, а судья должен знать законы, которые он применяет. Но такое познание не есть для них главное, это лишь подготовка к выполнению их функции, которая, как мы еще покажем, не только в случае законодателя, но также и в случае судьи, есть создание права: установление общей нормы, если речь идет о законодателе, и установление индивидуальной нормы, если речь идет о судье.

Верно также и то, что – в смысле Кантовой теории познания – правоведение как познание права, подобно всякому познанию, имеет конститутивный характер и потому "создает" свой предмет постольку, поскольку понимает его как исполненное смысла (sinnvoll) целое. Подобно тому, как хаос чувственных восприятий превращается в космос, т.е. в целостную систему природы лишь в результате упорядочивающего научного познания, точно так же и множество созданных правовыми органами общих и индивидуальных правовых норм (т.е. материал, которым располагает правоведение) лишь в результате познания правоведением превращается в единую, непротиворечивую систему, в правопорядок. Но это "создание" носит чисто теоретико-познавательный характер. Это совсем не то, что создание предметов человеческим трудом или создание права властной инстанцией.

Различие между функцией правоведения и функцией правовой власти, а потому и различие между результатами двух соответствующих видов деятельности часто не принимается во внимание: так, слова "право" и "правоведение" употребляются как синонимы. Например, говорят о "классическом международном праве", подразумевая при этом определенную теорию международного права; или же полагают, что правоведение есть источник права в том смысле, что от него можно ожидать обязывающего решения

¹⁴ Правда, в традиционной немецкой юриспруденции термины "Rechtsnorm" и "Rechtssatz" употреблялись как синонимы. Такое употребление связано с тем, что эта юриспруденция смешивает нормативную функцию правовой власти с познавательной функцией правоведения. Ср., например: Mezger, *Juristische Encyclopaedie*, 2. Aufl., 1900, § 12.

конкретного юридического вопроса. И тем не менее правоведение может только описывать право, но — в отличие от права, созданного правовой властью в общих и индивидуальных нормах, — правоведение не может ничего предписывать. Ни один юрист не может отрицать существенного различия между опубликованным в официальном вестнике законом и научным комментарием к этому закону, между уголовным кодексом и учебником по уголовному праву. Это различие проявляется в следующем: сформулированные правоведением высказывания о должностовании (Sollsätze), описывающие право, никого ни к чему не обязывающие и не управомочивающие, могут быть истинными или ложными, в то время как установленные правовой властью нормы должностования (Sollnormen), обязывающие или управомочивающие правовых субъектов, не могут быть ни истинными, ни ложными, но лишь действительными или недействительными; точно так же, как бытийные факты не могут быть ни истинными, ни ложными: они либо есть, либо их нет, и лишь высказывания о фактах могут быть истинными или ложными. Рассмотрим следующее высказывание, взятое из учебника по гражданскому праву: "Лицо, не выполнившее обещания вступить в брак, обязано возместить причиненный в результате этого ущерб; в противном случае к нему должны быть применены гражданско-правовые санкции имущественного характера". Это высказывание ложно, если национальное право, о котором идет речь в учебнике, не предписывает такую обязанность, так как не предусматривает соответствующих гражданско-правовых санкций. Ответ на вопрос о том, действительна ли такая правовая норма в системе данного правопорядка, может быть — хотя и косвенно — верифицирован, так как такая норма, чтобы быть действительной, должна быть создана посредством акта, который поддается эмпирической констатации. Но установленная правовой властью норма, предписывающая возмещение ущерба и принудительное взыскание в случае неисполнения, не может быть истинной или ложной, потому что она не есть высказывание, не есть описание предмета, но предписание и в качестве такого — предмет, который должен быть описан правоведением. Установленная законодателем норма, предписывающая гражданско-правовые санкции имущественного характера по отношению к лицу, которое не возмещает ущерб, причиненный им в результате невыполнения обещания вступить в брак, и сформулированное правоведением высказывание, описывающее эту норму ("Лицо, не выполнившее обещания вступить в брак, обязано возместить причиненный в результате этого ущерб; в противном случае к нему должны быть применены гражданско-правовые санкции имущественного характера"), имеют разный характер с логической точки зрения. Поэтому и терминологически их рекомендуется различать — как правовую норму и правовое высказывание. Таким образом, сформулированные правоведением правовые высказывания — это не просто повторение установленных правовой властью норм. Однако возражение, согласно которому правовые высказывания излишни, не столь очевидно необоснованно, как утверждение о том, что естествознание излишне, раз есть природа. Ведь природа, в отличие от права, не выражает себя в произнесенном или записанном слове. На возражение об избыточности сформулированного правоведением правового высказывания при наличии описываемой этим высказыванием правовой нормы, установленной правовой властью, можно возразить лишь указанием на то, что это возражение сводится к утверждению об избыточности научного описания уголовного закона при наличии самого этого закона, об избыточности правоведения при наличии права.

Раз правовые нормы в своем качестве предписаний (т.е. приказаний, позволений, уполномочиваний), не могут быть истинными или ложными, то возникает вопрос: как могут применяться принципы логики, в особенности закон противоречия и правила вывода, когда речь идет об отношениях между правовыми нормами (как это с некоторых пор делает чистая теория права), если эти принципы, согласно традиционным представлениям, применимы лишь к высказываниям, которые могут быть истинными или ложными? Вот ответ на этот вопрос: принципы логики — хотя бы косвенно — могут применяться к правовым нормам, так как они применимы к описывающим эти нормы правовым высказываниям, которые могут быть истинными или ложными. Две правовые нормы противоречат друг другу и не

могут одновременно считаться действительными, если противоречат друг другу описывающие их правовые высказывания; и одна правовая норма может быть выведена из другой, если описывающие их правовые высказывания могут войти в один силлогизм.

Этому не противоречит то, что эти правовые высказывания представляют собой высказывания о долженствовании и должны быть таковыми, потому что они описывают нормы долженствования. Высказывание, описывающее действительность нормы уголовного права, которая предписывает тюремное заключение в качестве наказания за воровство, было бы ложным, если бы в нем утверждалось, что в соответствии с этой нормой воровство наказывается тюремным заключением: ведь на самом деле бывает случаи, когда воровство не наказывается, – например потому, что вору удастся избежать наказания. Правовое высказывание, описывающее эту норму уголовного права, может гласить только: "Если кто-нибудь совершил кражу, он должен быть наказан". Но долженствование, выражаемое правовым высказыванием, имеет описательный характер, в то время как долженствование, выражаемое правовой нормой, имеет смысл предписания. Этот двойкий смысл слова "долженствование" упускается из виду, когда высказывания о долженствовании отождествляются с императивами (велениями).

17. Каузальная наука и нормативная наука

Определяя право как норму (или, точнее, как систему норм, как нормативный порядок) и ограничивая задачу правопознания познанием и описанием правовых норм и установленных ими отношений между определенными фактами, мы противопоставляем право природе, а правопознание как нормативную науку – всем тем наукам, которые направлены на познание причинно-следственных связей в реально протекающих процессах. Таким образом, мы получили надежный критерий, позволяющий четко противопоставить природу обществу и естественные науки – общественным.

Согласно одному из многочисленных определений, природа есть некоторый порядок вещей (или система элементов), связанных между собой как причина и следствие, т.е. в соответствии с так называемым "принципом причинности". Так называемые "законы природы" с помощью которых естественная наука описывает свой предмет, формулируются в соответствии с этим принципом. Возьмем, например, суждение: "При нагревании металлы расширяются". Здесь нагревание и расширение соотносятся между собой как причина и следствие.

Если имеется общественная наука, отличающаяся от естественной, она должна описывать свой предмет на основании принципа, отличного от принципа причинности. Общество как предмет такой отличной от естествознания науки есть нормативный порядок человеческого поведения. Однако нет достаточных оснований для того, чтобы нельзя было и человеческое поведение понимать как элемент природы, определяемый принципом причинности, т.е. объяснять его как природное явление, выявляя причину и следствие. Не вызывает сомнений, что подобное объяснение хотя бы в какой-то степени возможно и что оно фактически имеет место. Но если какая-либо наука описывает и объясняет человеческое поведение подобным образом и называется общественной потому, что ее предмет – поведение людей по отношению друг к другу, то нельзя считать, что такая общественная наука существенно отличается от естественных.

Однако если проанализировать наши суждения о человеческом поведении, то станет ясно, что мы связываем акты человеческого поведения между собой, а также с другими фактами, основываясь не только на принципе причинности (т.е. выявляя причину и следствие), но основываясь также и на другом, совершенно отличном от него принципе, для которого в науке пока нет общепринятого названия. Только если нам удастся доказать, что такой принцип существует в нашем мышлении и применяется науками, предмет которых –

поведение людей по отношению друг к другу как оно определяется нормами (т.е. нормами, определяющими человеческое поведение), мы будем вправе рассматривать общество как порядок, отличный от природы, а науки, которые для описания своего предмета используют этот другой принцип, – как существенно отличные от естественных наук. Только если понимать общество как нормативный порядок человеческого поведения, его можно представить как предмет, отличный от причинно обусловленного порядка природы, а общественную науку можно противопоставить естественной. Только если право есть нормативный порядок поведения людей по отношению друг к другу, его можно противопоставить природе как социальное явление, а правоведение можно противопоставить естествознанию как общественную науку.

18. Причинность и вменение. Закон природы и юридический закон

При описании нормативного порядка человеческого поведения применяется этот другой принцип, отличный от принципа причинности, который можно обозначить как "вменение" (Zurechnung). Анализируя юридическое мышление, можно показать, что в правовых высказываниях (т.е. в суждениях, с помощью которых правоведение описывает свой предмет — национальное или международное право) и в самом деле используется принцип, который, хотя и аналогичен принципу причинности, все же существенным образом от него отличается. Аналогия состоит в том, что этот принцип выполняет в правовых высказываниях функцию, сходную с функцией принципа причинности в законах природы, с помощью которых описывает свой предмет естествознание. Вот пример правового высказывания: "Если человек совершил преступление, ему должно быть назначено наказание", или: "Если должник не возвращает ссуду, на его имущество должно быть обращено принудительное взыскание", или: если человек страдает заразным заболеванием, он должен быть помещен в специальное заведение". В общем виде правовое высказывание формулируется следующим образом: "При определенных (а именно, определенных правопорядком) условиях должен наступить определенный (а именно, определенный правопорядком) акт принуждения. Такова уже приводившаяся выше основная форма правового высказывания. Точно так же, как закон природы, правовое высказывание устанавливает связь между двумя элементами. Но связь, устанавливаемая правовым высказыванием, имеет совершенно иной смысл, нежели причинно-следственная связь, которую описывает закон природы. Совершенно очевидно, что преступление и наказание, гражданско-правовой деликт и принудительное взыскание, заразное заболевание и помещение в специальное заведение связаны между собой не причинно-следственной связью. В отличие от естественного закона, который утверждает: "Если есть А, то есть В", правовое высказывание утверждает: "Если есть А, то должно быть В" (даже если фактически его и нет). Тот факт, что связь между элементами в правовом высказывании имеет иной смысл, нежели связь между элементами в законе природы, объясняется тем, что связь, описываемая правовым высказыванием, создается посредством нормы, установленной правовой властью (и значит, актом воли), в то время как причинно-следственная связь, описываемая законом природы, не зависит от такого рода вмешательства.

Это различие не существует для религиозно-метафизического мировоззрения. Ведь для него связь причины и следствия установлена волей Бога-Творца. Поэтому и законы природы описывают нормы, в которых выражается божественная воля, — нормы, предписывающие природе определенное поведение. И потому метафизическая теория права полагает, что она может обнаружить в самой природе некое естественное право. Однако с точки зрения научного мировоззрения, в рамках которого может существовать лишь позитивистская теория права, различие между законом природы и правовым высказыванием следует всячески подчеркивать. Если правовое высказывание гласит, что при определенных условиях должно наступить определенное последствие т.е. если установленная правовой нормой связь между фактами, определяемыми как условие и последствие, выражается с помощью глагола-копулы

"должен", то этот глагол как мы уже отмечали (ср. § 4 б), но хотим еще раз настоятельно подчеркнуть — употребляется не в своем обычном значении. Обычно посредством глагола "должен" выражается идея предписанности а не уполномоченности или позволенности. Правовое долженствование, т.е. копула "должен", соединяющая условие с последствием в правовом высказывании, охватывает все три значения: предписанное, уполномоченности и (положительной) позволенности последствия; иначе говоря, "должен" в правовом высказывании обозначает все три нормативные функции. Здесь "должен" выражает только специфический смысл, в котором два факта соединяются между собой посредством правовой нормы, т.е. в правовой норме. Правоведение может выразить эту установленную правовой нормой связь, в особенности связь между противоправным деянием и его последствием, лишь посредством этой копулы "должен". Чтобы передать специфический смысл, в котором правовая норма обращена к правовым органам и субъектам, правоведение не может сформулировать правовое высказывание иначе как следующим образом: "В соответствии с некоторым позитивным правопорядком, при определенных условиях должно наступить определенное последствие". Таким образом, неверно утверждение¹⁵, согласно которому правоведение говорит лишь, что некая правовая норма в некотором правопорядке в определенное время "имеет силу" или "действительна", а значит — в отличие от правовой нормы — говорит не о долженствовании, но о бытии. Раз утверждение о том, что некая норма, предписывающая, уполномочивающая или (положительно) позволяющая определенное поведение, "имеет силу" или "действительна", не может означать, что это поведение фактически имеет место, то такое утверждение может означать только то, что это поведение должно иметь место. В частности, правоведение не может утверждать, что в соответствии с некоторым правопорядком, при условии, что совершается противоправное деяние, последствие противоправного деяния в самом деле наступает. Такое утверждение противоречило бы реальности, так как очень часто случается, что вслед за противоправным деянием не наступает предусмотренное правопорядком последствие, а описание этой реальности не входит в задачу правоведения. И здесь не имеет значения, что описываемые правоведением нормы действительны, т.е. определяемое ими поведение является объективно должным, лишь если фактическое поведение в самом деле до некоторой степени соответствует правопорядку. Необходимо еще раз подчеркнуть, что эта действительность правопорядка есть лишь условие действительности, но еще не сама действительность. Если правоведение должно выразить действительность правопорядка, т.е. специфический смысл, в котором правопорядок обращается к подчиненным ему индивидам, то оно может сказать только, что в соответствии с некоторым правопорядком при условии, что совершается определенное этим правопорядком противоправное деяние, должно наступить предусмотренное правопорядком последствие; и это "должно" подходит к обоим случаям: и когда исполнение последствия противоправного деяния только уполномочено или (положительно) позволено, и когда оно предписано. Правовые высказывания могут быть лишь суждениями о долженствовании. Но здесь мы сталкиваемся с логической трудностью: употребляя глагол "должен", формулируемое правоведением правовое высказывание не приобретает властный (autoritativ) смысл описываемой им нормы, в правовом высказывании это "должен" имеет чисто дескриптивный характер. Но из того, что правовое высказывание нечто описывает, еще не следует, что предмет описания — бытийный факт. Ведь описываться могут не только бытийные факты, но и нормы долженствования. В особенности правовое высказывание не есть императив, оно есть суждение о предмете познания. Кроме того, оно отнюдь не предполагает одобряющего отношения к описываемой правовой норме. Описывающий право ученый-правовед не отождествляет себя с устанавливающей норму правовой властью. Правовое высказывание остается объективным описанием, оно не становится предписанием. Подобно закону природы, оно лишь констатирует связь между двумя фактами — функциональную связь.

¹⁵ См. Anders Wedberg. *Some problems in the logical analysis of legal science. — Theoria, vol.17, Stockholm, 1951, p.246 ff.*

Хотя объект правоправедения – правовые нормы, а значит, и конституируемые ими правовые ценности, тем не менее правовые высказывания, подобно естественнонаучным законам, представляют собой безоценочное описание своего предмета. Это значит, что такое описание не соотносится с метаправовой ценностью и не содержит никакой эмоциональной оценки одобрения или осуждения. Если ученый, описывая с точки зрения правоправедения позитивный правопорядок, говорит, что при предусмотренном правопорядком условии должен быть осуществлен предусмотренный правопорядком акт принуждения, он констатирует это, даже если он считает вменение акта принуждения его условию несправедливым, а потому не одобряет его. Нормы, создающие правовую ценность, следует отличать от норм, в соответствии с которыми оценивается конструкция права. Если правоправедение вообще призвано отвечать на вопрос о правомерности конкретного поведения, то его ответ может представлять собой лишь суждение о том, что рассматриваемый правопорядок предписывает или запрещает это поведение, уполномочивает его или не уполномочивает, позволяет или не позволяет, – независимо от того, считает ли сам правоправед это поведение хорошим или плохим с точки зрения морали, осуждает или одобряет его.

Поскольку правовое высказывание, как и естественнонаучный закон, констатирует функциональную связь, его можно по аналогии с естественнонаучным законом – назвать юридическим законом (Rechtsgesetz). Такой "юридический закон" (как мы уже отмечали, но хотим еще раз подчеркнуть) выражает посредством глагола "должен" лишь специфический смысл, в котором условие и следствие – особенно противоправное деяние и его последствие – связаны между собой в правовой норме; и эта связь, описываемая юридическим законом, все же отличается от выражаемой законом природы причинно-следственной связи, хотя и аналогична ей.

Подобно тому как естественнонаучный закон есть описывающее природу суждение, а не предмет описания, точно так же и юридический закон – т.е. описывающее право суждение, а именно формулируемое правоправедением правовое высказывание – не есть предмет описания, т.е. право, правовая норма. Правовая норма – хотя ее и называют законом, когда она имеет общий характер, – не есть закон: это не то, что можно назвать "законом" по какой бы то ни было аналогии с законом природы. Ведь норма не есть суждение, описывающее функциональную связь между фактами. Она вообще не суждение, но смысл акта, которым нечто предписывается и, следовательно, которым между фактами впервые устанавливается функциональная связь, описываемая правовым высказыванием как юридическим законом.

При этом надо иметь в виду, что правовое высказывание, выступающее в качестве юридического закона, подобно закону природы имеет общий характер, т.е. описывает общие нормы правопорядка и установленные ими отношения. Индивидуальные правовые нормы, созданные решениями судов и административных органов, правоправедение описывает так же, как естественные науки описывают конкретный эксперимент: при этом всегда указывается закон природы, действующий в данном случае. В учебнике физики, например, может быть такая фраза: "Вследствие того, что, согласно закону природы, металлические тела при нагревании расширяются, металлический шар, до нагревания проходивший через деревянное кольцо, перестал проходить через него после того, как физик N нагрел его". В учебнике по немецкому уголовному праву может быть сказано: "Ввиду того, что, согласно юридическому закону, который должен быть сформулирован применительно к немецкому праву, индивид, совершивший кражу, должен быть по суду наказан тюремным заключением, суд X в У, установивший, что А совершил кражу, решил, что он должен быть принудительно помещен в тюрьму сроком на 1 год". Суждение "А, совершивший кражу, должен быть принудительно помещен в тюрьму сроком на один год" описывает индивидуальную норму, установленную судом X в У.

Когда мы характеризуем выражаемую в правовом высказывании глаголом "должен" связь между условием и следствием как "вменение", то мы не вводим в науку новый термин,

так как она уже давно пользуется понятием "вменяемость". Вменяемым называется тот, кто за свое поведение может быть наказан, т.е. привлечен к ответственности, а невменяемым тот, кто за такое же поведение не может быть наказан, т.е. привлечен к ответственности, – например, потому что он несовершеннолетний или душевнобольной. Принято говорить, что одному человеку совершенное им действие или бездействие вменяется, а другому нет. Но рассматриваемое действие или бездействие вменяется или не вменяется только потому, что в одном случае поведение связывается с правовым последствием правонарушения (Unrechtsfolge) и, стало быть, квалифицируется как правонарушение, а в другом случае этого не происходит; поэтому невменяемый не может совершить правонарушение. Но это значит, что вменение как раз и заключается в такой связи правонарушения с правовым последствием. В отличие от того, как это понимает традиционная теория, подразумеваемое в понятии вменяемости вменение не есть связь между определенным поведением и человеком, который ведет себя таким образом; для этого не нужна связь посредством правовой нормы: поведение и субъект этого поведения в любом случае не могут быть разделены. Ведь поведение невменяемого тоже есть его поведение – его действие или бездействие, хоть это и не правонарушение, которое может быть вменено. Вменение, которое подразумевается в понятии вменяемости, есть связь некоторого поведения, а именно правонарушения, с правовым последствием. Поэтому можно сказать: правовое последствие вменяется правонарушению, но это последствие не вызвано правонарушением, т.е. правонарушение не есть его причина. Совершенно очевидно, что правоведение вовсе не стремится дать каузальное объяснение правовых феноменов – правонарушения и правового последствия. В правовых высказываниях, описывающих эти феномены, правоведение применяет не принцип причинности, но принцип, который – как показывает наш анализ – можно назвать вменением.

19. Принцип вменения в мышлении первобытного человека.

Изучение первобытных обществ и специфики мышления первобытного человека показывает, что в основе истолкования природы первобытным человеком лежит тот же принцип. Скорее всего, первобытный человек еще не объяснял явления природы на основании принципа причинности. Этот принцип, основной принцип естествознания, есть – как и оно само – достижение относительно развитой цивилизации. Древний человек истолковывал все свои чувственные восприятия, руководствуясь теми же принципами, которые определяли его отношения с другими людьми, т.е. социальными нормами.

Когда люди живут вместе, в их сознании возникает представление о том, что некоторое поведение правильно или хорошо, а другое неправильно или нехорошо, другими словами, что при определенных условиях члены группы должны себя вести определенным образом, причем "должны" в объективном смысле, так что индивид, в конкретном случае желающий поступить и фактически поступающий противоположным образом, сознает, что он вел себя не так, как должно. А. это означает, что в сознании человека, живущего в обществе, существует представление об обязывающих индивида нормах, регулирующих поведение людей по отношению друг к другу. Далее, члены одной группы оценивают поведение друг друга на основании таких норм, которые фактически сформировались под влиянием обычая, хотя они и истолковываются как предписания надчеловеческой властной инстанции. Вероятно, к самым древним относятся нормы, направленные на ограничение полового инстинкта и инстинкта агрессивности. Кровосмешение и убийство — это, наверное, древнейшие преступления, а объявление человека вне закона (т.е. исключение его из группы) и кровная месть – древнейшие социально-организованные санкции. В их основе лежало правило, господствовавшее в социальной жизни первобытных людей, правило воздаяния, которое включало возможность как награды, так и наказания. Его можно сформулировать примерно так: "Если ты ведешь себя правильно, ты должен быть награжден, т.е. ты должен получить что-то хорошее. Если же ты ведешь себя плохо, ты должен быть

наказан, т.е. тебе должно быть причинено зло. В этом основном правиле (Grundregel) условие и следствие связаны между собой не по принципу причинности, а по принципу вменения. И в той мере, в какой у первобытного человека вообще возникала потребность в объяснении происходящего, это объяснение происходило с помощью принципа воздаяния. Если какое-нибудь событие воспринималось как благо, оно истолковывалось как награда за хорошее поведение; если же происшедшее воспринималось как зло, оно интерпретировалось как наказание за плохое поведение, за правонарушение. Иначе говоря, несчастья, т.е. неблагоприятные события — как, например, плохой урожай, неудачная охота, военное поражение, болезнь, смерть "вменялись" противоправному (normwidrig) поведению членов группы в качестве наказания, а благоприятные события как, например, хороший урожай, успешная охота, военная победа, здоровье, долгая жизнь — вменялись правомерному (normgemäss) поведению членов группы в качестве награды. Если же происходило событие, для которого древние люди искали объяснение, — а это могло быть лишь событие, непосредственно затрагивавшее их интересы, — то они не спрашивали: "В чем причина происшедшего?", но только: "Кто за это в ответе?". Это не каузальное, а нормативное истолкование природы; и поскольку норма воздаяния, на которой основано это истолкование, представляет собой специфически социальный принцип, регулирующий поведение людей по отношению друг к другу, то этот способ истолкования природы можно назвать ее социально-нормативной интерпретацией.

Так называемый "анимизм" древних, их представление о том, что душой обладает не только человек, что одушевлено все, даже те вещи, которые мы считаем лишними жизни, что в вещах или за ними живут невидимые, но. могущественные духи, т.е. что все вещи — это люди или человекоподобные существа, — такое представление основано на убеждении, что вещи, ведут себя по отношению к человеку так же, как люди ведут себя по отношению друг к другу, т.е. в соответствии с принципом воздаяния, принципом награды и наказания. Первобытные люди верили, что эти души или духи посылают им в награду счастье, а в наказание — несчастье. Древние считали, что если существует связь между плохим поведением и несчастьем как наказанием, с одной стороны, и между хорошим поведением и счастьем как наградой — с другой, то это потому, что могущественные надчеловеческие, но одушевленные существа управляют природой именно в соответствии с принципом воздаяния. Суть анимизма — персонифицирующее, т.е. социально-нормативное истолкование природы, истолкование, в основе которого не закон причинности, а принцип вменения.

Следовательно, в сознании первобытного человека могло вообще не быть ничего похожего на современное научное представление о природе как о порядке элементов, связанных между собой причинно-следственными связями. То, что для современного научного сознания есть природа, для древнего человека было частью его общества как нормативного порядка, элементы которого связаны по принципу вменения. Первобытному сознанию был совершенно чужд дуализм природы как каузального порядка и общества как нормативного порядка, ему было чуждо представление о двух различных способах соединения данных в опыте элементов между собой. Такой дуализм в мышлении современного человека есть результат интеллектуального развития, в процессе которого происходит отделение людей от других существ, людей от вещей — различение, незнакомое первобытному человеку, — а каузальное объяснение отношений между предметами отделяется от нормативного истолкования отношений между людьми. Современное естествознание — это результат освобождения от социальной интерпретации природы, т.е. и от анимизма. В несколько парадоксально заостренной форме это можно выразить так: в начале упомянутого развития, в анимистический период истории человечества существовало только общество (как нормативный порядок), а природа как каузальный порядок была создана наукой лишь после освобождения от анимизма. Средством этого освобождения стал принцип причинности.

20. Возникновение принципа причинности из принципа воздаяния

Вероятно, закон причинности возник из нормы воздаяния. Это результат трансформации принципа вменения, в соответствии с которым в норме воздаяния неправильное поведение связывается с наказанием, а правильное – с наградой. Эта трансформация началась в древнегреческой натурфилософии. Весьма примечательно, что греческое слово со значением "причина" (αίτία) означало также и вину; причина виновна в следствии, она ответственна за следствие; следствие так же вменяется причине, как наказание правонарушению. Одну из древнейших формулировок закона причинности находим в знаменитом фрагменте Гераклита: "Если Солнце отклонится от предписанной ему тропы, то эринии – служительницы справедливости – укажут ему на это". Здесь закон природы еще выглядит как правовое высказывание: Солнце не покидает предписанную ему тропу, потому что если бы оно это сделало, то правовые органы приняли бы против него меры. Решительный шаг в этом переходе от нормативного к каузальному истолкованию природы, от принципа вменения к принципу причинности состоит в осознании человеком того, что отношения между вещами — в отличие от отношений между людьми — не зависят от человеческой или надчеловеческой воли, или – что то же самое не определяются нормами; в осознании того, что поведение вещей не предписывается и не разрешается никакой властной инстанцией. Полное очищение принципа причинности от всех элементов анимистического, т.е. персонифицирующего мышления, установление причинности как принципа, отличного от вменения, могло произойти лишь постепенно. Так, например, представление о том, что каузальность есть абсолютно необходимое отношение между причиной и следствием, — представление, господствовавшее еще в начале XX века, — без сомнения есть отголосок воззрения, согласно которому связь между причиной и следствием установлена волей некоей абсолютной и всемогущей, следовательно трансцендентной, находящейся за пределами человеческого опыта властной инстанции. Если отказаться от этого воззрения, то ничто не помешает устранить из понятия каузальности элемент необходимости и заменить его элементом простой вероятности. Если же, однако, сохранить элемент необходимости, то его смысл должен будет измениться: из свойственной божественной воле абсолютной необходимости, выражающейся в причинно-следственных отношениях, он должен превратиться в необходимость для человеческого мышления, выражающуюся в не знающей исключений действительности определенного теоретике—познавательного постулата.

21. Каузальная и нормативная социальные науки

Будучи признан, принцип причинности может быть применен и к человеческому поведению. Человеческое поведение составляет предмет психологии, этнологии, социологии и истории в той мере, в какой оно определяется законами каузальности, т.е. протекает в сфере природы, или природной реальности. Если наука, которая называется социальной, потому что изучает поведение людей по отношению друг к другу, пытается объяснить человеческое поведение каузально, она, как мы уже говорили, не отличается существенным образом от естественных наук, например от физики, биологии, физиологии. В какой степени возможно объяснить человеческое поведение каузально – это уже другой вопрос. Во всяком случае с этой точки зрения разница между упомянутыми социальными науками и естественными есть разница лишь в степени, но не в принципе. Существенное отличие обнаруживается только между естественными науками и такими социальными науками, которые истолковывают поведение людей по отношению друг к другу исходя не из принципа причинности, а из принципа вменения, науками, которые описывают не то, как в природной реальности протекает человеческое поведение, определяемое законами каузальности, но то, как оно должно протекать, определяемое позитивными (т.е. установленными посредством человеческих актов) нормами. И если рассматриваемую здесь сферу назвать сферой ценностей и в таком качестве противопоставить ее сфере природной

реальности, то следует помнить, что речь идет о ценностях, созданных позитивными (т.е. установленными во времени и пространстве посредством человеческих актов) нормами, и что поэтому предмет этих социальных наук отнюдь не ирреален: у него тоже есть своя реальность, только она отлична от природной – это социальная реальность. К таким социальным наукам относятся этика, т.е. наука о морали, и юриспруденция – наука о праве. То, что эти науки называются нормативными, еще не значит, что они устанавливают нормы человеческого поведения. И таким образом предписывают, уполномочивают или положительно позволяют определенное человеческое поведение, но это значит, что они описывают некоторые, установленные посредством человеческих актов нормы и созданные ими отношения между людьми. Ученый, занимающийся теорией морали или права, отнюдь не представляет собой социальную властную инстанцию. Его задача – не управлять обществом, но изучить и понять его. Общество как предмет нормативной социальной науки – это нормативный порядок поведения людей по отношению друг к другу. Люди принадлежат обществу в той мере, в какой их поведение урегулировано таким нормативным порядком – предписано, уполномочено или положительно позволено. Когда говорят, что общество конституировано нормативным порядком, регулирующим поведение некоторого множества людей по отношению друг к другу, то следует ясно сознавать, что порядок и общество – это не две разные вещи, а одно и то же, что "общество" и есть не что иное, как этот порядок, и что если социум называют "общностью" (Gemeinschaft), то "общее" у этих людей – именно порядок, регулирующий их поведение по отношению друг к другу.

Это проявляется особенно отчетливо в случае правопорядка или конституируемого им правового сообщества, объединяющего людей разных рас, языков, религий, мировоззрений и особенно людей, принадлежащих к группам с разными и даже враждебными друг другу интересами. Все они образуют одно правовое сообщество, поскольку они подчинены одному и тому же правопорядку, т.е. поскольку их поведение по отношению друг к другу регулируется одним и тем же правопорядком. Верно, что нормативный порядок считается действительным, только если он в общем и целом действителен; что если нормативный порядок, особенно правопорядок, действителен, т.е. регулируемое им человеческое поведение в общем и целом ему соответствует, то можно сказать: если имеются условия, предусмотренные нормами социального порядка, то, вероятно, наступят последствия, которые нормы связывают с этими условиями; а в случае действительного правопорядка можно сказать: если совершено предусмотренное правопорядком правонарушение, то, вероятно, наступит предписанное правопорядком правовое последствие. Если допустить, что между причиной и следствием существуют отношения не абсолютной необходимости, но простой вероятности, а суть причинно-следственной связи состоит в возможности предсказывать события, то может показаться, будто юридические законы вообще не отличаются от законов природы и потому должны формулироваться как суждения о бытии, а не как суждения о долженствовании. Подобно тому, как естественнонаучные законы предсказывают поведение природы, юридические законы предсказывают поведение общества (или государства). Закон природы гласит: "Если металлическое тело нагреть, оно расширяется"; юридический закон гласит: "Если человек украдет, он будет наказан судом". Исходя из этого допущения, выдающиеся представители американской школы так называемого "правового реализма" утверждают, что право - the law - есть не что иное, как предсказание того, какие решения будут принимать суды, что право есть наука предсказания. На это прежде всего следует возразить, указав, что утверждение, согласно которому юридические законы, подобно законам природы, представляют собой высказывания о будущих событиях, не может относиться к установленным правовой властью нормам: ни к установленным законодателем общим правовым нормам, ни к созданным решениями судов индивидуальным нормам – иначе говоря, это утверждение не может относиться к праву, а только к описывающим право правовым высказываниям, сформулированным правоведением. Правовые нормы, как уже говорилось, — это вообще не высказывания ни о будущих, ни о прошедших событиях. Правда, они обычно касаются будущего человеческого поведения, однако ничего о нем не

"высказывают", но предписывают, уполномочивают или позволяют его. Напротив того, формулируемые правоведами правовые высказывания суть настоящие высказывания, но – в отличие от законов природы — это высказывания не о том, что нечто произойдет, а о том, что нечто должно произойти, согласно описываемому правоведами праву. Неверно возражение, согласно которому правовые нормы считаются правоведами действительными, только если они действительны, и эти нормы (если правовыми высказываниями описываются только действенные нормы) все же представляют собой высказывания о фактических событиях. Ведь, как уже было показано, действенность и действительность не тождественны, Правовая норма действительна, не только если она вполне действительна: достаточно, чтобы она была хотя бы в некоторой степени действительна, т.е. соблюдалась и применялась. Всегда должна допускаться возможность недейственности нормы, т.е. возможность того, что в отдельных случаях она не применяется и не соблюдается. Именно здесь сказывается различие между юридическим законом и законом природы. Если обнаруживается факт, противоречащий некоторому закону природы, от этого закона следует отказаться как от неверного и заменить его другим, согласующимся с этим фактом. А противоправное поведение, если оно не слишком часто встречается, еще не основание для того, чтобы правоведами сочло недействительной нарушаемую при этом норму и заменило описывающее право правовое высказывание другим. При формулировке законов природы естествознанию следует ориентироваться на факты; факты же человеческого действия и бездействия, напротив, должны, ориентироваться на правовые нормы, описываемые правоведами. Именно поэтому описывающие право правовые высказывания следует считать суждениями о долженствовании.

Присущее так называемому "правовому реализму" смешение права и правоведами весьма характерно и ясно показывает необходимость в (отличном от понятия "правовая норма") понятии "правовое высказывание" в качестве своего рода "юридического закона", аналогичного естественнонаучному закону, но все же отличного от него. Кроме того, не очевидно, что законы природы – это предсказания (т.е. высказывания о будущих событиях). Каузальный естественнонаучный закон подтверждается, если на его основании можно предсказать будущее событие. Однако его главная функция – объяснение уже происшедшего события, интерпретируемого как следствие указываемой законом причины. В этом смысле он касается прошлого. Законы природы укоренены в нашем опыте, а наш опыт принадлежит прошлому, а не будущему. В качестве предсказания будущего закон природы применим, лишь если исходить из проблематического допущения о том, что прошлое повторится в будущем. Но мы не будем рассматривать здесь этот вопрос. Как бы то ни было, предсказание судебных решений не входит в задачу правоведами. Ведь оно направлено не только на изучение индивидуальных правовых норм, созданных решениями судов, но – и прежде всего – на изучение созданных законодательными органами и обычаями общих правовых норм, предсказать которые вряд ли возможно, так как конституция обычно предопределяет только процедуру принятия законов, но не их содержание (ср. § 35 а). Что же касается предсказания судебных решений, то оно основывается главным образом на том, что суды обычно все же применяют общие правовые нормы, созданные законодательными органами или обычаями; таким образом, это предсказание сводится по сути к следующему высказыванию: "Суды будут решать так, как они должны решать согласно действительным общим нормам". Предсказания правового реализма отличаются от правовых высказываний нормативного правоведами лишь тем, что представляют собой суждения о бытии, а не суждения о долженствовании, но в качестве суждений о бытии они не передают специфического смысла права. Ну а если суды своими решениями создают новое право, то предсказание столь же мало возможно, как и в случае общих норм, которые должны быть созданы законодателем. Между тем эти правовые нормы составляют большую часть права, с которым имеет дело правоведами. Но даже в той мере, в какой предсказание возможно, оно не входит в задачу науки о праве, которая может описывать созданные судами индивидуальные нормы и созданные законодателем и ; обычаями общие нормы лишь после того, как они вступят в силу.

Очевидно, предсказание судебного решения можно считать делом юриста-практика, который консультирует своего клиента. Но правопознание нельзя путать с юридическими советами. Даже если в общем и целом действенный порядок можно описать посредством суждений, которые, как и законы природы, утверждают, что при определенных условиях и в самом деле наступают определенные следствия (т.е. что если происходит нечто, что в соответствии с этим порядком «квалифицируется правоприменительными органами как правонарушение, то наступает предусмотренное порядком правовое последствие), то и тогда подобное описание — не дело правоведения. Ведь правоведение, формулируя правовые высказывания, выявляет не причинную, а нормативную, основанную на вменении связь между элементами своего предмета.

22. Различия между принципом причинности и принципом вменения

Как принцип причинности, так и принцип вменения выражаются в форме гипотетического суждения, где определенное условие связывается с определенным следствием. Но, как мы видели, смысл связи в этих двух случаях различен. Принцип причинности значит: если есть А, то есть (или будет) В. Принцип вменения значит: если есть А, то должно быть В. В качестве примера использования принципа причинности в конкретном законе природы можно сослаться на уже упоминавшийся закон расширения металлов при нагревании. Вот примеры использования принципа вменения в области нормативных социальных наук: если кто-то сделал тебе добро, ты должен выразить ему благодарность; если кто-то пожертвовал жизнью за родину, должно чтить его память; если кто-то согрешил, он должен покаяться в своих грехах. Это моральные высказывания, или моральные законы, в которых излагаются позитивные нормы, т.е. нормы, установленные предписаниями религиозного лидера или обычаем. А вот правовые высказывания, или юридические законы, в которых излагаются позитивные правовые нормы, установленные законодателем или обычаем: если кто-то совершил преступление, он должен быть наказан; если кто-то не возвращает взятую ссуду, к нему должны быть применены гражданско-правовые санкции имущественного характера. Как уже говорилось, разница между причинностью и вменением состоит в том, что отношения между условием как причиной и следствием как результатом, выражаемые законом природы, в отличие от отношений между условием и (по)следствием, описываемых моральным и юридическим законом, не создаются установленной людьми нормой и не зависят ни от какого вмешательства со стороны человека. Поскольку специфический смысл акта, которым устанавливаются отношения между условием и следствием в моральном или юридическом законе, есть норма, то здесь можно говорить о нормативных отношениях в отличие от каузальных. "Вменение" — это термин для обозначения нормативных отношений. Эти отношения — и только они — выражаются глаголом "должен", когда он употребляется в моральном или юридическом законе.

Еще одно различие между причинностью и вменением заключается в том, что всякая конкретная причина должна рассматриваться как следствие (Wirkung) другой причины, а всякое конкретное следствие — как причина другого следствия, а потому цепь причин и следствий бесконечна в обоих направлениях, что соответствует самой сути принципа причинности. К этому следует еще добавить, что всякое конкретное событие есть точка пересечения теоретически неограниченного числа каузальных рядов. Совершенно иное положение мы наблюдаем в случае вменения. Условие, которому вменяется следствие (Folge) в моральном или юридическом законе, — например, смерть за отечество, которой вменяется слава: благодеяние, которому вменяется благодарность; грех, которому вменяется покаяние (епитимья); преступление, которому вменяется наказание, — все эти условия не являются с необходимостью также и последствиями, которые непременно вменяются другим условиям. А последствия — слава, благодарность, епитимья, наказание — не должны с необходимостью быть также и условиями, которым непременно вменяются дальнейшие

последствия. Количество элементов в цепи вменения ограничено, в отличие от каузальной цепи, число элементов которой бесконечно. Цепь вменения имеет конечный член, в то время как в каузальном ряду ничего подобного нет. Допущение первопричины – некоей *prima causa*, аналогичной конечному элементу в цепи вменения, — несовместимо с идеей причинности, по крайней мере, с тем пониманием причинности, которое выразилось в законах классической физики. Представление о первопричине как о творческой воле Бога или как о свободной воле человека, – представление, решающее для религиозной метафизики, тоже есть лишь рудимент первобытного мышления, в котором принцип причинности еще не отделился от принципа вменения.

23. Проблема свободы воли

Именно на коренном различии причинности и вменения (вменение имеет конечный элемент, а причинность – нет) основана противоположность между необходимостью, господствующей в природе, и свободой, существующей в обществе и столь существенной для нормативных отношений между людьми. Несвобода человека как части природы означает, что его поведение следует считать естественным фактом, "причиненным" (*verursacht*) – по законам природы – другими фактами; иначе говоря, следует считать, что оно есть следствие (результат) этих фактов и, значит, определено ими. Но утверждение о том, что человек как нравственная или правовая личность "свободен", а потому ответствен, означает совсем другое. Если человек признается морально или юридически ответственным (в смысле одобрения или осуждения) за свое моральное или неморальное, правомерное или противоправное поведение, т.е. если его поведение в соответствии с моральным или юридическим законом истолковывается как заслуга, грех или правонарушение и заслуге вменяется награда, греху – епитимья, правонарушению – правовое последствие (т.е. наказание в самом широком смысле), то человеческое поведение, которое истолковывается как заслуга, грех или правонарушение, становится конечным элементом цепи вменения. Правда, обычно говорят, что заслуга, грех или преступление вменяются человеку, ответственному за поведение, о котором идет речь. Но, как уже указывалось, настоящий смысл такого высказывания состоит в следующем: человек должен получить награду за свою заслугу (или, точнее, его заслуга должна быть вознаграждена); человек должен покаяться в своем грехе (или, точнее, этот грех должен быть искуплен покаянием); преступник должен быть наказан (или, точнее, за преступлением должно последовать надлежащее наказание). Ведь дело не в том, что поведение, квалифицируемое как заслуга, грех, преступление, вменяется ведущему себя так человеку: подобное вменение было бы излишним, поскольку, как уже говорилось, отделить поведение человека от самого этого человека невозможно. Если вследствие того, что какой-то человек совершил доблестный поступок, грех или преступление, возникает вопрос о вменении, то это вопрос не о том, кто совершил доблестный поступок, грех или преступление (т.е. не вопрос о факте); вопрос о вменении с точки зрения морали или права звучит так: кто ответствен за рассматриваемое поведение? И вопрос этот означает: кто должен быть за него награжден? На кого должна быть наложена епитимья? Кто должен быть наказан? Вменяются – в качестве специфических следствий специфическому условию – именно награда, покаяние, наказание. А условие – это поведение, представляющее собой доблестный поступок, грех или преступление. Вменение награды доблестному поступку, епитимьи – греху, наказания – преступлению уже заключает в себе вменение человеку, которое одно только и Выражается при традиционном словоупотреблении.

Проблема моральной или правовой ответственности принципиально связана с проблемой воздаяния; воздаяние есть вменение награды заслуге, епитимьи — греху, наказания — правонарушению. Если принцип воздаяния связывает соответствующее норме поведение с наградой, а противоречащее ей – с епитимьей или наказанием и таким образом предполагает норму, предписывающую или запрещающую это поведение, либо такую норму,

которая запрещает это поведение именно посредством того, что связывает его с наказанием; и если это поведение, составляющее непосредственное условие награды, епитимьи или наказания, в свою очередь при определенных условиях оказывается предписанным или запрещенным, — тогда и поведение, которому как непосредственному условию вменяется награда, епитимья или наказание, может вменяться тому условию, при котором оно предписано или запрещено, — если под вменением понимать всякую связь между неким человеческим поведением и тем условием, при котором это поведение предписывается или запрещается нормой (ср. § 24 и § 30 б). Например, мораль предписывает: если кто-нибудь попал в беду, ему должно оказать помощь; если человек выполняет это предписание, его поведение должно одобрить, если же не выполняет, его поведение должно осудить. Санкции одобрения и осуждения вменяются своему непосредственному условию — предписанному оказанию помощи и запрещенному бездействию (т.е. не-оказанию помощи); предписанное ; оказание помощи вменяется непосредственно обуславливающему его факту, который состоит в том, что некто попал в беду. Этот факт есть опосредованное условие функционирующего «в качестве санкции одобрения помощи и осуждения бездействия. Еще один пример. Право предписывает: если человек, взявший ссуду, не возвращает ее, то на его имущество должно быть обращено принудительное взыскание в качестве санкции. Санкция принудительного взыскания вменяется невозвращению ссуды (квалифицируемому как правонарушение) как ее непосредственному условию; предписанное возвращение ссуды вменяется его непосредственному условию получению ссуды. Этот факт есть опосредованное условие санкции принудительного взыскания. Помимо этого опосредованного условия санкции нет и не может быть вменения. Но награда, епитимья, наказание (в самом широком смысле) вменяются не своему опосредованному, но лишь своему непосредственному условию — заслуге, греху, правонарушению. Вознаграждается или наказывается не условие, при котором определенное поведение предписывается как доблестное деяние или запрещается как грех или правонарушение, но человек, который ведет себя в соответствии с предписанием или нарушает его, точнее: его поведение, соответствующее предписанию, вознаграждается, а противоположное — наказывается. В этом поведении человека находит свое завершение вменение, составляющее его юридическую или моральную ответственность. Но если некоторое событие есть следствие какой-то причины, и эта причина, как обычно, тоже имеет свою причину, тогда эта причина — в качестве *causa remota* — также есть причина рассматриваемого события. Оно соотносится не только со своей непосредственной причиной, но также и со всеми своими опосредованными причинами и истолковывается как следствие всех этих причин, образующих бесконечную цепь. Решающее значение имеет здесь следующее: поведение, подставляющее собой конечный элемент вменения, которое есть ответственность, существующая лишь в рамках морального или правового порядка, — это поведение в рамках каузального природного порядка ни в качестве причины, ни в качестве следствия не может быть конечным элементом, но лишь одним из членов бесконечного ряда.

В этом состоит истинный смысл представления о том, что человек как субъект морального или правового порядка т.е. как член общества, как моральная или юридическая личность “свободен”. То, что человек, подчиненный моральному или правовому порядку, “свободен”, означает, что он есть конечный элемент вменения, которое возможно только на основании этого нормативного порядка. Однако, согласно обычным представлениям, свобода есть противоположность каузальной детерминированности. Свободным считается то, что не подчиняется закону причинности. Обычно говорят: человек несет ответственность, т.е. он вменяем с моральной или юридической точек зрения, потому что он свободен или обладает свободной волей; а это, согласно обычным представлениям означает, что он не подчиняется определяющему его поведение закону причинности в той мере, в какой его воля есть причина следствий, но не следствие причин. Только потому, что человек свободен, на него можно возложить ответственность за его поведение; его можно награждать за заслуги, наказывать за преступления; от него можно ожидать, что он искупит покаянием свои грехи. Однако допущение, согласно которому только свобода человека (т.е. тот факт,

что он не подчиняется закону причинности) делает возможной ответственность (и тем самым вменение), очевидным образом противоречит фактам социальной жизни. Ведь создание регулирующего человеческого поведение нормативного порядка, на котором только и может основываться вменение, как раз предполагает, что воля человека, чье поведение этот порядок регулирует, поддается каузальному детерминировано, следовательно, несвободна. Ведь бесспорная функция такого порядка состоит в том, чтобы побуждать людей вести себя так, как предписывает порядок, чтобы сделать предписывающие определенное поведение нормы возможными мотивами, направляющими человеческую волю к действиям, соответствующим нормам; но это означает, что представление о норме, предписывающей определенное поведение, становится причиной поведения, соответствующего норме. Лишь вследствие того, что нормативный порядок — как содержание представлений людей, поведение которых он регулирует, — включается в каузальный процесс, в цепь причин и следствий, он выполняет свою социальную функцию. И лишь на основе такого нормативного порядка, каузальность которого относительно воли подчиненных ему людей предполагается, возможно вменение.

Выше мы уже указывали (ср. § 4 в), что бессмысленной была бы норма, предписывающая то, о чем заранее известно, что — в силу закона природы — оно с необходимостью должно происходить всегда и везде. Тем самым вроде бы признается, что нормативность и каузальность исключают друг друга. Однако это не так. Норма, согласно которой человек должен говорить правду, не бессмысленна, так как у нас нет оснований предполагать существование закона природы, в соответствии с которым люди всегда и везде с необходимостью говорят правду, и мы знаем, что иногда люди говорят правду, а иногда лгут. Но в обоих случаях — говорит ли человек правду или лжет — его поведение определено каузально, т.е. естественным законом: конечно, не законом, согласно которому человек всегда с необходимостью говорит правду или всегда с необходимостью лжет, но, например, законом, согласно которому человек всегда выбирает такое поведение, которое ему выгоднее. Представление о норме, предписывающей говорить правду, в сочетании с этим естественным законом может быть действенным мотивом поведения, соответствующего норме. Норма, запрещающая людям умирать, была бы бессмысленной, так как мы заранее знаем, что, согласно закону природы, все люди с необходимостью умирают. Представление о подобной норме никак не может быть действенным мотивом поведения, соответствующего норме, но противоречащего закону природы. Именно из-за невозможности каузальных следствий сама идея такой нормы бессмысленна.

Правда, некоторые философы, не отрицая, что человеческая воля, как и все явления, на самом деле каузально детерминирована, утверждают тем не менее, что для того, чтобы морально-правовое вменение стало возможным, человека следует рассматривать так, как если бы он обладал свободой воли; иначе говоря, они полагают, что нужно сохранить свободу воли, ее каузальную недетерминированность, в качестве необходимой фикции¹⁶. Только если признать вменение как связь фактов, отличную от причинности, но ей не противоречащую, то исчезает сама потребность в этой фикции: она оказывается совершенно излишней.

Поскольку нельзя отрицать объективную детерминированность воли по закону причинности, то некоторые авторы полагают, что возможность вменения может быть

¹⁶ Шакова позиция Канта. В "Основах метафизики нравственности" (S.448) он пишет: "Итак, я говорю: каждое существо, которое не может поступать иначе, как руководствуясь идеей свободы, именно поэтому в практическом отношении и на самом деле свободно, т.е. для него значимы (*gelten*) все законы, неразрывно связанные со свободой, точно так, как если бы его воля также и сама по себе — и в теоретической философии — была признана значимо (*gültig*) свободной". Таким образом, свобода воли, которую, как полагают, необходимо принять в практической философии, в этике, чтобы обеспечить моральное вменение, эта свобода воли оказывается с точки зрения теоретического познания чистой фикцией. Воля человека рассматривается так, как если бы она не была определена каузально, хотя на самом деле она определена каузально." — *Op. cit.*, S.455; "Поэтому свобода есть лишь идея, разума, объективная реальность которой сама по себе сомнительна". *Op. cit.*, S.459: "Свобода же есть только идея... поэтому, так как для нее никогда нельзя по какой-либо аналогии привести пример, она никогда не может быть понята или даже только усмотрена (*eingesehen*)". (Ср. И. Кант, Сочинения в 6 томах, т. 4, ч. 1. М., 1965, с.291, 300, 305. — Перев.)

основана на том субъективном факте, что человек, хотя он и несвободен, все же – пусть ошибочно – считает себя свободным. А то, что человек считает себя свободным, выводится из того, что, совершив моральное или юридическое преступление, он испытывает раскаяние и угрызения совести. Но этот ход рассуждений неверен. Далеко не все люди испытывают раскаяние или угрызения совести вследствие совершенного ими преступления. Прежде всего, многие вовсе не считают преступлением то, что господствующий моральный или правовой порядок расценивает как преступление; далее, разные порядки резко расходятся относительно того, что считать злом или преступлением. Люди испытывают раскаяние и угрызения совести, даже если они сознают, что совершили дурной, с их точки зрения, поступок под влиянием мотива более сильного, нежели тот, что побуждал их воздержаться от этого поступка. Даже убежденный детерминист может испытывать раскаяние или угрызения совести, если он совершил нечто с его точки зрения дурное; и даже убежденный детерминист отнюдь не делает из своих взглядов вывода о том, что запрещенное моралью или правом поведение не должно быть осуждено или наказано, что не должно осуществляться вменение. Предпосылку вменения не составляет ни факт, ни фикция свободы как каузальной недетерминированности, ни субъективное заблуждение человека относительно того, что он свободен.

Некоторые авторы полагают, что конфликт между свободой воли как неперменной предпосылкой вменения и определяющим все происходящее принципом причинности можно разрешить следующим образом: человек морально или юридически ответствен за происшедшее, либо если оно вызвано совершенным им актом воли, либо если он не совершил акта воли, который мог бы предотвратить происшедшее. Он не несет ответственности за происшедшее, если оно не было вызвано актом его воли или тем, что он не совершил акта воли, который мог бы предотвратить происшедшее. По мнению этих авторов, свобода воли – это сознание возможности действовать в соответствии со своей волей (или желанием). Они считают, что такое положение вещей вполне совместимо с жестким детерминизмом, так как рассматриваемый акт воли или его несовершенство считаются каузально детерминированными. Но и попытка спасти свободу, истолковав ее как имеющуюся у человека возможность действовать в соответствии со своей волей, оказывается неудачной. Ведь наше сознание способности действовать в соответствии с нашей волей равносильно сознанию того, что наша воля есть причина наших действий. Однако вопрос не в том, вызываются ли действия волей как причиной, — не это отрицает индетерминизм; вопрос в том, детерминирована ли каузально воля или нет. Если рассматриваемая, попытка по своему замыслу есть не просто фактическое отрицание свободы воли, но должна предложить решение проблемы при сохранении допущения о том, что ответственность возможна лишь при условии свободы воли, – то в таком случае мы имеем дело со сдвигом в постановке проблемы. При такой постановке проблемы доказывается лишь то, что при каузальной детерминированности воли морально-юридическое вменение возможно и фактически осуществляется.

Очень часто утверждают, что допущение о том, что человек обладает свободной (т.е. каузально недетерминированной) волей, необходимо для объяснения того, почему морально-юридическую ответственность несет только человек, а не вещи, явления природы или животные, почему вменение касается лишь человека. Но вменение касается лишь человека потому, что моральные и правовые порядки регулируют только человеческое поведение, а они регулируют только человеческое поведение потому, что считается, что представление об их нормах лишь у человека вызывает акты воли, которые в свою очередь вызывают ("причиняют") предписанное поведение. Следовательно, искомое объяснение заключается не в свободе, но, напротив, в возможности каузально детерминировать человеческую волю.

Еще один аргумент в пользу догмы свободы воли – указание на то, что современные правовые порядки в некоторых случаях делают исключения из ответственности, т.е. вменения, потому что – как обычно говорят – нельзя считать, что в этих случаях имеет место решение

свободной воли. Согласно такой аргументации, именно поэтому не несут ответственности за свое поведение и его последствия дети, душевнобольные, а также психически здоровые взрослые, если они подвергаются "непреодолимому принуждению"¹⁷. Что касается двух первых случаев, то здесь объяснение состоит в том, что, как принято считать, детей и душевнобольных – в силу особенностей их сознания – невозможно или очень трудно побудить вести себя предписанным образом с помощью представлений о правовых нормах; другие мотивы, как правило, оказываются сильнее, чем эти представления, тем более что эти индивиды большей частью вообще ничего не знают о правовых нормах. В отношении же психически здоровых взрослых можно сказать, что для них представление о правовой норме и отрицательных последствиях, которые влечет за собой ее нарушение, оказывается, как правило, более сильным мотивом нежели те, что ведут к противоположному поведению. Разумеется, также и у взрослого психически здорового человека эти мотивы могут оказаться сильнее, но это уже исключение. Современные правопорядки исходят из представления о среднестатистическом человеке и о среднестатистическом наборе внешних обстоятельств, при которых происходят каузально детерминированные действия людей. Если человек, соответствующий среднестатистическому типу, при среднестатистических обстоятельствах совершает – каузально детерминированно – запрещенный правопорядком поступок, то, согласно этому правопорядку, он ответствен за этот поступок и за его последствия. Если он совершает запрещенный поступок, каузально детерминированный обстоятельствами, отличными от тех, которые правопорядок принимает за среднестатистические, – тогда говорят, что этот человек действует под влиянием непреодолимого принуждения; хотя принуждение, под влиянием которого действует человек, всегда непреодолимо. Ведь каузальность по своей природе как раз и есть непреодолимое принуждение. То, что в юридической терминологии обозначается как "непреодолимое принуждение", в сущности представляет собой лишь частный случай непреодолимого принуждения: а именно такой, при наличии которого правопорядок не предусматривает ответственности за поступок, за который, если он вызван другими причинами, совершивший его человек несет ответственность (при том, что его действия были каузально детерминированы). Когда происходит вменение, всегда присутствует непреодолимое принуждение. Однако не во всех случаях непреодолимого принуждения имеет место вменение.

Наконец, следует упомянуть точку зрения, согласно которой детерминизм можно совместить с морально-правовой ответственностью, лишь если признать недостаточным наше знание о каузальной детерминированности человеческого поведения: мы не знаем ничего или слишком мало о причинах, определяющих человеческое поведение. Если бы мы в точности знали эти причины, мы не стали бы возлагать на человека ответственность за его поведение и за последствия этого поведения. Отсюда и пословица: "Все понять значит все простить". "Понять" поведение человека значит узнать его причины; "простить" человека значит не возлагать на него ответственность за его поведение, не порицать и не наказывать за него, не связывать с этим поведением правовых последствий, иными словами – отказаться от вменения. Однако часто бывает так, что причины поведения очень хорошо известны, следовательно, оно понятно, и все же это поведение отнюдь не прощается и от вменения вовсе не отказываются. Таким образом, пословица основана на ошибочном представлении о том, что причинность исключает вменение.

Из вышесказанного следует, что не свобода, т.е. каузальная недетерминированность воли, но – как раз наоборот – каузальная детерминируемость (*Bestimmbarkeit*) воли делает возможным вменение. Человек вменяем не потому, что он свободен, но он свободен потому, что он вменяем. Верно, что свобода и вменение по самой своей сути связаны. Но эта свобода не может исключать каузальность и на самом деле вовсе ее не исключает. Если утверждение о том, что человек как моральная или юридическая личность свободен, имеет хоть какой-то реальный смысл, то эта моральная или юридическая свобода должна быть совместима с каузальной детерминированностью человеческого поведения. Человек свободен в силу того,

¹⁷ *"Unwiderstehlicher Zwang"*; ср. понятие *"vis major"* (непреодолимая сила). – Прим. пер.

что награда, епитимья или наказание в качестве последствия вменяются определенному поведению как условию; не потому, что это поведение каузально недетерминировано, но вопреки тому, что оно каузально детерминировано, – и даже вследствие того, что оно каузально детерминировано. Человек свободен потому, что это его поведение есть конечный элемент в цепи вменения. И оно может быть конечным элементом, даже если оно каузально детерминировано. Следовательно, между каузальностью естественного порядка и свободой внутри морального или правового порядка нет никакого противоречия, равно как и между естественным порядком, с одной стороны, и моральным или правовым порядком – с другой, нет и не может быть никакого противоречия, так как первый из них – порядок бытия, а два других – порядки долженствования. Ведь логическое противоречие может существовать лишь между одним высказыванием о бытии и другим или же между одним высказыванием о долженствовании и другим.

24. Факты, отличные от человеческого поведения, как содержание социальных норм

Принцип вменения – в своем первоначальном смысле – связывает между собой два акта человеческого поведения: поведение одного человека с поведением другого; так, например, в моральном законе этот принцип награду связывает с заслугой, а в правовом высказывании он связывает наказание с преступлением; или же одно действие человека может связываться с другим действием того же человека; так, например, в религиозно—моральном законе покаяние (епитимья) связывается с грехом. Во всех этих случаях предусмотренное нормой человеческое поведение обусловлено другим человеческим поведением. Условие, как и следствие, есть акт человеческого поведения. Однако нормы социального порядка не обязательно касаются только человеческого поведения, они могут относиться и к другим фактам. Как уже указывалось по другому поводу, норма может запрещать определенное человеческое поведение, имеющее вполне определенный результат (например, запрещение убийства), но норма может предписывать и определенное человеческое поведение, которое обусловлено не только поведением другого человека, но также и фактами, отличными от человеческого поведения; например, моральная норма любви к ближнему: если кто-то страдает, ты должен постараться избавить его от этого страдания; или же правовая норма: если кто-то вследствие душевной болезни представляет собой социальную опасность, он должен быть принудительно помещен в специальное заведение. Вменение, происходящее на основании принципа воздаяния и представляющее собой моральную и правовую ответственность, есть лишь особый – хотя и наиболее важный – случай вменения в широком смысле, т.е. связи человеческого поведения с тем условием, при котором это поведение предписывается нормой. Всякое воздаяние есть вменение, но не всякое вменение есть воздаяние. Далее следует заметить, что нормы могут касаться людей, не касаясь при этом их поведения. Таков, например, случай ответственности (Haftung) за противоправное Деяние другого лица и в особенности случай коллективной ответственности (ср. § 28 г).

Если в суждении о том, что при определенных условиях должно иметь место определенное человеческое поведение, в качестве условия предусмотрено не человеческое поведение или не только оно одно, и если также и в этом случае связь между обуславливающим фактом и обусловленным человеческим поведением обозначается термином "вменение", то, значит, это понятие употребляется здесь не в первоначальном, а в более широком смысле. Ведь следствие вменяется не только человеческому поведению (или — пользуясь традиционной терминологией – не только определенному лицу), но также и фактам или внешним обстоятельствам. Но вменяется всегда только одно – человеческое поведение.

25. Категорические нормы

Может показаться, что существуют социальные нормы, которые предписывают определенное человеческое поведение безусловно, или – что то же самое – при любых обстоятельствах, и в этом смысле это нормы категорические – в противоположность гипотетическим. Речь идет о нормах, предписывающих воздержание от действий, например: "не убивай", "не кради", "не лги". Если бы эти нормы и в самом деле имели категорический характер, то было бы невозможно нормативно истолковать созданную такими нормами социальную ситуацию в суждении, соединяющем два элемента как условие и следствие; тогда принцип вменения был бы неприменим. Но даже нормы, предписывающие одно лишь воздержание от действия, не могут быть категорическими. То, что нормы, предписывающие положительное действие, не могут быть безусловными – самоочевидно: ведь всякое действие такого рода возможно лишь при определенных условиях. Но даже и бездействие не может быть предписано безусловно: иначе рассматриваемые нормы могли бы либо безусловно соблюдаться, либо безусловно нарушаться. Бездействие тоже возможно лишь при вполне определенных условиях. Человек не может убивать, красть или лгать при любых условиях, но лишь при вполне определенных, потому и воздерживаться от этих действий он может тоже лишь при этих условиях. Если бы моральные нормы, предписывающие воздержание от действий, налагали безусловные, т.е. категорические, подлежащие исполнению всегда и повсюду, обязанности, то эти обязанности выполнялись бы и во сне, и тогда в моральном отношении идеальным состоянием был бы сон. Условие, при котором предписывается воздержание от некоторого действия, есть совокупность обстоятельств, при которых это действие возможно, к тому же в эмпирическом обществе невозможны никакие предписания, в том числе и предписания бездействия, которые не допускали бы исключений. Даже основополагающие запреты: запрещение убивать, лгать, изымать чужую собственность без ведома и согласия ее владельца; — действительны лишь с известными ограничениями. Позитивные социальные порядки всегда должны предусматривать условия, при которых не запрещено убивать, изымать чужую собственность или лгать. И это тоже доказывает, что все общие нормы эмпирического социального порядка (в том числе и нормы, предписывающие бездействие) могут предписывать определенное поведение лишь при вполне определенных условиях; и что, следовательно, всякая общая норма устанавливает отношение между двумя фактическими составами (Tatbestände), которое можно описать в суждении: "При определенном условии должно наступить определенное последствие". Как уже указывалось, таково языковое выражение принципа вменения, отличное от языкового выражения принципа причинности.

Одни только индивидуальные нормы могут быть категорическими в том смысле, что они предписывают, уполномочивают или положительно позволяют определенное поведение определенного человека, не связывая это поведение ни с каким определенным условием: например, когда суд решает, что определенный орган должен обратить определенное принудительное взыскание на определенное имущество; либо когда суд решает, что определенный орган должен подвергнуть определенного подсудимого тюремному заключению на определенный срок. Однако и индивидуальные нормы могут быть гипотетическими, т.е. устанавливать в качестве должного определенное поведение определенного человека лишь при некоторых условиях: например, когда суд назначает принудительное взыскание по отношению к имуществу просрочившего должника лишь при условии, что он не выплатит долг к определенному сроку; или когда суд назначает исполнение вынесенного определенному человеку наказания лишь при условии, что этот человек в установленный период времени вновь совершит наказуемое деяние.

26. Отрицание долженствования; право как "идеология"

Возможность нормативного (т.е. описывающего право как систему норм) правоправедения часто ставится под сомнение посредством аргументации, согласно которой понятие долженствования, выражением которого является норма, бессмысленно или же представляет

собой всего лишь идеологический обман. Из этого делается вывод о том, что не может быть нормативного – т.е. направленного на изучение норм – правоведения, что наука о праве возможна лишь в качестве социологии права. Социология права соотносит изучаемые ею бытийные факты не с действительными нормами, а с другими бытийными фактами (как причинами и следствиями). Например, она спрашивает, какие причины вынудили законодателя издать именно эти, а не какие-либо другие нормы, и какие следствия имели его предписания. Социология права выясняет, каким образом экономические явления или религиозные представления реально влияют на деятельность законодателя и судов и каковы вообще мотивы, побуждающие людей согласовывать или не согласовывать свое поведение с правопорядком. Таким образом, предмет этого познания составляет не право как таковое, но некоторые явления, сопутствующие ему в природе. Точно так же физиолог, исследующий химические или физические процессы, обуславливающие или сопровождающие определенные чувства, не объясняет сами эти чувства, которые – будучи явлением психологическим — не могут быть поняты (*erfassen*) ни с точки зрения химии, ни с точки зрения физиологии. Чистая теория права – как наука именно о праве – исследует, как уже указывалось, правовые нормы: не бытийные факты, т.е. не направленное на правовые нормы воление или представление о них, но правовые нормы как смысловые единства, объект воли или представления. И чистая теория права занимается фактическими составами лишь в той мере, в какой они представляют собой содержание правовых норм, т.е. определены правовыми нормами. Ее предмет – специфическая, подчиняющаяся собственным законам область смысла.

Если понятие долженствования отвергается как бессмысленное, то правоустанавливающие акты можно считать просто средством достичь определенного поведения людей, на которых направлены эти акты; иначе говоря, их можно рассматривать как причины определенных следствий. И тогда считается возможным объяснить правопорядок лишь как закономерность (*Regelmässigkeit*) определенного хода человеческого поведения. Здесь сознательно игнорируется нормативный смысл этих актов, поскольку считается невозможным признать смысл долженствования, отличный от смысла бытия. Но в таком случае смысл акта, посредством которого правовая власть предписывает, уполномочивает или положительно позволяет определенное человеческое поведение, может быть описан научно лишь как попытка создать у людей определенные представления, которые должны стать мотивами, побуждающими их вести себя определенным образом. Норма, согласно которой вора "должно" наказать или что красть "не должно", сводится к констатации того факта, что одни люди стремятся побудить других людей не красть или же стремятся наказать вора и что люди, как правило, воздерживаются от воровства, а если, в качестве исключения, воровство совершается, то вора наказывают. Право – когда речь идет об отношениях между людьми, создающими право и соблюдающими его, – воспринимается как некая затея, напоминающая то, как охотник кладет в западню приманку, чтобы заманить туда дичь. Это сравнение верно не только из-за общего для обоих случаев характера мотивации, но еще и потому, что, согласно описываемому здесь взгляду на право, когда право изображают (законодатель или юриспруденция) как норму, то совершается обман. В соответствии с этой точкой зрения "норм" вообще не "существует", а утверждение о том, что нечто "должно" быть, не имеет никакого, отличного от морального, специфически позитивно-правового смысла. С этой точки зрения заслуживают рассмотрения только естественные, каузально связанные явления, а правовые акты рассматриваются лишь в их фактичности, но отнюдь не как специфические смысловые единства. Этому специфическому смыслу долженствованию — который, согласно чисто социологическому взгляду, есть идеологический обман, нет и не может быть места в научном описании права.

Такой обман в самом деле имеет место, если правовое долженствование объявляется абсолютной моральной ценностью. Однако нельзя говорить об идеологическом обмане, если в описывающем право правовом высказывании слово "должен" выражает лишь специфическую функциональную связь. Мы уже показали, что во вменении награды –

заслуге, наказания – преступлению, епитимьи – греху проявляется такого рода специфическая, отличная от каузальной, функциональная связь и что эта связь играет чрезвычайно важную роль в человеческом – и особенно в юридическом – мышлении. Каузальная связь, которую описывает социология права, существует если она вообще существует на двух уровнях: между некоторыми экономическими или политическими явлениями и создающими право актами, с одной стороны, и между этими актами и человеческим поведением, на достижение которого они направлены, – с другой. А на втором уровне каузальная связь существует, только если это поведение и на самом деле мотивировано представлением о намерении соответствующего акта, что бывает далеко не всегда, так как правомерное поведение очень часто вызывается иными мотивами. Но прежде всего следует помнить, что правовое вменение связывает между собой не правотворческий акт с правомерным поведением, но фактический состав, предусмотренный правопорядком в качестве условия, – с предусмотренным правопорядком последствием. Вменение, как и причинность, есть принцип организации человеческого мышления, и потому вменение есть или не есть иллюзия и идеология в той же мере, что и причинность, которая (говоря словами Юма и Канта) тоже всего лишь привычка мышления или категория мышления.

Тот факт, что субъективный смысл устанавливающих право актов есть долженствование, невозможно серьезно отрицать, если эти акты – в соответствии с их смыслом – рассматриваются как приказания, как императивы (ср. § 4 б).

Вопрос только в том, можно ли истолковывать его и как их объективный смысл; можно ли считать долженствование, составляющее субъективный смысл устанавливающих право актов, объективно действительной нормой, обязывающей и управомочивающей людей. Вопрос в том, чем устанавливающий право акт отличается от других актов – приказаний, например от приказания уличного грабителя. Ранее уже указывалось условие, при котором такое истолкование возможно: это допущение основной нормы.

Если отрицается всякий смысл у нормы, которая считается объективно действительной и которая устанавливает связь, называемую "вменением", если отрицается всякий смысл у того "должен", которое выражает эту связь, – тогда бессмысленными становятся утверждения типа: "это юридически позволено, а то юридически запрещено", "это принадлежит мне, а то – тебе", "X управомочен сделать это, а У обязан сделать то" и т.п. Короче говоря, тысячи суждений, в которых ежедневно проявляется правовая жизнь, стали бы в этом случае бессмысленными. Однако этому противоречит тот бесспорный факт, что всякому вполне ясна разница между двумя суждениями: "А юридически обязан заплатить В тысячу" и "Есть некоторый шанс, что А заплатит В тысячу". Всякий понимает, что одно дело сказать: "Это поведение – с точки зрения закона (т.е. общей правовой нормы) – есть правонарушение, и оно должно быть наказано в соответствии с законом", и совсем другое – сказать: "Тот, кто это сделал, вероятно, будет наказан". Тот имманентный смысл, в котором законодатель обращается к правоприменительному органу, этот орган (в форме судебного решения или административного акта) – к правовому субъекту, правовой субъект (в форме сделки) – к другому правовому субъекту, не охватывается суждением о возможном ходе событий в будущем. Такое суждение исходит из внеположной праву точки зрения, оно трансцендентно по отношению к праву. Оно отвечает не на специфически юридический вопрос: "Что должно произойти в соответствии с правом?", а на метаюридический вопрос: "Что происходит фактически и что может произойти?". Юридические суждения о том, что люди должны вести себя определенным образом, несводимы к высказываниям о настоящих или будущих бытийных фактах, потому что эти суждения вообще не относятся к подобным фактам, в частности, и к тому факту, что определенные люди проявляют волю к тому, чтобы другие должны были вести себя определенным образом. Эти суждения относятся к специфическому смыслу, которым обладает бытийный факт подобного акта воли; а долженствование, норма, есть именно этот смысл, отличный от бытия этого факта воления. Только если под "идеологией" понимается нечто противоположное реальности бытийных фактов (т.е. все, что не есть каузально детерминированная реальность или ее описание), только тогда право как

норма (т.е. смысл каузально детерминированных актов, отличный от самих этих актов) есть идеология. И тогда учение о праве, которое описывает не эти акты в их каузально детерминированной связи с другими бытийными фактами, но лишь нормы, составляющие смысл этих актов, причем описывает их в форме правовых высказываний, т.е. законов, которые (в отличие от законов природы) констатируют не каузальную связь, но связь, называемую вменением", – тогда это учение о праве исследует закономерности некоей идеологии. Тогда чистая теория права открыла дорогу взгляду на право, позволяющему понимать его как идеологию в этом смысле, т.е. как систему связей, отличных от естественных.

Возможность и необходимость такой дисциплины, направленной на изучение права как нормативного смыслового целого, доказывается уже самим фактом многотысячелетнего существования правоведения, которое – покуда есть права – в качестве догматической юриспруденции служит интеллектуальным потребностям всех тех, кто имеет дело с правом. Нет никаких оснований оставить неудовлетворенными эти вполне законные потребности и отказаться от такого правоведения. Заменить его социологией права невозможно, так как она решает совсем другие проблемы. Подобно тому, как, покуда существует религия, должна существовать и догматическая теология, которую нельзя заменить ни психологией, ни социологией религии, — точно так же, покуда будет существовать право, будет существовать и нормативное учение о праве. Его место в системе научных дисциплин – это отдельный и второстепенный вопрос. Что необходимо, так это не отменять такое правоведение вместе с категорией долженствования или нормы, но четко ограничить его собственный предмет и критически прояснить его методы.

Если же под "идеологией" понимать не все, отличное от природной реальности или ее описания, но лишь необъективное, предопределенное субъективными оценками изображение предмета познания – изображение, не позволяющее приблизиться к пониманию предмета, но скрывающее его, приукрашивая или обезображивая; и если "реальностью" считать не только природную реальность как предмет естествознания, но всякий предмет познания, следовательно, также и предмет правоведения (позитивное право как правовую реальность), – то в этом случае и изображение (*Darstellung*) позитивного права должно быть свободным от идеологии (во втором значении этого слова). Если рассматривать позитивное право как нормативный порядок в его соотношении с реальностью фактически происходящего, которое – согласно притязанию позитивного права — должно ему соответствовать (хотя на самом деле далеко не всегда соответствует), то его можно назвать "идеологией" (в первом значении этого слова). Если же позитивное право рассматривается в его соотношении с неким "высшим" порядком, который притязает на то, чтобы считаться "идеальным", "подлинным" правом, и требует, чтобы позитивное право ему соответствовало (речь может идти о соотношении с естественным правом или с как-то иначе понимаемой справедливостью), – в таком случае позитивное право (т.е. созданное посредством человеческих актов действительное право, которое в общем и целом применяется и соблюдается) предстает как "реальное" право; и тогда теория позитивного права, смешивающая его с естественным правом или какой-либо иной концепцией справедливости, с тем чтобы оправдать или опорочить позитивное право, должна быть отвергнута как идеологическая (во втором значении). В этом смысле для чистого учения о праве характерна выраженная антиидеологическая направленность. Она проявляется в том, что чистое учение о праве представляет позитивное право свободным от всякого смешения с "идеальным" или "подлинным" правом. Чистое учение хочет представить право таким, каково оно есть, а не каким оно должно быть; оно интересуется реальным и возможным, а не "идеальным" или "подлинным" правом. В этом смысле чистое учение о праве есть радикальная реалистическая теория, т.е. теория правового позитивизма. Оценивать позитивное право оно отказывается. Чистое учение о праве считает, что в качестве науки оно обязано лишь вникнуть в сущность позитивного права и понять его с помощью анализа его структуры. В особенности оно отказывается служить поставщиком "идеологий" для каких бы то ни было политических

интересов – "идеологий", посредством которых можно было бы оправдать или осудить существующий социальный порядок. Таким образом, чистое учение о праве препятствует тому, чтобы от имени правоправедения позитивному праву при отождествлении его с идеальным, подлинным правом приписывалась более высокая ценность, нежели та, которой оно фактически обладает, а также тому, чтобы за позитивным правом вообще не признавали никакой ценности и отказывали ему в действительности на том основании, что оно противоречит некоему идеальному, подлинному праву. Тем самым чистое учение о праве резко расходится с традиционной юриспруденцией, которая сознательно или бессознательно, в большей или меньшей степени отличается "идеологическим" (в только что описанном смысле) характером. Именно эта антиидеологическая направленность и показывает, что чистое учение о праве есть истинная наука права. Ведь наука как познание отличается имманентным стремлением обнажать (enthüllen) свой предмет. "Идеология" же скрывает реальность – либо приукрашивая, с тем чтобы сохранить и защитить ее, либо искажая, с тем чтобы подвергнуть ее нападению, разрушить и заменить другой. Такая идеология коренится в воле, а не в познании, она исходит из определенных интересов, точнее, из интересов, отличных от стремления к истине; разумеется, при этом не должно выносить никакого суждения о ценности или достоинстве этих других интересов.

Власть, которая создает право и, следовательно, стремится его сохранить, может усомниться в том, полезно ли для нее свободное от идеологии познание ее творения; точно так же и для сил, стремящихся разрушить существующий порядок и заменить его другим, который представляется им лучшим, подобное правопознание может оказаться бесполезным. Но науке о праве не может быть дела ни до того, ни до другого. Именно такой наукой стремится быть чистое учение о праве.

IV. СТАТИЧЕСКИЙ АСПЕКТ ПРАВА

27. Санкция: противоправное деяние и его последствие

а) Санкции в национальном и международном праве

Если понимать право как порядок принуждения, т.е. порядок, устанавливающий акты принуждения, тогда описывающее право правовое высказывание имеет следующий вид: «При определенных (т.е. определенных правопорядком) условиях должен быть осуществлен определенный правопорядком акт принуждения. Акты принуждения – это акты, которые осуществляются даже и против воли адресата (der Betroffene), а в случае сопротивления – и с применением физической силы. Как уже было показано, следует различать два вида актов принуждения.

Во-первых, санкции, т.е. акты принуждения, предусмотренные правопорядком в качестве реакции на определенное действие или бездействие, например: тюремное заключение в качестве наказания за воровство. Во-вторых, акты принуждения, не имеющие такого характера, например: принудительное помещение в специальные заведения индивидов, которые поражены болезнями, опасными для общества, или которые признаются социально вредными вследствие своей расовой принадлежности, политических или религиозных убеждений; а также принудительное уничтожение или изъятие собственности в публичных интересах. В этих случаях действие или бездействие индивида вообще не входит в число условий предусмотренного правопорядком акта принуждения.

Санкции – в специфическом смысле слова – внутри государственных правопорядков выступают в двух различных формах: в форме наказания (в узком смысле) и в форме принудительного исполнения (Exekution; Zwangsvollstreckung). Оба вида санкций состоят в принудительном причинении зла или, выражаясь отрицательно, в принудительном лишении блага: в случае смертной казни — это лишение жизни; в случае широко практиковавшихся в прежние времена членовредительных наказаний – это ослепление, отсечение руки, вырывание языка и т.п. или телесное наказание, т.е. причинение боли; в случае тюремного

заклучения — это лишение свободы; в случае наказания имущественного характера — это изъятие имущественных благ, в особенности собственности. Однако в качестве наказания может быть назначено также и лишение других благ, например: отстранение от должности или лишение политических прав. Принудительное исполнение также есть принудительное причинение зла. Но от наказания оно отличается тем, что, как принято говорить, оно осуществляется с целью "загладить" правонарушение (*zur Gutmachung des Unrechts*), состоящее в поведении, против которого — в качестве реакции — направлена эта санкция. Так называемое "заглаживание" правонарушения заключается в том, что вызванное противоправным поведением (ив этом смысле противоправное) положение прекращается и устанавливается положение, соответствующее праву. Это положение может быть таким же, к которому должно было бы привести правомерное поведение правонарушителя; а если установить такое положение невозможно, то можно установить другое, принимаемое в качестве его замены. Вот примеры для иллюстрации первого из двух случаев: А уклоняется от исполнения своей обязанности предоставить В имеющуюся у него вещь. Конституирующая эту обязанность санкция принудительного исполнения (принудительного взыскания) состоит в том, что эта вещь принудительно изымается у А и передается В. Или: А уклоняется от исполнения своей обязанности явиться в суд в качестве свидетеля; конституирующая эту обязанность санкция принудительного исполнения состоит в том, что А принудительно доставляется в суд, т.е. лишается с этой целью свободы. А вот пример, иллюстрирующий второй из названных случаев: А уклоняется от исполнения своей обязанности предоставить В отсутствующую у него (у А) вещь или выполнить для него определенную работу. Конституирующая эту обязанность санкция принудительного взыскания состоит в принудительном изъятии у А материальных ценностей, соответствующих стоимости этой вещи или работы, и в передаче В денег, вырученных от принудительной продажи этих ценностей. Если противоправное поведение заключается в причинении вреда другому лицу (как в первом и последнем примерах), санкция принудительного исполнения состоит в возмещении противоправно причиненного вреда. Здесь наблюдается известное сходство между наказанием имущественного характера и принудительным взысканием. Оба они представляют собой принудительные меры (*Zwangsvollstreckung*), обращенные на определенное имущество. Разница состоит в том, что принудительно изъятые материальные ценности в случае наказания имущественного характера (которое обычно выражается в изъятии денежных сумм) поступают в публичный фонд (в государственную или коммунальную кассу), а в случае принудительного взыскания они передаются пострадавшему от противоправного поведения индивиду для возмещения причиненного ему материального или морального вреда; следовательно, здесь присутствует такая предусмотренная правопорядком цель, которой нет в случае наказания. Едва ли возможно определить понятие наказания исходя из его цели. Ведь цель наказания не вытекает во всяком случае, не вытекает непосредственно — из содержания правопорядка. Представление о том, что эта цель — предотвратить (с помощью устрашения) наказуемое действие или бездействие — есть интерпретация, подходящая и для уголовно-правовых порядков, в основе которых лежит не (осознанная в качестве таковой) идея превенции, не просто принцип воздаяния злом за зло. Смертная казнь и тюремное заключение остаются теми же, установлены ли они в целях превенции или нет, В этом отношении нет существенной разницы между наказанием и принудительным исполнением, которое тоже воспринимается адресатом как зло и потому может оказывать превентивное воздействие, так что здесь цель превенции может сочетаться с целью возмещения. Оба вида санкций — наказание и принудительное исполнение — могут назначаться как судами, так и административными органами по предусмотренной для этого процедуре. Соответственно, следует различать судебные наказания (*Gerichtsstrafen*), назначаемые уголовными судами, и административные наказания (*Verwaltungsstrafen*), налагаемые административными органами; судебные принудительные взыскания (*Gerichtsexekutionen*) назначаемые судами по гражданским делам (т.е. гражданско-правовые санкции), и административные

принудительные взыскания (Verwaltungsexekutionen) , налагаемые административными органами. Также следует различать акт, которым назначается санкция (наказание или принудительное исполнение), и акт, которым исполняется установленная этим первым актом норма, осуществляется санкция (наказание или принудительное исполнение), совершается принуждение. Этот акт всегда осуществляется административным органом.

Санкции общего международного права – репрессалии и война (о которых речь будет позже) – хотя и не квалифицируются как наказание или принудительное исполнение, все же представляют собой принудительное изъятие материальных ценностей или, что то же самое, предусмотренное правом порядком нарушение одним государством обычно охраняемых интересов другого. Если считать, что в соответствии с действительным международным правом одно государство может прибегать к репрессалиям или войне против другого государства лишь в том случае, если это последнее отказывается возместить противоправно причиненный им вред, и если считать, что эти акты принуждения могут быть осуществлены лишь с целью получить возмещение, то можно увидеть известное сходство между санкциями общего международного права и принудительным взысканием в гражданском праве. Впрочем, можно ли вообще интерпретировать репрессалии и войну как санкции международного права, а само международное право считать правом порядком – вопрос весьма спорный.

б) Противоправное деяние (правонарушение) есть не отрицание права, а его условие

Как явствует из предыдущего, определенное правом порядком действие или бездействие, составляющее условие предусмотренного правом порядком акта принуждения, представляет собой противоправное деяние, или правонарушение, а предусмотренный в качестве последствия акт принуждения представляет собой правовое последствие правонарушения, или санкцию. Определенное действие или бездействие квалифицируется как противоправное деяние (или правонарушение) только потому, что правом порядком делает его условием предусмотренного этим порядком акта принуждения; акт принуждения приобретает характер санкции или правового последствия только потому, что он предусмотрен правом порядком в качестве последствия определенного действия или бездействия. Как уже отмечалось, акты принуждения, предусмотренные правом порядком в качестве последствий других фактических составов, не являются санкциями в специфическом смысле, т.е. правовыми последствиями правонарушений; а обуславливающие их фактические составы – поскольку они не представляют собой предусмотренных правом порядком действий или бездействий определенных лиц – не имеют характера противоправных деяний (или правонарушений).

Таким образом, вопреки мнению традиционной юриспруденции, действие или бездействие связывается с актом принуждения как правовым последствием не потому, что оно представляет собой правонарушение, но оно представляет собой правонарушение потому, что связывается с актом принуждения как последствием. Именно таково соотношение между правонарушением и его правовым последствием. Не какое-то имманентное качество, но также и не некое отношение к метаправовой, естественной или божественной норме (т.е. к трансцендентному по «отношению к позитивному праву миру») приводит к тому, что определенное человеческое поведение считается правонарушением, но единственно и исключительно тот факт, что позитивный правом порядок делает это поведение условием акта принуждения, т.е. санкции¹⁸.

Господствовавшее в традиционной юриспруденции учение о том, что понятия правонарушения и правового последствия с необходимостью включают элемент моральной

¹⁸ Если понимать право как принудительный порядок и рассматривать лишь те нормы, которые устанавливают санкции (т.е. акты принуждения в качестве реакции на поведение, квалифицируемое тем самым как правонарушение), тогда право есть реакция на правонарушение; и тогда – как говорит Фома Аквинский (*Summa Theologica*, I-II, 96, Art. 5) – правом порядку подчинены лишь злые люди, а не добрые: "Bonі non sunt sub lege, sed solum mali".

оценки, что "преступление" обязательно означает нечто аморальное, а "наказание" — нечто позорное, — это учение неприемлемо уже хотя бы вследствие того, что соответствующие оценочные суждения весьма относительны. Вполне может случиться, что определенное действие или бездействие, предусмотренное правом порядком в качестве условия акта принуждения, в глазах определенной части населения считается аморальным, но при этом другими кругами может оцениваться совершенно иначе. Так, мужчина, убивший неверную жену или ее любовника, есть преступник с точки зрения большинства действительных правом порядков, но вполне возможно, что многие не только не осуждают его поступок, но даже одобряют его как осуществление естественного права защищать свою честь. Дуэль – уголовно наказуемое деяние – в определенных слоях общества не только не считается аморальной, но, напротив, рассматривается как моральный долг, а назначаемое за нее лишение свободы не воспринимается как бесчестие. Что же касается гражданского правонарушения и связанного с ним правового последствия (гражданско-правовой санкции), то здесь традиционное учение об имманентной моральной квалификации противоправного деяния вообще не находит применения.

С точки зрения теории позитивного права, нет фактического состава, который сам по себе и для себя (т.е. независимо от последствия, которое связывает с ним правом порядок) был бы правонарушением, или противоправным деянием. Не существуют *mala in se*, есть лишь *mala prohibita*. Впрочем, это всего лишь следствие общепризнанного в уголовном праве принципа: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*; и это принцип, который распространяется не только на уголовное право, не только на уголовные, но вообще на все правонарушения, не только на наказание, но и вообще на всякую санкцию, есть лишь следствие правового позитивизма. Один и тот же фактический состав может быть правонарушением с точки зрения одного правом порядка – потому что он связывает с ним санкцию — и не быть им с точки зрения другого правом порядка, который не предусматривает в этом случае никакого правового последствия. Само собой разумеется, что правом порядок делает определенные человеческие действия или бездействия условием акта принуждения потому, что правовая власть считает их социально вредными, и, значит, нежелательными. Но, с точки зрения исследования имманентного смысла правом порядка, это обстоятельство иррелевантно, когда речь идет об определении понятия "правонарушение". Если некоторое действие или бездействие предусмотрено правом порядком в качестве условия акта принуждения, то оно должно рассматриваться как правонарушение даже и юристом, который отнюдь не считает его вредным, а, может быть, даже считает полезным, и наоборот. Различие между деянием (*Tatbestand*), которое представляет собой преступление, потому что оно наказуемо в соответствии с позитивным правом, и деянием, которое наказуемо, потому что оно представляет собой преступление. Это различие основано на естественно-правовой доктрине. Она исходит из того, что некоторым действиям имманентно качество правонарушения, отрицательная ценность, и поэтому они требуют наказания со стороны позитивного права. Если же отвергнуть исходный для теории естественного права постулат, согласно которому ценность и не-ценность имманентны реальности, то упомянутое различие утрачивает смысл.

В таких словах, как "противо-правный", "не-правомерный", "право-нарушение, анти-правовой" выражается идея отрицания права, представление о чем-то, что находится вне права и противостоит ему, угрожает существованию права, подрывает и даже уничтожает его. Но такое представление ошибочно. Оно возникает потому, что соотношение между нормой, предписывающей определенное поведение, и фактическим поведением, противоположным предписанному, истолковывается как логическое противоречие. Однако логическое противоречие может существовать лишь между двумя суждениями, в одном из которых утверждается, что А есть, а в другом – что А нет; или же между двумя суждениями, в одном из которых утверждается, что А должно быть, а в другом что А не должно быть. Два таких суждения несовместимы: лишь одно из них может быть истинным. Но между описывающим норму суждением "Человек должен вести себя определенным образом" и суждением

"Фактически он ведет себя не так, а противоположным образом" нет логического противоречия. Два таких суждения совместимы: они могут быть истинными одновременно. Существование (т.е. действительность) нормы, предписывающей определенное поведение, нельзя "раз-рушить" посредством противоположного поведения (т.е. "право-нарушения"). подобно тому, как можно разрушить сковывающие человека цепи: оковы права связывают также и "право-нарушителя". Говоря о человеке и о норме, мы употребляем один и тот же глагол verletzen — повреждать, ранить, нарушать — но в разных значениях: во втором случае (т.е. когда речь идет о норме) он означает совсем не то, что в первом, когда имеется в виду нанесение человеку телесных повреждений в результате направленного против него насилия. Если нормативный порядок предписывает определенное поведение лишь посредством того, что связывает противоположное поведение с санкцией, то сущность этой ситуации исчерпывающе описывается гипотетическим суждением: "При наличии определенного поведения должен быть осуществлен определенный акт принуждения". В этом суждении правонарушение выступает как условие, а не как отрицание права; и при этом обнаруживается, что правонарушение не есть факт, находящийся вне права и противостоящий ему, но что, напротив, это факт, существующий внутри права и определяемый им; что право по самой своей природе соотносится как раз и прежде всего с правонарушением. Как и все остальное, право-нарушение (Un-Recht) юридически может быть понято только как право. Когда говорят о "противо"-правном поведении, то имеют в виду поведение, обуславливающее акт принуждения; когда же говорят о право-"мерном" поведении, то подразумевают противоположное поведение, т.е. такое, при котором не наступает акт принуждения.

Истолковывая правонарушение (в котором наивное, донаучное мышление видело отрицание права, не-право) как условие права, правоведение делает примерно то же, что теология, обращаясь к проблеме теодицеи, т.е. к проблеме существования зла в мире, созданном всеблагим и всемогущим Богом. Поскольку все сущее должно быть понято как желанное Богом, то возникает вопрос: как можно понять зло как желание Бога? Вот ответ последовательно монотеистической теологии: зло должно быть истолковано как условие, необходимое для реализации добра. Допущение, согласно которому зло не создано Богом, но направлено против Него (создано дьяволом), несовместимо с гипотезой монотеизма, так как это допущение предполагает существование некоего анти-Бога, не-Бога.

Поскольку правонарушение, т.е. предусмотренное правом порядком человеческое действие или бездействие не есть единственное (т.е. самодостаточное) условие, с которым правом порядок связывает санкцию, так как обуславливающий санкцию состав – как мы еще увидим – складывается из весьма разнообразных компонентов, в число которых входит и такое человеческое поведение, которое не может квалифицироваться как правонарушение (например, акт законодательной деятельности, создающий общую норму, которая определяет состав правонарушения, и судебный акт, устанавливающий наличие состава правонарушения в конкретном случае), то возникает вопрос: как отличить поведение, которое должно быть квалифицировано как правонарушение, от других условий, в особенности от другого человеческого поведения как компонента, входящего в обуславливающий санкцию состав? Обычно правонарушением называют поведение того человека, против которого направлен акт принуждения, функционирующий в качестве санкции, т.е. правового последствия этого поведения. Однако это определение правонарушения справедливо лишь в том случае, если санкция направлена против правонарушителя, т.е. против того, кто посредством своего поведения совершил правонарушение. Это случай ответственности (Haftung) за собственное поведение, о чем речь пойдет ниже. Но санкция не обязательно должна быть направлена против правонарушителя или только против него одного: она может быть направлена и против другого человека (или других людей). Это случай ответственности за чужое поведение. Здесь правом порядок должен определить соотношение между правонарушителем и тем (или теми), кто несет ответственность за его правонарушение. Правом порядок может возложить ответственность на отца, супруга или других членов семьи, а также на членов

более широкой общности, к которой принадлежит правонарушитель. Если – ради упрощения терминологии – всех тех, кто состоит с правонарушителем в предусмотренных правопорядком отношениях и несет ответственность за его правонарушение, назвать его "близкими" (например, членов семьи, клана, сограждан), тогда правонарушение можно определить как поведение того человека, против которого (или против близких которого) направлена санкция как правовое последствие.

28. Правовая обязанность и ответственность

а) Правовая обязанность и санкция

Предписанное социальным порядком поведение – это обязательное для индивида поведение. Иначе говоря, индивид обязан вести себя определенным образом, если такое поведение предписано социальным порядком. Выражения "такое поведение предписано" и "индивид обязан вести себя таким образом, вести себя так – его обязанность" – синонимичны. Поскольку правопорядок есть социальный порядок, то составляющее юридическую обязанность индивида поведение всегда осуществляется – непосредственно или опосредованно по отношению к другому индивиду. Если понимать право как принудительный порядок, то некоторое поведение можно считать объективно юридически предписанным (и, следовательно, составляющим содержание правовой обязанности) лишь в том случае, если правовая норма связывает с противоположным поведением акт принуждения как санкцию. Правда, обычно правовую норму и правовую обязанность различают и говорят, что правовая обязанность устанавливается правовой нормой. Однако правовая обязанность вести себя определенным образом не есть факт (Sachverhalt), отличный от предписывающей это поведение правовой нормы: она есть сама эта норма. Суждение "Индивид юридически обязан вести себя определенным образом" тождественно суждению "Правовая норма предписывает индивиду определенное поведение", а правопорядок предписывает определенное поведение, связывая с противоположным акт принуждения в качестве санкции.

Правовая обязанность, как и тождественная ей правовая норма, имеет общий или индивидуальный характер. Правовая норма, предписывающая возмещение причиненного вреда, устанавливает, а точнее, представляет собой общую правовую обязанность. Судебное решение, т.е. индивидуальная правовая норма, предписывающая в конкретном случае А выплатить В определенную денежную сумму в качестве компенсации за вред, который А причинил В, – это решение устанавливает, а точнее, представляет собой индивидуальную правовую обязанность А; однако это значит лишь то, что выплата определенной денежной суммы одним лицом другому составляет содержание индивидуальной правовой нормы. Обычно о правовой обязанности говорят лишь в случае индивидуальной правовой нормы, а поскольку традиционная теория занимается только общими нормами, пренебрегая существованием индивидуальных, то тождественность правовой нормы и правовой обязанности остается незамеченной и правовая обязанность рассматривается как предмет правопознания, отличный от правовой нормы, хотя некоторым образом с ней связанный.

Попытка определить правовую обязанность на этих путях приводит к ошибкам. Так возникает допущение, согласно которому правовая обязанность есть имманентный человеку импульс, тяга к поведению, которое ощущается человеком как предписанное, обязывание (Bindung)¹⁹ посредством врожденной человеку естественной или божественной нормы, соблюдение которой лишь "поддерживается" позитивным правопорядком с помощью установления санкции. Однако правовая обязанность есть не что иное, как позитивная правовая норма, предписывающая индивиду определенное поведение посредством того, что

¹⁹ "Обязать" в русском языке книжное заимствование из церковнославянского. Параллельное образование в русском – "об-вязать". В немецком "Bindung" (связывание, обязывание) образовано от глагола "binden" (связывать, обязывать). Ср. лат. obligatio (обязательство) от ob-ligo (связывать, обязывать). – Прим. пер.

она связывает с противоположным поведением санкцию., И индивид юридически обязан вести себя предписанным образом, даже если представление об этой норме вовсе не вызывает у него тяги к предписанному поведению и даже если у него вообще нет никакого представления об обязывающей его правовой норме; это так, покуда остается действительным позитивно-правовой принцип, согласно которому незнание права не освобождает от установленной правом санкции.

Так определяется понятие правовой обязанности. Оно существенным образом связано с понятием санкции. Правовая обязанность возложена на индивида, который посредством своего поведения может совершить правонарушение (противоправное деяние) и таким образом вызвать санкцию (правовое последствие) или посредством противоположного поведения избежать санкции, т.е. на потенциального правонарушителя. В первом случае мы говорим о нарушении правовой обязанности, во втором – об ее исполнении. Индивид, исполняющий обязанность, которую возлагает на него правовая норма, соблюдает эту норму; индивид, в случае нарушения правовой обязанности осуществляющий предусмотренную нормой санкцию, применяет эту правовую норму. Как соблюдение нормы, так и ее применение представляют собой поведение, соответствующее правовой норме. Если под действительностью правопорядка мы понимаем тот факт, что люди, чье поведение он регулирует, связывая с определенными действиями определенные акты принуждения в качестве санкций, ведут себя в соответствии с нормами этого порядка, тогда действительность правопорядка проявляется, во-первых, в фактическом соблюдении норм (т.е. в исполнении установленных ими правовых обязанностей), и, во-вторых, в применении правовых норм (т.е. в осуществлении установленных ими санкций).

Обычно содержание правовой обязанности – это поведение одного индивида, но иногда это может быть поведение двух или более индивидов. Так бывает в том случае, когда обязанность может быть исполнена одним из двух индивидов (т.е. альтернативно) и нарушается, если никто из них ее не исполняет; или в случае, когда обязанность может быть исполнена лишь в результате взаимодействия всех индивидов (т.е. "кооперативно") и нарушается, если это взаимодействие отсутствует.

В традиционном правоведении, когда речь идет о правовой обязанности, используется понятие субъекта обязанности как ее "носителя", подобно тому, как в связи с понятием субъективного права используется понятие субъекта права (Subjekt des Rechts) как его носителя. Оба эти понятия охватываются понятием правового субъекта (Rechtssubjekt) как носителя предусмотренных правопорядком обязанностей и прав. Обычно субъектом (носителем) обязанности называется индивид, чье поведение составляет содержание правовой обязанности. Но нельзя сказать, что этот индивид "несет" обязанность как нечто отдельное от него самого. Когда речь идет о составе (Sachverhalt) правовой обязанности, индивид как таковой вообще не рассматривается; здесь существенно лишь определенное поведение индивида, личный элемент этого поведения, который — будучи нераздельно связан с материальным элементом – составляет содержание правовой обязанности. Лишь в этом смысле допустимо понятие субъекта обязанности (Pflicht-Subjekt). Субъект правовой обязанности – это индивид, чье поведение есть условие, с которым в качестве последствия связывается санкция, направленная против этого, индивида (или его близких). Это индивид, который своим поведением может нарушить обязанность, т.е. вызвать санкцию, а, значит, может также и исполнить обязанность, т.е. избежать санкции.

б) Правовая обязанность и долженствование

В немецком языке, особенно со времен Кантовой этики, со словом "Pflicht" (обязанность)²⁰ связано представление об абсолютной моральной ценности. Ясно, что принцип, согласно которому человек всегда должен исполнять свою "обязанность" (или "обязанности"), предполагает существование абсолютных, для всякого очевидных обязанностей. В противном случае, т.е. если признать, что существует не одна абсолютная

²⁰ В русских переводах Канта термин "Pflicht" чаще передается словом "долг". – Прим. пер.

Мораль, но множество весьма различных моральных порядков, предписывающих взаимоисключающие виды поведения, выяснится, что указанный принцип – центральный для Кантовой этики — сводится к тавтологическому утверждению о том, что человек всегда должен делать то, что предписывает некоторая мораль; иначе говоря, он должен делать то, что он должен делать. Понятие правовой обязанности соотносится исключительно с позитивным правопорядком и не подразумевает никаких моральных выводов. Содержанием правовой обязанности может быть — хотя и не обязательно — то же поведение, которое предписывается какой-либо моральной системой, но может также быть и противоположное поведение; в этом случае существует, — как принято выражаться, "конфликт правовой и моральной обязанностей". Чтобы устранить возможность возникновения подобного конфликта, некоторые утверждали даже, что "обязанность" вообще не правовое понятие, что обязанности создает только мораль, но не право, а специфическая функция права — в отличие от морали — состоит в управомочивании. Но если признать, что обязанность (*Verpflichtet-Sein*) вести себя определенным образом означает лишь то, что это поведение предписано некоторой нормой, и если невозможно отрицать, что правопорядок — как и всякий нормативный порядок — предписывает определенное человеческое поведение, — тогда создание обязанностей (*das Verpflichten*) следует признать одной из основных и даже (как покажет последующий анализ функции управомочивания) первичной по сравнению с управомочиванием функцией права.

Поскольку нормы могут не только предписывать (или запрещать) определенное поведение, но также и уполномочивать его, нелишним будет отметить, что если индивид уполномочен вести себя определенным образом, то это вовсе не означает, что он обязан так вести себя. Поскольку в рамках правопорядка "уполномочить" означает предоставить правовую власть, т.е. способность создавать право, то предметом полномочия может быть лишь положительное действие, а не бездействие, в то время как предписание может касаться и действия, и бездействия. Таким образом, индивид может быть юридически обязан нечто делать или воздерживаться от некоторого действия, но уполномочен он может быть лишь нечто делать. Однако индивид может быть юридически обязан воспользоваться своим полномочием: действие, на которое индивид уполномочен правопорядком, может быть вместе с тем предписано, т.е. может быть содержанием его обязанности. Так, судья уполномочен — т.е. правопорядок его, и только его, наделил правовой властью — при определенных условиях назначать наказание. Он также может — хотя и не обязательно — быть обязан назначить это наказание; и он юридически обязан это сделать, если воздержание от этого действия правопорядок связывает с санкцией. То же самое относится и к случаю, когда определенное поведение положительно позволено (нормой, ограничивающей общий запрет на это поведение). Правопорядок может — хотя и не обязательно — установить обязанность воспользоваться этим позволением.

В этой связи следует еще раз напомнить, что если правовое высказывание сформулировано следующим образом: "При определенных условиях должен быть осуществлен определенный акт принуждения", то слово "должен" не содержит в себе указаний на то, является ли осуществление акта принуждения содержанием правовой обязанности, положительного позволения или полномочия; ведь это слово охватывает все, три случая. Если слово "должен" употребляется для выражения смысла всякой нормы — не только предписывающей, но также положительно позволяющей и уполномочивающей определенное поведение — иными словами, если суждение "Индивид должен вести себя определенным образом" означает только то, что это поведение предусмотрено нормой, тогда правовая обязанность есть противоположность поведения, составляющего условие акта принуждения, который предписан (т.е. его неисполнение в свою очередь обуславливает акт принуждения), или уполномочен, или положительно позволен. Как уже указывалось по другому поводу (ср. §5 а), правовая обязанность не есть (или не есть непосредственно) должное поведение. Должное — это лишь акт принуждения, функционирующий в качестве санкции. Если мы говорим: "Тот, кто юридически обязан вести себя определенным образом,

"должен" так себя вести в силу права", то мы выражаем этим лишь "должность" (Gesollt-Sein) – а это значит: положительную позволенность (Erlaubt-Sein), уполномоченность (Ermächtigt-Sein) или предписанность (Geboten-Sein) акта принуждения, функционирующего в качестве санкции и предусмотренного в качестве последствия противоположного поведения.

в) Ответственность

Понятие ответственности (Haftung, или rechtliche Verantwortlichkeit) тесно связано с понятием правовой обязанности, однако не тождественно ему. Индивид юридически обязан вести себя определенным образом, если его противоположное поведение обуславливает акт принуждения (в качестве санкции). Но этот акт принуждения (санкция как правовое последствие) не обязательно должен быть направлен против обязанного (verpflichtet) индивида, т.е. того, чье поведение обуславливает эту санкцию, против правонарушителя. Как уже говорилось, он может быть направлен и против какого-нибудь другого индивида, который находится с правонарушителем в установленных правопорядком отношениях. Индивид, против которого направлено правовое последствие противоправного деяния, ответственен (несет юридическую ответственность) за это деяние. В первом случае он несет ответственность за собственное деяние. Здесь обязанный индивид тождествен ответственному индивиду: ответственный потенциальный правонарушитель. Во втором случае один индивид отвечает за правонарушение, совершенное другим: обязанный индивид не тождествен ответственному индивиду. В первом случае на индивида возлагается обязанность вести себя правомерно и ответственность за противоправное поведение. Здесь обязанный индивид может либо вызвать санкцию, либо избежать ее своим поведением. Что же касается индивида, лишь ответственного за неисполнение обязанности другим (за правонарушение, совершенное другим), то он своим поведением не может ни вызвать санкцию, ни избежать ее. Это очевидно в случае уголовно-правовой ответственности за правонарушение, совершенное другим, т.е. в случае, когда санкция имеет характер наказания. Однако то же самое относится и к гражданско-правовой ответственности за правонарушение, совершенное другим, когда санкция имеет характер принудительного взыскания. Например: А обязан выплатить В тысячу, если правопорядок предусматривает, что если А этого не сделает, то на имущество А или на имущество С должно быть обращено принудительное взыскание. В последнем случае С несет ответственность за неисполнение А своей обязанности – выплатить В тысячу. С не может своим поведением вызвать санкцию, так как ее применение обусловлено поведением А, а не С. Но С своим поведением не может также и избежать санкции, если он лишь несет ответственность за гражданское правонарушение А. Так было бы в том случае, если бы правопорядок предусматривал, что к С должна быть применена санкция при условии, что А не выплатит В тысячу, – даже если это сделает за него С; иначе говоря, в том случае, если бы правопорядок считал недействительным исполнение обязанности А выступающим в качестве его заместителя С. Однако на С может быть возложена не только ответственность за то, что А не исполняет свою обязанность выплатить В тысячу: на него может быть возложена также и обязанность выплатить В тысячу, если А не исполняет свою обязанность. Так оно и происходит, если правопорядок предусматривает (а обычно именно это имеет место), что на имущество С должно быть обращено принудительное взыскание в случае, если ни А, ни С не выплатят В тысячу. И тогда С – как субъект обязанности выплатить В тысячу – может либо вызвать санкцию, либо избежать ее своим поведением. Когда речь идет об ответственности за неисполнение правовой обязанности, конституируемой принудительным взысканием, обращенным на некое имущество, то следует различать два случая: 1) имущество, на которое должно быть обращено принудительное взыскание, принадлежит тому индивиду, против которого направлен акт принуждения; 2) это имущество принадлежит другому, но находится в распоряжении того индивида, против которого направлен акт принуждения. В первом случае человек отвечает своей личностью и своим имуществом; во втором случае при решении вопроса об ответственности принимаются во внимание двое: тот, в чьем

распоряжении находится имущество, и тот, кто является субъектом прав, составляющих имущество. Один отвечает только своей личностью, другой – своим имуществом.

В случае ответственности за чужое правонарушение санкцию обуславливает поведение не того индивида, против которого направлена санкция, а поведение другого индивида. Индивид, ответственный за чужое правонарушение, не есть субъект поведения, определенного правом порядком в качестве условия правового последствия; он лишь объект поведения, определенного правом порядком в качестве последствия, а именно объект акта принуждения как санкции. В этом смысле здесь наблюдается известное сходство с тем положением вещей, которое наличествует, если правом порядком предусматривает упоминавшиеся выше акты принуждения, не имеющие характера санкций. Ведь и там индивид, против которого направлен акт принуждения, не есть субъект поведения, определенного правом порядком в качестве условия акта принуждения, но лишь объект поведения, определенного правом порядком в качестве последствия, – а именно объект акта принуждения, направленного против этого индивида. Различие, однако, состоит в том, что в случае ответственности за чужое правонарушение условия акта принуждения включают определенное правом порядком поведение определенного индивида, а в случае актов принуждения, не имеющих характера санкций, условия акта принуждения не включают такое поведение.

г) Индивидуальная и коллективная ответственность

Различие между обязанностью и ответственностью выражается также и в словоупотреблении. Можно быть обязанным вести себя определенным образом, но нельзя быть обязанным, чтобы другой вел себя каким-либо образом. Однако отвечать можно не только за собственное поведение, но и за поведение другого. Ответственность за правонарушение другого (т.е. случай, когда санкция направлена не на правонарушителя) может иметь превентивное действие, лишь если между этими двумя индивидами существуют отношения, позволяющие предполагать, что обязанный индивид (потенциальный правонарушитель) воспринимает исполнение санкции как зло, даже если она направлена против другого как объекта ответственности, например: если санкция направлена против члена его семьи, родственника или согражданина, – т.е. против человека, принадлежащего к группе, члены которой в большей или меньшей степени отождествляют себя друг с другом, иными словами, если индивид, на которого возложена обязанность, и индивид, на которого возложена ответственность, принадлежат к одной общности (Kollektivverband). Именно такие отношения имеет в виду правом порядок, устанавливая ответственность за чужое правонарушение. В этом смысле ответственность за противоправное деяние другого можно назвать коллективной ответственностью. Однако понятие коллективной ответственности можно ограничить лишь теми случаями, когда правовое последствие направлено не против отдельного "другого", а против многих или всех членов определенной группы, к которой принадлежит правонарушитель; это относится, например, к кровной мести, которая может распространяться на всех членов семьи убийцы, или к санкциям международного права (репрессалиям и войне), направленным против граждан государства, орган которого нарушил международное право.

Коллективная ответственность – характерный элемент первобытного правом порядка, тесно связанный с отождествляющим мышлением и самоощущением древнего человека. Вследствие недостаточно развитого сознания своего "Я" первобытный человек чувствует себя настолько единым с членами своей группы, что всякий сколько-нибудь значительный поступок одного из них воспринимает как поступок самой группы – как нечто, что сделали "мы"; и потому точно так же, как награду он требует для группы, и наказание он принимает как то, чего заслужила вся группа. Что же касается индивидуальной ответственности, то она наличествует, если санкция направлена исключительно против правонарушителя, т.е. против того, кто сам совершил противоправное деяние.

д) Виновная ответственность и ответственность за последствия независимо от вины

Обычно различают два вида ответственности: виновную ответственность и ответственность за последствия независимо от вины (Erfolgshaftung). Когда правопорядок обуславливает правовое последствие определенным действием или бездействием, которое вызывает или не предотвращает нежелательное событие (например, чью-либо смерть), то здесь можно различить два случая: 1) индивид, о поведении которого идет речь, желал, чтобы это событие произошло, или же предвидел это; 2) он не желал происшедшего (не имел намерения, умысла) и не предвидел его – все произошло, как принято говорить, "случайно". В первом случае говорят о виновной ответственности, во втором – об ответственности за последствия независимо от вины. Если нежелательное с точки зрения правопорядка событие было вызвано преднамеренно, можно снова различить два случая: 1) индивид, о поведении которого идет речь, руководствовался субъективно "злым" умыслом, т.е. происшедшее было вызвано или не предотвращено им с целью причинить вред; 2) напротив, индивид стремился принести пользу: например, врач вызывает смерть неизлечимого больного, чтобы прекратить его страдания. То, что называют "виной", есть специфический элемент состава противоправного деяния: вина – это определенное положительное соотношение, существующее между внутренним (мысленным) поведением правонарушителя и событием, вызванным или не предотвращенным посредством его внешнего поведения, т.е. вина состоит в его направленном на это событие умысле или предвидении. Когда же такого рода соотношение отсутствует, когда нет ни умысла, ни предвидения, то мы имеем дело с ответственностью за последствия независимо от вины.

К виновной ответственности обычно относят также и ответственность за неосторожность. Неосторожность наличествует в том случае, когда правопорядок запрещает вызывать или допускать некоторое нежелательное событие, а оно все же происходит в результате поведения индивида, который – хотя этого не желал и не предвидел – все же, как правило, мог и должен был бы предвидеть и, следовательно, не вызвать или предотвратить это событие. Это означает, что правопорядок предписывает предвидеть определенные нежелательные события, которые – поскольку они представляют собой результат определенного поведения – в нормальной ситуации можно предвидеть, и, следовательно, требует не вызывать эти события или препятствовать тому, чтобы они происходили. Неосторожность заключается в непоявлении этого предписанного правопорядком предвидения, отсутствии предписанной предусмотрительности. Неосторожность – в отличие от предвидения или намерения – не есть положительное соотношение между внутренним поведением правонарушителя и нежелательным событием, вызванным или не предотвращенным посредством его внешнего поведения. Неосторожность есть отсутствие такого – предписанного правопорядком – соотношения. В этом смысле неосторожное преступление относится к разряду преступлений, совершаемых путем бездействия, и за их совершение предусмотрена "ответственность за последствия независимо от вины".

е) Обязанность возместить вред

Правовая обязанность индивида возместить причиненный им или кем-то другим материальный или моральный вред часто истолковывается как санкция, и потому эту обязанность тоже называют ответственностью. При такой конструкции происходит смешение понятий обязанности, санкции и ответственности. Санкция сама по себе вовсе не обязанность (она может, хотя и не обязательно, быть установлена в качестве таковой), но акт принуждения, который норма связывает с определенным поведением, противоположное которому тем самым предписывается правом и составляет содержание правовой обязанности. Это можно выразить и так: санкция есть конституирующий правовую обязанность акт принуждения. Ответственность, как уже говорилось, также отнюдь не обязанность, но соотношение между индивидом, против которого направлен акт принуждения, и совершенным им (или кем-то другим) правонарушением. Обязанность есть воздержание от правонарушения со стороны индивида, чье поведение образует правонарушение.

Правопорядок может обязать индивида не причинять другим вред, не предусматривая при этом обязанности возместить вред, причиненный в нарушение обязанности (pflichtwidrig). Обязанность возместить вред существует лишь в том случае, если не только причинение вреда, но также и невозмещение противоправно причиненного вреда становятся условием санкции. Тот факт, что порядок обязывает возместить вред, точно описывается следующим правовым высказыванием: "Если один индивид причинил другому вред и этот вред не возмещен, то на имущество некоего индивида должен быть обращен акт принуждения в качестве санкции, т.е. у какого-то индивида должно быть принудительно изъято имущество и передано пострадавшему в качестве возмещения". Как уже говорилось, порядок мог бы обязать индивида не причинять другому вред, не обязывая его при этом возмещать противоправно причиненный вред. Так было бы в том случае, если посредством возмещения вреда нельзя было бы избежать санкции. Однако обычно – в соответствии с позитивным правом – с помощью возмещения вреда санкции избежать можно. Это означает, что индивид не только обязан не причинять вред другому, но также, что если посредством своего противоправного поведения он все же причинил вред, он обязан возместить его. Санкция принудительного исполнения (взыскания) конституирует две обязанности: 1) главную обязанность – не причинять вред; 2) замещающую обязанность (занимающую место главной в случае ее нарушения) – возместить противоправно причиненный вред. Обязанность возместить вред есть не санкция, но замещающая обязанность. Санкция принудительного взыскания, т.е. принудительное возмещение вреда при посредстве правоприменительного органа, применяется лишь в том случае, когда эта обязанность не исполняется. Если санкция принудительного взыскания обращается на имущество индивида, который своим поведением причинил другому вред и не возместил его, то он несет ответственность за собственное правонарушение, состоящее в невозмещении причиненного им вреда. Однако ответственность за это правонарушение (т.е. за невозмещение причиненного им вреда) может нести и другой индивид: так бывает, когда санкция принудительного взыскания должна быть обращена на имущество другого индивида в случае, если первый не исполняет свою обязанность возместить причиненный вред. Этот второй индивид несет ответственность лишь в том случае, если он не может избежать санкции, возместив вред, причиненный первым. Однако обычно позитивное право позволяет ему таким образом избежать санкции. Ведь обычно он не только несет ответственность за невозмещение вреда первым (который в первую очередь обязан это сделать), но также обязан (хотя и во вторую очередь) возместить вред, причиненный первым, если тот не делает этого сам. Избежать санкции посредством своих действий он не может лишь как субъект этой обязанности, но не как объект ответственности. Но тогда он несет ответственность не только за то, что индивид, причинивший вред, вопреки своей обязанности не возместил этот вред, но также и за то, что он сам этого не сделал. Ни эта его обязанность возместить вред, ни его ответственность за исполнение этой обязанности не есть санкция. Санкция применяется лишь в том случае, если никто из этих двух индивидов не возмещает причиненный вред.

ж) Коллективная ответственность как ответственность за последствия независимо от вины

Если санкция направлена не против правонарушителя, а против другого индивида, находящегося с правонарушителем в установленных порядком отношениях (как в случае коллективной ответственности), то ответственность всегда имеет характер ответственности за последствия независимо от вины. Ведь в этом случае отсутствует какое-либо внутреннее соотношение между отвечающим за правонарушение индивидом и нежелательным с точки зрения порядка событием, вызванным или не предотвращенным посредством поведения другого индивида. Ответственный индивид мог вовсе не желать и не предвидеть этого события. Однако вполне возможно положение, при котором порядок предусматривает ответственность за чужое правонарушение лишь в

том случае, если оно было совершено виновно. Тогда ответственность имеет характер виновной ответственности для правонарушителя и ответственности за последствия независимо от вины для объекта ответственности.

29. Субъективное право: правомочие и полномочие

а) Право и обязанность

Правовой обязанности обычно противопоставляют правомочие как субъективное право, при этом ему отдают приоритет. В правовой сфере говорят о праве и обязанности, а не об обязанности и праве (в смысле правомочия), – в отличие от того, что принято в сфере морали, где как раз особо подчеркивается значение обязанности. При описании права правомочие настолько выдвигают на первый план, что обязанность почти совсем за ним теряется. Характерно, что в немецкой и французской терминологии понятие "правомочие" может обозначаться тем же словом, что и система норм, образующая правопорядок: "Recht", "droit". И для того, чтобы избежать отождествления этих двух понятий, приходится отличать правомочие как "субъективное право", т.е. право определенного субъекта, от правопорядка как "объективного права". Правда, в английской терминологии имеется слово "right", которое используют, когда хотят обозначить правомочие, право определенного субъекта, – в отличие от правопорядка, от объективного права, от "law".

Понимание сущности субъективного права (в смысле правомочия) затруднено тем, что этим словом обозначаются многие весьма отличающиеся друг от друга комплексы фактических обстоятельств. Так, к одному из них относится высказывание: "Индивид имеет право вести себя определенным образом". Смысл этого высказывания может заключаться лишь в указании на тот отрицательный факт, что индивиду юридически не запрещено некоторое поведение: в этом отрицательном смысле ему позволено (т.е. он свободен) предпринимать определенные действия или воздерживаться от них. Однако смысл того же высказывания может заключаться и в том, что некий другой индивид юридически обязан или даже что все другие индивиды юридически обязаны вести себя определенным образом непосредственно по отношению к определенному, управомоченному, индивиду. Поведение, составляющее непосредственную обязанность одного индивида по отношению к другому, может быть положительным или отрицательным, т.е. определенным действием или воздержанием от него. Действие заключается в том, что обязанный индивид предоставляет нечто другому индивиду. Предметом предоставления (Leistung) может быть определенная вещь или определенная услуга (вещная форма предоставления или предоставление в форме услуги). Воздержание, составляющее обязанность одного индивида по отношению к другому, может быть воздержанием обязанного индивида от определенного действия (например, обязанность не убивать другого индивида), либо оно может быть воздержанием от воспрепятствования определенному поведению другого индивида (в особенности обязанность индивида не препятствовать другому индивиду в его действиях, направленных на определенную вещь).

Если наличествует обязанность одного индивида не препятствовать определенному поведению другого индивида, то говорят о допущении одним индивидом поведения другого индивида. Таким образом, различают обязанность предоставления (Leistungspflicht) и обязанность допущения (Duldungspflicht).

Поведению, составляющему содержание обязанности одного индивида по отношению к другому (или "обязанному поведению"), соответствует определенное поведение этого другого индивида. Последний может требовать от первого поведения, составляющего содержание его обязанности по отношению к нему. В случае обязанности предоставления он принимает предоставляемые ему вещи или услуги. В случае обязанности допущения имеется следующее соотношение: поведению, составляющему содержание обязанности, соответствует поведение, которое должно быть допущено. Так, если речь идет о допущении действий, направленных на определенную вещь, то должно быть допущено пользование этой

вещью; если это пищевые продукты – их потребление; наконец, даже уничтожение этой вещи.

Поведение одного индивида, соответствующее "обязанному" (verpflichtet) поведению другого индивида, обычно обозначается как содержание "права", как предмет "притязания", соответствующего этой обязанности. Поведение одного индивида, соответствующее обязанному поведению другого, в особенности требование (от другого) обязанного поведения, обозначают как осуществление (своего) права. Однако в случае обязанности воздерживаться от определенного действия, например от убийства, кражи и т.п., все же не принято говорить о праве или притязании не быть убитым, не быть обокраденным и т.п. В случае обязанности допущения поведение одного индивида, соответствующее обязанному поведению другого, обозначается как "пользование" ("Genuss") правом. В особенности о пользовании (своим) правом, говорят, когда речь идет об использовании, потреблении или уничтожении определенной вещи: эти действия должны быть допущены другими индивидами в соответствии с их обязанностью (pflichtgemäss).

Между тем эта ситуация, обозначаемая как "право" или "притязание" одного индивида, есть не что иное, как обязанность другого или других. И если в этом случае говорят о некоем субъективном праве или притязании одного индивида, как если бы это право или притязание было чем-то отличным от обязанности другого или других, то тем самым создается видимость двух юридически релевантных ситуаций там, где реально наличествует лишь одна. Последняя исчерпывающе описывается указанием на правовую обязанность индивида (или индивидов) вести себя определенным образом по отношению к другому индивиду. То, что индивид обязан вести себя определенным образом, означает, что в случае противоположного поведения должна последовать санкция; его обязанность есть норма, которая предписывает это поведение, связывая противоположное поведение с санкцией. Если один индивид обязан предоставить нечто определенное другому, то содержание обязанности заключается именно в "предоставлении", которое другому предстоит принять: другому можно предоставить лишь то, что он принимает. Если же один индивид обязан допускать определенное поведение другого индивида, то содержание обязанности заключается именно в допущении этого поведения. Это значит: соответствующее обязанному поведению поведение того индивида, по отношению к которому существует обязанность, уже "соопределено" в поведении, образующем содержание обязанности. И если соотношение (Beziehung) между индивидом, по отношению к которому другой индивид обязан вести себя определенным образом, и этим другим индивидом обозначить как "право", то это право есть лишь отражение этой обязанности.

Необходимо принимать во внимание, что в этом соотношении "субъектом" является только обязанный, т.е. тот индивид, который своим поведением может нарушить или исполнить обязанность; управомоченный индивид, т.е. тот, к которому такое поведение должно быть "обращено", есть лишь объект поведения, составляющего содержание обязанности. Таким образом, понятие субъективного права, которое есть всего лишь отражение правовой обязанности – т.е. понятие "отраженного права" (Reflexrecht) – вероятно, может (в качестве вспомогательного понятия) облегчить изложение правовой ситуации (Sachverhalt); однако с точки зрения научно строгого описания правовой ситуации это понятие избыточно. Это видно уже из того, что отнюдь не всегда при наличии правовой обязанности вводится также и понятие "отраженного" субъективного права. Если обязанное поведение одного индивида не соотносится непосредственно с конкретным другим индивидом, т.е. если оно не должно быть обращено на конкретного другого, ко предписывается в отношении правового сообщества в целом, то и в таких случаях иногда говорят о "праве сообщества" (в особенности государства) на это поведение обязанного индивида (например, в случае воинской обязанности). Но так поступают далеко не всегда: во многих подобных случаях удовлетворяются тем, что устанавливают правовую обязанность, не вводя соответствующего ей отраженного права. Именно так обстоит дело с нормами, которые под угрозой наказания предписывают людям определенное поведение по

отношению к некоторым животным, растениям и предметам, т.е. когда правом запрещено убивать (вообще или в определенные периоды) некоторых животных, или рвать некоторые цветы, или рубить некоторые деревья, или разрушать некоторые исторически ценные здания или памятники. Это обязанности, которые (опосредованно) существуют по отношению к заинтересованному в этих объектах правовому сообществу. Однако при этом не вводятся отраженные права животных, растений и предметов, по отношению к которым эти обязанности существуют непосредственно. Аргумент, согласно которому охраняемые правом порядком животные, растения и предметы не являются субъектами отраженных прав потому, что эти объекты – не "лица" ("Personen"), неверен. Дело в том, что термин "лицо" означает, как мы увидим, то же самое, что термин "правовой субъект"; и если субъект отраженного права – человек, по отношению к которому должно иметь место определенное поведение обязанного индивида, то животные, растения и предметы, по отношению к которым люди обязаны вести себя определенным образом, являются субъектами права на это поведение в том же самом смысле, в котором кредитор является субъектом права, состоящего в обязанности, которую имеет по отношению к нему должник. Однако, как уже отмечалось, если один человек обязан вести себя определенным образом по отношению к другому человеку, то "субъектом" является лишь первый, но не второй; а именно – субъектом обязанности. Поскольку отраженное право тождественно правовой обязанности, то индивид, по отношению к которому существует обязанность, не может считаться в правовом отношении "субъектом", так как он не есть субъект этой обязанности. Человек, по отношению к которому должно иметь место обязанное поведение, есть лишь объект этого поведения, – точно в той же мере, что и животное, растение или предмет, по отношению к которым люди обязаны вести себя определенным образом. Несостоятелен и аргумент, согласно которому животные, растения или предметы не являются субъектами права потому, что они не могут выдвинуть "притязание", которое соответствовало бы обязанности. Ведь для наличия отраженного права неважно, выдвигается ли притязание на обязанное поведение. Тот факт, что притязание по какой-либо причине не выдвигается или не может быть выдвинуто, ничего не меняет в правовом положении. "Притязание" может стать юридически релевантным (т.е. приобрести значение правового акта) лишь в том случае, если выполнение соответствующей обязанности может быть обеспечено искомным путем. Но тогда имеет место совсем не та ситуация, что в случае "чистого" (bloss) отраженного права. О ней речь пойдет позже. Во всяком случае, отраженное право не может существовать без соответствующей ему правовой обязанности. Только если один индивид юридически обязан вести себя определенным образом по отношению к другому, то этот второй индивид имеет по отношению к первому "право" на это его поведение. Итак, отраженное право одного состоит только лишь в обязанности другого.

Традиционное воззрение, согласно которому (субъективное) право составляет отличный от обязанности предмет правопознания и ему даже принадлежит приоритет по сравнению с обязанностью, вероятно, коренится, в естественно-правовом учении. Это учение исходит из постулата о естественных, врожденных человеку правах, которые существуют до любого позитивного правопорядка; главную роль среди них играет субъективное право индивидуальной собственности. Функция позитивного правопорядка, прекращающего естественное состояние, — т.е. функция государства — состоит, согласно этому воззрению, в том, чтобы гарантировать естественные права посредством установления соответствующих обязанностей. Но это воззрение повлияло и на сторонников исторической школы права, которые не только основали правовой позитивизм XIX столетия, но и решающим образом повлияли на формирование самого понятия "общая теория права". Так, у Дернбурга читаем: "С исторической точки зрения, права в субъективном смысле существовали задолго до того, как сформировался самодовлеющий (selbstbewusst) государственный порядок. Эти права основывались на личностном начале (Personlichkeit) индивидов и на том признании, которого они оказывались в состоянии добиться для своей личности (Person) и своего имущества. И лишь путем абстрагирования, исходя из наличных субъективных прав,

постепенно удалось вывести понятие правопорядка. Следовательно, воззрение, согласно которому права в субъективном смысле суть всего лишь дериваты (Ausflüsse) права в объективном смысле, неисторично и неверно²¹. Но если отвергнуть допущение о существовании естественных прав и принимать во внимание лишь права, установленные позитивным правопорядком, становится очевидным, что субъективное право (в рассматриваемом смысле) предполагает соответствующую правовую обязанность, более того оно и есть эта правовая обязанность.

б) Права по отношению к лицам и вещные права

Под влиянием римской юриспруденции принято различать право на вещь (jus in rem) и право по отношению к лицу (jus in personam). Это различие вводит в заблуждение. Право на вещь это тоже право по отношению к лицам. Когда для того, чтобы сохранить различие между вещным правом (Sachenrecht) и правом по отношению к лицам (Personenrecht)²², первое определяют как право индивида распоряжаться определенной вещью по своему усмотрению, то не замечают, что это право заключается лишь в том, что другие индивиды юридически обязаны допускать такое поведение, т.е. не препятствовать ему; следовательно, jus in rem есть лишь разновидность jus in personam. Первостепенное значение здесь имеет отношение между людьми, которое и в случае так называемого вещного права состоит в обязанности вести себя определенным образом по отношению к определенному другому человеку. Отношение к вещи имеет второстепенное значение, так как оно служит лишь детализации первостепенного отношения. Тут речь идет о поведении некоего индивида по отношению к определенной вещи, т.е. о том состоянии, допускать которое есть обязанность всех остальных индивидов по отношению к нему.

Субъективное вещное право par excellence, для обоснования которого и потребовалось рассматриваемое различие, есть право собственности. Традиционной юриспруденцией оно определяется как исключительное господство лица над вещью и тем самым отграничивается от прав требования, обосновывающих только правовые отношения между лицами. Это очень важное для систематики гражданского права различие имеет явно идеологический характер.

Поскольку право как социальный порядок регулирует поведение людей в их непосредственных или опосредованных отношениях к другим людям (ср. §5 и §6), то и собственность юридически может заключаться лишь в определенном отношении одного человека к другим людям, а именно в обязанности последних не препятствовать первому в его распоряжении определенной вещью. То, что обозначается как неограниченное господство лица над вещью, есть предусмотренное правопорядком исключение всех остальных из распоряжения этой вещью. "Господство" одного юридически есть лишь отражение исключения других. Здесь речь идет об отношении между этим "одним" и этими "другими", стало быть, о том, что в обычной терминологии называется отношением между лицами, и лишь во вторую очередь – об отношении к вещи, а именно об отношении "других" к вещи, которое опосредует их отношение к этому "одному". И если тем не менее правоведы придерживаются традиционного определения собственности как исключительного господства лица над вещью и при этом игнорируют отношение, более существенное для права, то это происходит, очевидно, потому, что определение собственности как отношения между лицом и вещью скрывает ее решающую социально-экономическую функцию. Ту функцию, которую – в той мере, в какой речь идет о собственности на средства производства, – социалистическая теория (здесь не место решать, справедливо или нет) считает "эксплуатацией", ту функцию, которая, во всяком случае, состоит именно в отношении собственника ко всем остальным лицам, которые исключены из распоряжения его вещью (не имеют к ней доступа), которых объективное право обязывает уважать исключительное право

²¹ Heinrich Dernburg, *System des Römischen Rechts (der Pandekten achte, umgearbeitete Auflage)*, Erster Teil, 1911, S.65.

²² Традиционный русский вариант этого термина – "личное право". – Прим. пер.

собственника распоряжаться вещью. И только этому традиционное правоповедение сопротивляется самым решительным образом: признанию того факта, что субъективное право (т.е. правомочие) одного есть лишь отражение правовой обязанности других, т.е. это правоповедение – по чисто идеологическим причинам – считает необходимым подчеркивать первичный характер правомочия.

Обе эти ситуации, характеризуемые традиционной юриспруденцией как отношения по типу *jus in personam* и *jus in rem*, правильнее было бы различать как относительные и абсолютные отраженные права: в этом случае мы избежали бы всякой идеологической тенденции. Вести себя определенным образом по отношению к определенному индивиду может быть обязанностью определенного индивида; таков, например, случай отношений между должником и кредитором, поскольку здесь лишь должник обязан исполнить определенное обязательство по отношению к кредитору, и поэтому лишь кредитор имеет отраженное право на это исполнение. Как обязанность должника, так и отраженное право кредитора существуют только применительно к определенному индивиду, и в этом смысле речь идет лишь об относительном праве. Если же поведение направлено на какую-то определенную вещь, то определенное поведение по отношению к определенному индивиду может быть обязанностью всех остальных индивидов. Таков случай права собственности; здесь все остальные обязаны не препятствовать определенному человеку распоряжаться определенной вещью. Отраженное право, которое заключается в обязанности этих остальных, направлено против всех остальных и в этом смысле оно есть абсолютное право. Терминологически различие между относительными и абсолютными отраженными правами не очень удачно, поскольку и так называемые "абсолютные" права относительны: ведь они состоят в отношении многих к одному. Отраженное право собственности не есть в прямом смысле абсолютное право; оно есть отражение множества обязанностей неопределенного числа индивидов по отношению к одному и тому же индивиду в связи с одной и той же вещью, в отличие от права требования, которое есть отражение лишь одной обязанности одного определенного индивида по отношению к другому определенному индивиду. Однако второстепенное отношение к определенной вещи ни в коем случае не ограничивается так называемыми вещными правами, оно может присутствовать и в так называемых правах требования (правах по отношению к лицам). Так бывает в случае, если должник обязан предоставить кредитору некий вполне определенный предмет, например, когда по договору купли-продажи кто-то обязан передать другому в собственность вполне определенное движимое или недвижимое имущество. В этом случае право кредитора отличается от вещного права тем, что его правомочию соответствует обязанность лишь одного определенного индивида.

В этом разделе принималось во внимание только отраженное право. В традиционной теории оно играет решающую роль, несмотря на то, что это "право" одного индивида есть не что иное, как обязанность одного или всех других вести себя определенным образом по отношению к этому индивиду. Но если право собственности характеризуется как правовая власть собственника исключать всех остальных из распоряжения определенной вещью, то речь уже идет не просто об отраженном праве. Эту власть индивид имеет, лишь если правопорядок уполномочивает его прибегать к иску в случае нарушения обязанности не препятствовать ему в распоряжении определенной вещью. О субъективном праве в этом смысле речь пойдет позже.

в) Субъективное право как юридически защищенный интерес

Часто встречающееся в традиционной юриспруденции определение субъективного права как юридически защищенного интереса относится к тому субъективному праву одного индивида, которое на самом деле есть лишь отражение правовой обязанности другого. В этом определении особенно отчетливо проявляется характерный для традиционной юриспруденции дуализм, противопоставляющий право в субъективном смысле праву в объективном смысле. Этот дуализм включает в себе неразрешимое противоречие. Если

право в объективном смысле есть норма или система норм, нормативный порядок, а право в субъективном смысле есть нечто совершенно от него отличное, а именно интерес, то объективное и субъективное Право не могут быть подчиненными понятиями по отношению к одному родовому понятию. И это противоречие нельзя устранить, признав, что между объективным и субъективным правом существует связь, определив субъективное право как защищаемый объективным правом интерес. Однако если рассматривать право как норму или систему норм, то субъективное право не может быть неким (защищенным посредством права) интересом, но лишь защитой этого интереса, существующей в самом объективном праве. Эта защита состоит в том, что правопорядок связывает с нарушением этого интереса санкцию, иначе говоря, устанавливает правовую обязанность не нарушать этот интерес. Например, правовая обязанность должника – вернуть кредитору полученную от него ссуду. Право кредитора – согласно теории интересов – есть его защищенный посредством правовой обязанности должника интерес в возврате ссуды. Но его право – как отраженное право – есть не что иное, как эта правовая обязанность должника.

С точки зрения теории интересов, признание отраженного права кажется невозможным в случае, если действие, которое один индивид обязан совершить по отношению к другому, заключается в причинении зла этому другому. Именно это происходит, если такое действие имеет характер предусмотренной правопорядком санкции, а назначение и исполнение санкции в конкретных случаях сделалось содержанием должностной обязанности правоприменительных органов. Как правило, никто не имеет интереса, состоящего в претерпевании зла. Ясно, что если такого рода обязанностью и защищается некий интерес, то он не может быть интересом того индивида, против которого направлена санкция. Так, в приведенном выше примере не может быть речи об интересе и, следовательно, праве должника; правовой обязанностью должника вернуть кредитору ссуду защищается интерес и, следовательно, право кредитора. В случае уголовной санкции обязанностью правоприменительных органов наказать преступника не может защищаться интерес и, следовательно, право самого этого преступника. И если все же как это иногда случается такого рода право признают, т.е. говорят, что преступник имеет право быть наказанным, имеет притязание на предусмотренное правопорядком наказание, на исполнение обязанности наказать его, то это утверждение основывается на следующем: интерес сообщества, состоящий в том, чтобы реакцией на правонарушение была санкция, истолковывается как интерес самого правонарушителя, – как его "правильно понятый" интерес. И все же этот интерес сообщества или, точнее, защиту этого интереса посредством должностной обязанности правоприменительных органов обычно не называют субъективным (отраженным) правом; здесь следует вспомнить, что традиционная терминология не для каждой правовой обязанности указывает на соответствующее отраженное право.

г) Субъективное право как правовая власть

В традиционной юриспруденции теории интересов противостоит так называемая волевая теория: по этой теории, субъективное право есть власть, которой правопорядок наделяет волю. Однако здесь определяется не тот предмет, к которому относится теория интересов, а полномочие, т.е. правовая власть, которой правопорядок наделяет индивида. Она наличествует в том случае, если в число условий конституирующей правовую обязанность санкции входит заявление (Aktion) – как правило — того индивида, по отношению к которому существует эта обязанность. Цель заявления – исполнение этой санкции; заявление имеет форму иска, адресованного правоприменительному органу. И этот орган может применить подходящую общую норму, т.е. установить индивидуальную норму, связывающую с конкретным (установленным этим органом) составом правонарушения конкретное правовое последствие, – только в том случае, если уполномоченный на это индивид (истец) делает с этой целью заявление, которое и дает ход производству в правоприменительном органе, в частности судопроизводству. И в этом случае право, т.е.

общая норма, которая должна быть применена правовым органом, находится в распоряжении определенного индивида, как правило того, по отношению к которому некий другой индивид обязан вести себя определенным образом; в этом смысле право (объективное право) и на самом деле является "его" правом. И если при описании этой ситуации мы употребим вспомогательное понятие "отраженное право", то сможем сказать так: здесь правомочие (которое есть лишь отражение правовой обязанности) снабжено правовой властью (управомоченного) осуществлять это отраженное право, т.е. прибегать к иску (для применения санкции) в случае неисполнения обязанности, отражением которой является это право.

Такая ситуация не описывается полностью указанием на обязанность одного индивида вести себя определенным образом по отношению к другому. Ведь ее существенный элемент – предоставленная последнему правопорядком правовая власть прибегать к иску в случае неисполнения первым его обязанности. Только эта правовая власть, используемая в случае неисполнения правовой обязанности, есть фактор, отличный от самой этой обязанности; только при использовании этой правовой власти индивид становится "субъектом" некоего права, отличного от правовой обязанности. Только если правопорядок предоставляет такого рода правовую власть, наличествует некое отличное от правовой обязанности право в субъективном смысле, субъективное право в техническом смысле слова, которое есть правовая власть, предоставленная для того, чтобы обеспечить исполнение (нарушенной) правовой обязанности. Осуществление (*Ausübung*) этой правовой власти есть осуществление права в собственном смысле слова. Это осуществление права еще не "соопределено" в поведении, образующем содержание обязанности, в случае неисполнения которой используется (осуществляется) эта правовая власть. Однако, как уже отмечалось, в традиционной терминологии "осуществлением права" называется и другое поведение того индивида, по отношению к которому существует правовая обязанность, а именно поведение, соответствующее обязанному поведению и уже "соопределенное" в нем. Это осуществление отраженного права.

Согласно традиционной теории, в каждом субъективном праве индивида содержится "притязание" на поведение другого индивида, а именно на поведение, составляющее обязанность последнего по отношению к первому, другими словами на поведение, образующее содержание правовой обязанности, тождественной отраженному праву. Однако "притязание" в юридически релевантном смысле выдвигается лишь при использовании правовой власти, которой должно быть снабжено отраженное право, чтобы стать субъективным правом в техническом смысле. Если индивид, по отношению к которому другой индивид обязан вести себя определенным образом, не обладает правовой властью прибегать к иску в случае неисполнения этой обязанности, то акт, посредством которого он добивается исполнения этой обязанности, не имеет никакого специфически правового следствия (*Rechtswirkung*), этот акт – конечно, если он не запрещен правом, – юридически иррелевантен. А поэтому "притязание" или юридически действенный (*wirksam*) акт наличествует лишь там, где имеется субъективное право в техническом смысле, т.е. правовая власть индивида прибегать к иску в случае неисполнения существующей по отношению к нему обязанности.

Это субъективное право — в том же смысле, что и правовая обязанность — не противостоит объективному праву как нечто независимое от него. Субъективное право, как и правовая обязанность, есть правовая норма, — предоставляющая специфическую правовую власть, уполномочивающая определенного индивида правовая норма. То, что этот индивид "обладает" субъективным правом, т.е. определенной правовой властью, означает лишь следующее: некая правовая норма делает определенное в ней поведение этого индивида условием определенных последствий. И когда традиционная теория характеризует субъективное право как власть, которой правопорядок наделяет волю, то она имеет в виду правовую власть, используемую в судебном иске. Но обычно под субъективным правом понимают не одну только эту правовую власть, а правовую власть в сочетании с отраженным

правом, т.е. с той обязанностью, при неисполнении которой применяется эта правовая власть, другими словами – отраженное право, снабженное этой правовой властью. Основное внимание при этом уделяется отраженному праву. Однако, как уже было показано, сущность того субъективного права, которое есть нечто большее, чем только отражение правовой обязанности, состоит в том, что некая норма наделяет индивида правовой властью прибегать к иску при неисполнении правовой обязанности. Мы будем иметь в виду эту норму, когда в дальнейшем (следуя традиционной терминологии) будем говорить о субъективном праве в техническом смысле как о предоставленной индивиду правовой власти.

Установление таких субъективных прав в техническом смысле не является, в отличие от установления правовых обязанностей, существенной функцией объективного права. Здесь мы имеем дело с возможной, но отнюдь не необходимой содержательной конструкцией объективного права, с особой юридической техникой, которой может, но отнюдь не обязательно должно пользоваться право. Это специфическая техника капиталистического правопорядка, поскольку он гарантирует существование института частной собственности и поэтому с особым вниманием относится к индивидуальному интересу. Впрочем, эта техника преобладает отнюдь не во всех частях капиталистического правопорядка: она получила полное развитие лишь в области так называемого частного права и в некоторых отраслях административного права. А уже современное уголовное право не пользуется этой техникой, либо обращается к ней лишь в виде исключения. Не только в случае умышленного убийства, т.е. если индивид, по отношению к которому имеет место запрещенное уголовным правом поведение, перестал существовать и уже не может предъявить иск, но также и в большинстве других случаев запрещенного уголовным правом поведения место потерпевшего заступает государственный орган, в качестве обвинителя *ex officio* дающий ход производству, которое ведет к исполнению санкции. Следовательно, сущность субъективного права (в специфически техническом смысле этого слова), характерного для "частноправовой" области, состоит в следующем: правопорядок наделяет индивида (не квалифицируемого как "орган" сообщества, но называемого в традиционной теории "частным лицом") – обычно того индивида, по отношению к которому другой обязан вести себя определенным образом, правовой властью прибегать к иску в случае неисполнения этой обязанности, т.е. давать ход производству, ведущему к судебному решению, которое устанавливает конкретную санкцию как реакцию на нарушение обязанности.

Как и в случае с субъектом обязанности, субъектом права в техническом смысле может быть не только один индивид: субъектом одного и того же права могут быть двое или несколько индивидов. Двое или несколько индивидов являются субъектом права в техническом смысле, если содержание тождественной отраженному праву обязанности — поведение по отношению к двоим или нескольким индивидам и если правовая власть прибегать к иску при неисполнении этой обязанности может быть использована тем или иным из этих индивидов (т.е. альтернативно), либо только в совместном действии всех этих индивидов (т.е. кооперативно).

Эта предоставленная индивиду правовая власть обычно включает и полномочие обжаловать неблагоприятное для него судебное решение (в порядке так называемого производства по жалобе) на том основании, что оно не соответствует праву; этот акт дает ход производству, которое может привести к отмене обжалуемого решения и к его замене другим. Такая правовая власть предоставлена не только индивиду, по отношению к которому (как он утверждает) существует обязанность, но также и субъекту (утверждаемой таким образом) правовой обязанности. Согласно положениям, принятым в современных судебных системах, не только истец, но и ответчик может обжаловать неблагоприятное для него судебное решение. Однако в этом последнем случае такая правовая власть используется не для того, чтобы обеспечить исполнение правовой обязанности, но, напротив, чтобы помешать исполнению (утверждаемой) обязанности, которая, по мнению ответчика, не существует или существует не в том размере, что утверждает истец. Так как здесь правовая

власть не связана с отраженным правом, то в этом случае не принято говорить и о субъективном праве.

Согласно современному административному праву, аналогичная правовая власть принадлежит и индивиду, ставшему адресатом административного распоряжения, т.е. установленной административным органом индивидуальной нормы, предписывающей ему определенное поведение. Если этот индивид полагает, что соответствующая норма не обоснована юридически, он уполномочен принести жалобу на это административное распоряжение и тем самым дать ход производству, которое может привести к установлению другой индивидуальной нормы, отменяющей или изменяющей первую. В этом случае тоже не принято говорить о субъективном праве.

д) Субъективное право как положительное (официальное) позволение

Смысл высказывания "Индивид имеет право вести себя определенным образом, в частности заниматься определенным видом деятельности" не обязательно сводится к тому, что эта деятельность не запрещена индивиду юридически, или что другие обязаны не препятствовать этой деятельности, или что уполномоченный заниматься этим видом деятельности индивид обладает правовой властью в случае нарушения соответствующей обязанности дать ход производству, ведущему к применению санкции. Ситуация, обозначаемая термином "правомочие" или "субъективное право", может заключаться и в том, что правопорядок связывает определенную деятельность, например занятие определенным промыслом, с условием позволения, называемого "концессией" или "лицензией". Это позволение предоставляется определенным органом сообщества ("органом власти"), либо при соблюдении предусмотренных правопорядком предварительных условий, либо по свободному усмотрению компетентного органа. Занятие этим видом деятельности без официального позволения запрещено, т.е. составляет условие применения санкции. Это позволение заключается не в чисто отрицательном факте незапрещенности, но в положительном акте органа сообщества. Такое позволение играет важную роль в современном административном праве. Правомочие, основанное на таком положительном, официальном (т.е. предоставленном органом сообщества) позволении, не есть отраженное право; оно не есть функция некоей соответствующей ему обязанности; оно включает в себя правовую власть в той мере, в какой с ним связано полномочие заключать некоторые сделки, например продавать (на основании полученной от органа власти лицензии или концессии) алкогольные напитки или лекарства, содержащие ядовитые вещества.

е) Политические права

Особую категорию составляют так называемые "политические" права. Их принято определять как право (Vefugnis) влиять на формирование "государственной воли", а это значит: прямо или косвенно участвовать в создании правопорядка, в котором ведь и выражается "государственная воля". Однако при этом имеется в виду (как это большей частью происходит, когда правопорядок персонифицируется в качестве "государственной воли") лишь общая форма выражения (generelle Erscheinungsform) образующих этот порядок правовых норм) т.е. речь идет о законах. Участие подчиненных нормативному порядку индивидов в законодательной деятельности, т.е. в создании общих правовых норм, есть существенный признак демократической формы государства, отличающий ее от авторитарной ("самодержавной") формы, при которой подданные отстранены от всякого участия в формировании государственной воли, не обладают никакими политическими правами. Демократическое законодательство может осуществляться непосредственно "народом", т.е. подчиненными нормативному порядку индивидами; этому соответствует (в т.н. непосредственной демократии) субъективное право индивида участвовать в законодательном народном собрании: выступать с речами и голосовать; либо же народ участвует в законодательстве лишь опосредованно, что значит: оно осуществляется парламентом, избранным народом. И тогда процесс образования государственной воли (т.е.

создание общих норм) распадается на две стадии: избрание парламента и принятие законов избранными членами парламента. Соответственно, в этом случае существуют два субъективных права: субъективное право (образующих больший или меньший круг) избирателей, т.е. избирательное право, и субъективное право (относительно немногочисленных) избранных в парламента, право участвовать в обсуждении и принятии парламентарских решений. Таковы политические права.

Если они характеризуются тем, что предоставляют управомоченному возможность участвовать в формировании государственной воли, т.е. в создании правовых норм то и субъективное частное право есть политическое право, так как и оно позволяет управомоченному участвовать в формировании государственной воли. Ведь она выражается индивидуальной нормой судебного решения не меньше, чем общей нормой закона.

Наряду с парламентарским избирательным правом также и другие избирательные права можно считать политическими правами. Не только законодательный орган, но также и правительственные (административные) и судебные органы могут, согласно демократическим конституциям, быть "созваны" путем голосования. В той мере, в какой функция этих органов есть создание права, соответствующие избирательные права, как и парламентарское избирательное право, представляют собой правовую власть участвовать (опосредованно) в создании норм, которые эти органы уполномочены создавать.

И если субъективное частное право в специфическом смысле – т.е. правовая власть, предоставленная для того, чтобы обеспечить исполнение (нарушенной) правовой обязанности – объединяется в одном и том же понятии "субъективное право" с т.н. политическим правом, которое также представляет собой правовую власть, – то это возможно лишь постольку, поскольку в обоих случаях присутствует общая для них правовая функция: участие подчиненных нормативному порядку индивидов в создании права, их правотворческая функция. Однако здесь следует помнить, что – как только что указывалось – субъективное частное право в специфически техническом смысле отличается от т.н. политического права также и тем, что в первом случае предоставленная правопорядком индивиду правовая власть (или компетенция) участвовать в правотворчестве служит тому, чтобы обеспечить исполнение правовой обязанности, существующей по отношению к этому или какому-либо другому индивиду; во втором случае (субъективное политическое право) дело обстоит иначе. Кредитор уполномочен правопорядком (т.е. он обладает правовой властью) участвовать, предъявляя иск, в создании индивидуальной правовой нормы судебного решения, чтобы таким образом обеспечить исполнение нарушенной должником правовой обязанности вернуть предоставленное. Субъект политического права, например избиратель, уполномочен (т.е. он обладает правовой властью) участвовать в создании общих правовых норм; однако эта правовая власть служит не тому, чтобы обеспечить исполнение существующей по отношению к нему правовой обязанности какого-либо другого субъекта. Осуществление этой правовой власти может – но не обязательно должно – быть гарантировано посредством правовой обязанности, возложенной на какого-либо другого индивида, точно так же как осуществление полномочия может – но не обязательно должно – быть содержанием правовой обязанности уполномоченного. Судья может быть обязан принять иск кредиторов, и он на самом деле юридически обязан сделать это, если его отказ принять иск влечет за собой (как нарушение его должностной обязанности) дисциплинарное взыскание. Однако предоставленная кредитору правовая власть, составляющая его субъективное право, служит не тому, чтобы обеспечить исполнение этой должностной обязанности при ее нарушении, а тому, чтобы обеспечить исполнение обязанности должника. Уполномоченный по выборам (Wahlbehörde) может быть обязан принимать голоса избирателей, подсчитывать их и т.п.; и он обязан делать это, если неисполнение этих функций имеет своим последствием санкцию. Однако правовая власть, составляющая политическое избирательное право, служит не тому, чтобы обеспечить исполнение этой должностной обязанности при ее нарушении. Она служит в отличие от правовой власти, составляющей субъективное частное право – вообще не тому, чтобы обеспечить исполнение

(нарушенной) индивидуальной правовой обязанности, а тому, чтобы (опосредованно) участвовать в создании общих правовых норм, которыми устанавливаются правовые обязанности.

К политическим правам причисляются также т.н. основные права и (охраняемые правом) свободы (Grund- und Freiheitrechte), предусмотренные Конституциями современных государств. Так, эти конституции гарантируют равенство перед законом, свободу (т.е. неприкосновенность) собственности, свободу личности, свободу слова (в особенности свободу печати), свободу совести (в частности, свободу религии), свободу создания объединений, свободу собраний и т.д. Эти конституционные гарантии сами по себе еще не составляют субъективных прав: ни чисто отраженных прав, ни субъективных частных прав в техническом смысле. Это скорее запреты нарушать гарантированные свободы посредством законов (или законозаменяющих постановлений), т.е. отменять или ограничивать эти свободы. И суть этих запретов состоит не в том, что на законодательный орган возлагается правовая обязанность не издавать таких законов, а в том, что если такие законы стали действительными, они могут на основании их "неконституционности" – быть снова отменены по специально предусмотренной для этой цепи процедуре. Конституционные гарантии основных прав и свобод суть положения конституции, отрицательно определяющие содержание законов и предусматривающие процедуру, по которой законы, не соответствующие этим положениям, могут быть отменены. Однако т.н. основные права и свободы могут быть нарушены не только посредством законов (и законозаменяющих постановлений), но также посредством постановлений исполнительной власти (gesetzwollziehende Verordnungen), административных актов и судебных решений; т.е. нормы, не выступающие в форме законов (или законозаменяющих постановлений), тоже могут иметь неконституционное содержание и быть отменены по этой причине. Если же такие нормы устанавливаются не на основании неконституционных законов, а вообще не имеют никакого закона в качестве своей основы, то они могут быть отменены именно по этой формальной причине, а не только потому, что их содержание вступает в противоречие с материальным "запретом" конституции, т. е. является "запрещенным" конституцией содержанием.

Гарантированное конституцией равенство подчиненных правопорядку индивидов не означает, что в принятых на основании конституции нормах (особенно в законах) должно быть предусмотрено одинаковое обращение со всеми. Такого рода равенство не может иметься в виду, так как было бы нелепо, не проводя никаких различий между людьми (например, между детьми и взрослыми, психически здоровыми и больными, мужчинами и женщинами) возложить на всех одни и те же обязанности и наделить всех одними и теми же правами. Если речь идет о равенстве в законе, то оно может гарантироваться лишь следующим образом: конституция устанавливает, что некоторые вполне определенные различия (например, расовые, религиозные, сословные или имущественные) нельзя проводить в законах, т.е. законы, в которых такие различия проводятся, могут быть отменены как неконституционные. Если же конституция не устанавливает, что некоторые вполне определенные различия между людьми нельзя проводить в законах, и если конституция содержит формулу, провозглашающую равенство всех людей, то это конституционно гарантированное равенство едва ли может значить что-либо иное, нежели равенство перед законом. Гарантия равенства перед законом устанавливает лишь следующее: правоприменительные органы могут учитывать только различия, проведенные в самих законах, которые должны ими применяться. Но тем самым устанавливается лишь имманентный любому праву принцип правомерности правоприменения и – как его частный случай – имманентный любому закону принцип закономерности законоприменения, т.е. устанавливается лишь, что нормы следует применять сообразно самим этим нормам (normgemäss). Но тем самым здесь выражается не что иное, как имманентный самим правовым нормам смысл. Решение суда, согласно которому некоему индивиду не назначается наказание (предусмотренное в том законе, который должен быть применен в

данном случае) лишь потому, что этот правонарушитель – белый, а не негр, или христианин, а не еврей, хотя закон при определении состава правонарушения не учитывает расовую или религиозную принадлежность правонарушителя, – такое решение суда может быть оспорено как противоправное по той же самой причине, что и решение, которым наказание назначается индивиду, не совершившему никакого предусмотренного законом и констатированного судом правонарушения; или что и решение, которым индивиду, совершившему такое правонарушение, назначается наказание, не предусмотренное в законе. В этих условиях неконституционность решения не составляет основание для его оспаривания или отмены, отличное от незаконности этого решения.

Возможно, что положение конституции, устанавливающее неприкосновенность собственности, значит лишь следующее: законы, уполномочивающие правительство безвозмездно изымать собственность против воли собственника (за исключением законов, предусматривающих лишение собственности в качестве санкции) могут быть отменены как "неконституционные". Такое положение конституции еще не есть запрет экспроприации. Оно относится только к безвозмездной экспроприации и при этом не устанавливает правовую обязанность законодательного органа воздерживаться от издания таких законов. "Неконституционный" закон вплоть до его – индивидуальной, т.е. ограниченной одним конкретным случаем, или общей – отмены остается действительным законом. Он не действителен (nichtig); это закон, который лишь может быть признан недействительным (vernichtbar). Аналогичная ситуация наличествует, когда конституция гарантирует свободу вероисповедания и совести. Такая гарантия означает, что закон, запрещающий исповедание определенной религии (т.е. предусматривающий за это наказание), может быть отменен как неконституционный.

Действенная гарантия этих т.н. основных прав и свобод наличествует лишь в том случае, если гарантирующая их конституция не может быть изменена посредством обычной законодательной деятельности, если для такого изменения нужна особая процедура, отличающаяся от обычной законодательной процедуры более жесткими условиями: не простое, а квалифицированное большинство в законодательном органе, многократное принятие решения и т.п. Ибо если конституция может быть изменена обычными законами, то ни один закон и, следовательно, ни одно принятое на основании закона судебное или административное решение нельзя отменить из-за "неконституционности", так как конституция отменена этим законом для его сферы действительности. Поэтому реальная гарантия т.н. основных прав и свобод отсутствует и в том случае, если конституция, могущая быть измененной только при более жестких условиях, гарантирует такого рода "право" лишь в той мере, в какой оно не ограничено законами, иными словами, если конституция делегирует обычному законодательству полномочие устанавливать безвозмездную экспроприацию, проводить (при возложении обязанностей и предоставлении прав) исключенные конституцией различия или ограничивать некоторые свободы. Например, такая псевдогарантия наличествует, если в конституции сказано: "Неприкосновенность собственности гарантируется. Безвозмездная экспроприация в публичных интересах допустима только на законном основании"; или: "Всякий имеет право – в рамках закона – свободно выражать свои мнения"; или: "Все граждане имеют право устраивать собрания и создавать объединения. Осуществление этого права регулируется законами".

Покуда конституционная гарантия т.н. основных прав и свобод означает не что иное, как охарактеризованное выше устроение условий, необходимых для законодательного ограничения этих "прав", здесь не существует никаких прав в субъективном смысле; ни отраженных прав (ведь "запрет" на ограничивающее законодательство не устанавливает правовую обязанность), ни, следовательно, субъективных прав в техническом смысле (если под таким правом понимать правовую власть обеспечивать искомым путем исполнение нарушенной правовой обязанности). "Основное право" или "свобода" представляет собой субъективное право в смысле правовой власти (хотя и используемой не для того, чтобы обеспечить исполнение нарушенной правовой обязанности) в том случае, если правопорядок

предоставляет индивидам, которые затронуты неконституционным законом, правовую власть подавать заявление, дающее ход процедуре, которая ведет к отмене неконституционного закона. Так как смысл акта, отменяющего норму, сам есть норма, то основное право (или "свобода") заключается в правовой власти участвовать в создании таких норм. Так, например, конституционно гарантированное право на свободное исповедание религии. Представляет собой субъективное право, если ход производству, ведущему к отмене ограничивающего свободу религии закона, может дать всякий затронутый им индивид – в порядке своего рода *actio popularis*. Однако это право, как и избирательное право, отличается – в качестве политического права – от субъективного права в техническом смысле (которое есть частное право) тем, что оно служит не тому, чтобы обеспечить исполнение существующей по отношению к управомоченному правовой обязанности. Едва ли возможно юридически обязать коллегиальный законодательный орган воздерживаться от издания неконституционных законов – хотя бы по техническим причинам; и на самом деле такая правовая обязанность никогда не устанавливается. Однако возможно (и это на самом деле имеет место), чтобы на главу государства, который должен санкционировать или промульгировать законодательные решения парламента, а также на членов правительства, которые должны контрассигновать исходящие от главы государства акты, была возложена ответственность за конституционность санкционируемого, промульгируемого или контрассигнуемого ими закона. Это значит, что особый суд может назначать им специфические наказания, такие как отстранение от должности и лишение политических прав. В этом случае наличествует юридический, обязывающий эти органы, запрет совершать такие акты, т.е. участвовать в издании неконституционных законов. Но, как правило, правовая власть возбуждать производство, ведущее к исполнению этих санкций, не предоставляется индивидам, затронутым неконституционным законом. Если наличествует нарушающее конституционно гарантированное "основное право" административное или судебное решение, иначе говоря индивидуальная норма, установленная на основании неконституционного закона, и если лишь непосредственно затронутый этой индивидуальной нормой индивид обладает правовой властью возбудить путем обжалования производство, ведущее к отмене этой индивидуальной нормы, то рассматриваемое "основное право" составляет субъективное право этого индивида в той мере, в какой отмена этой индивидуальной нормы подразумевает отмену неконституционного закона для данного случая или каким-либо образом связана с общей отменой неконституционного закона. Если же нарушающая конституционно гарантированное основное право индивидуальная норма административного или судебного акта установлена не на основании неконституционного закона, а вообще не имеет никакого закона в качестве своей основы, то наличествующее в этом случае субъективное право индивида (т.е. его правовая власть вызывать отмену этой индивидуальной нормы) ничем не отличается от любого субъективного права, состоящего в правовой власти достигать отмены административного или судебного акта из-за его незаконности. Возбужденное индивидом путем обжалования производство ведет не к индивидуальной или общей отмене неконституционного закона, а только к отмене незаконной индивидуальной нормы. Лишь если индивид обладает правовой властью вызывать индивидуальную или общую отмену закона, своим содержанием нарушающего конституционно гарантированное равноправие (или "свободу"), то т.н. основное право и (охраняемая правом) свобода составляют субъективное право этого индивида.

Подведем итоги. Субъективное право индивида есть либо чисто отраженное право, т.е. отражение существующей по отношению к этому индивиду правовой обязанности; либо субъективное частное право в техническом смысле, т.е. предоставленная индивиду правовая власть прибегать к иску в случае неисполнения существующей по отношению к нему правовой обязанности, правовая власть участвовать в создании индивидуальной нормы, посредством которой назначается связанная с неисполнением этой обязанности санкция; либо политическое право, т.е. предоставленная индивиду правовая власть (1) непосредственно – в качестве члена законодательного народного собрания – участвовать в

создании общих правовых норм, называемых законами; или (2) в качестве субъекта парламентского или административного избирательного права опосредованно участвовать в создании правовых норм, которые уполномочен создавать этот выборный орган; или (3) участвовать в создании нормы, посредством которой действительность неконституционного, нарушающего гарантированное равноправие (или "свободу") закона упраздняется либо вообще, т.е. для всех случаев, либо индивидуально, т.е. для данного случая (политическое право как конституционно гарантированное основное право и свобода). Наконец, и положительное (официальное) позволение тоже может быть названо субъективным правом.

V. ДИНАМИЧЕСКИЙ АСПЕКТ ПРАВА

Der dinamiische Aspekt des Rechts // Kelsen H. Die reine Rechtslehre. - Wien, 1934. - S. 67-93. [Политическая наука, 1999, №4. Конституция и власть: сравнительно-исторические исследования. М.: РАН, 1999. С.144-164.]

34. Основание действительности нормативного порядка: основная норма

а) Смысл вопроса об основании действительности

Если право понимается как нормативный порядок, как система норм, регулирующих человеческое поведение, то возникает вопрос: на чем основано единство множества норм? Почему данная норма относится именно к данному порядку? А этот вопрос непосредственно связан с другим: почему эта норма действительна? Каково основание ее действительности?

Тот факт, что некоторая относящаяся к человеческому поведению норма "действительна", означает, что она обязывает человека (т.е. что он должен) вести себя предусмотренным нормой образом. Ранее, в другой связи, уже говорилось, что на вопрос о действительности нормы (т.е. о том, почему человек должен вести себя именно так) нельзя ответить посредством констатации некоего бытийного факта, что такой факт не может быть основанием действительности нормы. Из того, что нечто есть, не может следовать, что нечто должно быть; равно как из того, что нечто должно быть, не может следовать, что нечто есть. Основанием действительности одной нормы может быть лишь действительность другой нормы. Норму, представляющую собой основание действительности другой нормы, образно называют "высшей" (т.е. "более высокой") нормой по отношению к этой другой норме, которую называют "низшей". Правда, возникает впечатление, будто действительность нормы можно обосновать тем фактом, что она установлена какой-либо властной инстанцией — человеческой или надчеловеческой. Например, действительность Десяти заповедей обосновывают тем фактом, что их дал на горе Синай Бог Ягве; или говорят, что врагов должно любить потому, что Иисус, Сын Божий, предписал это в Нагорной проповеди. Однако в обоих этих случаях основанием действительности нормы служит не тот факт, что Бог или Его Сын в определенное время и в определенном месте установил определенную норму, но молчаливо подразумеваемая норма, согласно которой должно исполнять заповеди Бога или Его Сына. Впрочем, в силлогизме, меньшая посылка которого - высказывание о долженствовании, содержащее высшую норму: "Должно исполнять заповеди Бога (или Его Сына)", а заключение которого - высказывание о долженствовании, содержащее низшую норму:

"Должно исполнять Десять заповедей (или заповедь любви к врагам)", - в этом силлогизме большую посылку образует констатирующее бытийный факт высказывание: "Бог дал человеку Десять заповедей (или: Сын Божий заповедал любить врагов)". Обе посылки - и меньшая, и большая - являются условиями заключения. Но лишь меньшая посылка, которая представляет собой высказывание о долженствовании, есть *conditio per quam* по отношению к заключению, которое тоже представляет собой высказывание о долженствовании; иначе говоря, норма, содержащаяся в меньшей посылке, служит основанием действительности нормы, содержащейся в заключении. Высказывание о бытии, выступающее в этом

силлогизме в качестве большей посылки, есть лишь *conditio sine qua non* по отношению к заключению; иначе говоря, констатируемый в большей посылке бытийный факт не есть основание действительности нормы, содержащейся в заключении.

Норма, содержащаяся в меньшей посылке ("Должно исполнять заповеди Бога или Его Сына"), сводится к допущению, согласно которому нормы, об основании действительности которых возникает вопрос, исходят от властной инстанции, т.е. от того, кто компетентен устанавливать действительные нормы; эта (допускаемая в мышлении) норма наделяет нормотворческой "властью" (*Autorität*) лицо, устанавливающее нормы. Тот факт, что кто-то что-то приказывает, - отнюдь не основание для того, чтобы рассматривать это приказание как действительную, т.е. обязывающую адресата норму. Лишь компетентная инстанция (*Autorität*) может устанавливать действительные нормы; а такая компетенция может основываться только на норме, уполномочивающей на нормотворчество. Властная инстанция, уполномоченная устанавливать нормы, подчинена этой норме точно так же, как индивиды подчинены нормам, установленным этой инстанцией.

Как уже говорилось, норма, представляющая собой основание действительности другой нормы, является по отношению к ней высшей нормой. Однако поиск основания действительности нормы не может продолжаться бесконечно, в отличие от поиска причины в цепи причин и следствий. Он должен закончиться нормой, которая — как последняя и наивысшая - постулируется. Будучи наивысшей нормой, она должна постулироваться, так как не может быть установлена властной инстанцией: ведь в противном случае компетенция этой инстанции должна была бы основываться на какой-то еще более высокой норме. Действительность наивысшей нормы не может выводиться из какой-то более высокой нормы, и уже больше не может возникать вопроса об основании ее действительности. Такая норма, постулируемая в качестве наивысшей, называется здесь основной нормой. Все нормы, действительность которых можно вывести из одной и той же основной нормы, образуют систему норм, нормативный порядок. Основная норма - это общий источник действительности всех норм, принадлежащих к одному порядку, их общее основание действительности. Принадлежность определенной нормы к определенному порядку обусловлена тем, что последнее основание действительности этой нормы есть основная норма этого порядка. Именно основная норма конституирует единство некоего множества норм, так как она представляет собой основание действительности всех норм, принадлежащих к этому порядку.

б) Статический и динамический принципы

В зависимости от природы основания действительности можно различать два разных типа нормативных систем: статический и динамический. Нормы, принадлежащие порядку первого типа, действительны (т.е. предписываемое ими человеческое поведение рассматривается как должное) в силу своего содержания: их действительность можно вывести из нормы, содержание которой относится к содержанию норм, образующих данный порядок, как общее к частному. Так, например, нормы: "Не должно лгать", "Не должно мошенничать", "Не должно лжесвидетельствовать", "Должно исполнять данное обещание" — можно вывести из нормы, предписывающей правдивость. Из нормы, предписывающей любить ближнего, можно вывести следующие нормы: "Не должно причинять ближнему зло, в особенности убивать его", "Не должно причинять ближнему моральный или физический вред", "Если ближний попадет в беду, ему должно помочь". Некоторые полагают, что норму, предписывающую правдивость, и норму, предписывающую любовь к ближнему, можно вывести из общей для них более высокой нормы: например, из нормы, предписывающей сохранять гармонию с мирозданием. Тогда на ней можно основать всеобъемлющий моральный порядок. Поскольку все нормы, принадлежащие к порядку этого типа, уже заключены в содержании постулируемой нормы, их можно вывести из нее при помощи логической операции перехода от общего к частному. Эта норма, постулируемая в качестве основной, обеспечивает как основание действительности (*Geltungsgrund*), так и содержание

действительности (Geltungsinhalt) норм, которые выводятся из нее путем логической операции. Система норм, основание и содержание действительности которых выводятся из единой нормы, постулируемой в качестве основной, есть статическая нормативная система. Принцип, в соответствии с которым обосновывается действительность норм этой системы, есть статический принцип.

Однако норма, из содержания которой как частное из общего выводятся другие нормы (как с основанием, так и с содержанием их действительности), может рассматриваться в качестве основной лишь в том случае, если ее содержание считается непосредственно очевидным. И в самом деле, основание и содержание действительности норм моральной системы часто возводятся к норме, которая считается непосредственно очевидной. Слова "норма непосредственно очевидна" означают, что она дана в разуме, или "с разумом". Понятие непосредственно очевидной нормы предполагает понятие практического разума, т.е. нормоустанавливающего разума. Но это понятие несостоятельно, поскольку функция разума - познание, а не веление. Установление же норм есть акт воли. Поэтому не может быть никаких непосредственно очевидных норм. Если норма, из которой выводятся основание и содержание действительности моральных норм, провозглашается непосредственно очевидной, то это происходит потому, что она считается установленной Богом или другой надчеловеческой властью; либо потому, что она создана обычаем и (как все, основанное на обычае) воспринимается как нечто само собою разумеющееся. Таким образом, эта норма установлена актом воли. В конечном счете ее действительность может быть обоснована лишь посредством постулированной нормы, согласно которой должно исполнять приказания нормоустанавливающей властной инстанции или вести себя в соответствии с нормами, созданными обычаем. Эта норма может обеспечить лишь основание, но не содержание действительности основанных на ней норм. Такие нормы образуют динамическую нормативную систему. Принцип, в соответствии с которым обосновывается действительность норм этой системы, есть динамический принцип.

Динамический принцип характеризуется тем, что в содержание постулируемой основной нормы входит лишь определение некоторого нормотворческого фактора, уполномочивание нормоустанавливающей инстанции или (что то же самое) правило, определяющее, как должны создаваться общие и частные нормы порядка, конституируемого этой основной нормой. Поясним это на примере. Отец приказывает ребенку идти в школу. На вопрос ребенка, почему он должен идти в школу, можно ответить: "Потому что так приказал отец, а ребенок должен выполнять приказания отца". Если же далее ребенок спросит: "А почему я должен выполнять приказания отца?", ему можно ответить, что Бог приказал слушаться родителей, а приказания Бога должно выполнять. Если же ребенок спросит, почему должно выполнять приказания Бога, т.е. поставит под вопрос действительность этой нормы, то в ответ можно лишь сказать, что эта норма не может ставиться под вопрос, т.е. что невозможно искать основание ее действительности, что эту норму можно только постулировать. Но содержание нормы, послужившей в нашем примере исходным пунктом ("Ребенок должен идти в школу"), невозможно вывести из этой основной нормы. Ведь основная норма ограничивается делегированием нормотворческой власти, т.е. установлением правила, в соответствии с которым должны создаваться нормы этой системы. Послужившая исходным пунктом норма действительна не в силу своего содержания: она не может быть выведена из постулируемой основной нормы посредством логической операции. Она должна быть установлена актом воли отца, и она действительна, если воспользоваться традиционной формулировкой, как раз потому, что была установлена таким образом; или, если сформулировать это точнее, потому, что постулируется некая основная норма, которая предусматривает именно такой способ создания норм. Отдельная норма принадлежит к некоторому порядку, конституируемому такой основной нормой, не потому, что она обладает определенным содержанием, а потому, что она создана предусмотренным основной нормой способом. Основная норма обеспечивает лишь основание действительности, но отнюдь не содержание образующих систему норм. Их содержание могут определять лишь те

акты, посредством которых нормы этой системы устанавливаются инстанцией, которую уполномочила основная норма, и инстанциями, которые в свою очередь уполномочила эта инстанция. Еще один пример. В некотором социальном сообществе, в племени, действительна норма, в соответствии с которой мужчина, берущий в жены девушку, должен заплатить ее отцу или дяде определенный выкуп. На вопрос жениха, почему он должен это делать, можно ответить так: потому что в этом сообществе издавна платили такой выкуп, т.е. потому что существует обычай платить за невесту выкуп и предполагается самоочевидным, что индивид должен вести себя так, как обычно ведут себя все остальные члены сообщества. Такова основная норма нормативного порядка, конституирующего это сообщество. Она утверждает обычай в качестве нормотворческого фактора. Оба приведенных примера показывают, что такое динамический тип нормативной системы.

Статический и динамический принципы сочетаются в одной нормативной системе, если постулируемая основная норма - в соответствии с динамическим принципом — только уполномочивает нормоустанавливающую властную инстанцию и если эта (или другая, в свою очередь ею уполномоченная) инстанция устанавливает не только такие нормы, посредством которых нормотворчество передается другим властным инстанциям, но также и такие, которые предписывают подчиненным правопорядку субъектам определенное поведение и из которых - как частное из общего - посредством логической операции можно вывести еще и другие нормы. Десять заповедей не только определяют родителей как нормоустанавливающую инстанцию, но также устанавливают общие нормы, из содержания которых логическим путем можно вывести частные нормы, не прибегая к нормоустанавливающему акту; пример такой нормы - заповедь "Не сотвори себе кумира и никакого изображения...". Из Христовой заповеди любви можно логическим путем вывести множество частных моральных норм. При обосновании норм, логически выводимых из заповедей Бога или Христа, применяется статический принцип; а при обосновании действительности Божьих заповедей посредством основной нормы "Должно исполнять заповеди Бога", а также при обосновании действительности Христовых заповедей посредством основной нормы "Должно исполнять заповеди Христа" используется динамический принцип.

в) Основание действительности правопорядка

Нормативная система, которая представляет себя в качестве правопорядка, имеет в основном динамический характер. Правовая норма действительна не потому, что она имеет определенное содержание, т.е. не потому, что ее содержание можно вывести логическим путем из содержания постулируемой основной нормы, а потому, что она создана определенным (в конечном счете предусмотренным основной нормой) способом. Поэтому и только поэтому она принадлежит к правопорядку, нормы которого созданы в соответствии с этой основной нормой. Следовательно, всякое произвольное содержание может быть правом. Не существует человеческого поведения, которое как таковое - в силу своего содержания - заведомо не могло бы составлять содержание правовой нормы. Ее действительность нельзя отрицать на том основании, что ее содержание противоречит содержанию какой-либо нормы, не принадлежащей к правопорядку, основная норма которого обосновывает действительность рассматриваемой нормы. Основная норма правопорядка - это не материальная норма, которая (поскольку ее содержание считается непосредственно очевидным) постулируется в качестве наивысшей нормы и из которой - как частное из общего - логическим путем можно вывести нормы человеческого поведения. Нормы правопорядка должны устанавливаться специальным нормотворческим актом. Это установленные, т.е. позитивные нормы, элементы позитивного порядка. Если понимать конституцию правового сообщества как норму или нормы, определяющие, каким образом (т.е. какими органами и посредством какой процедуры - путем сознательной законодательной деятельности или на основании обычая) должны создаваться общие нормы конституирующего сообщества правопорядка, тогда основная норма - это та норма, которая

постулируется, когда обычай, из которого возникла конституция, или акт создания конституции, сознательно совершенный определенными людьми, объективно истолковываются как нормотворческие факторы; когда, во втором случае, индивид или собрание индивидов, создавшее конституцию, на которой основывается правопорядок, рассматривается как нормоустанавливающая власть (Antoritat). Основная норма определяет основной фактор правотворчества, так что ее можно назвать конституцией в смысле правовой логики, в отличие от конституции в смысле позитивного права. Основная норма — это исходный пункт процедуры создания позитивного права. Сама она - не установленная на основании обычая или посредством акта правового органа, не позитивная, а постулируемая (т.е. не установленная, а предустановленная) норма, - если инстанция, создающая конституцию, рассматривается как высшая власть, и потому не может считаться, что создавать конституцию она уполномочена нормой, установленной какой-то еще более высокой инстанцией.

Если возникает вопрос об основании действительности нормы, принадлежащей к определенному правопорядку, то ответом на него может служить только указание на основную норму, т.е. утверждение, что эта норма была создана в соответствии с основной нормой данного правопорядка. Здесь и далее рассматривается прежде всего государственный правопорядок, т.е. правопорядок, действительность которого ограничена определенным пространством (так называемой государственной территорией) и который считается суверенным, т.е. не подчиненным никакому более высокому правопорядку. Проблему основания действительности норм государственного правопорядка следует первоначально рассмотреть без учета международного правопорядка, который считается либо вышестоящим по отношению к государственному порядку, либо включенным в него.

Вопрос об основании действительности правовой нормы, принадлежащей к определенному государственному правопорядку, может возникнуть, как уже указывалось по другому поводу, в связи с актом принуждения; когда один человек насильственно (через повешение) лишает жизни другого, то возникает вопрос: почему этот акт есть правовой акт, исполнение наказания, а не умышленное убийство? Такой акт может быть истолкован как правовой (а именно - как исполнение наказания), а не как убийство, лишь в том случае, если он был установлен индивидуальной правовой нормой, т.е. предусмотрен в качестве должного нормой, представляемой как судебный приговор. При этом возникает ряд вопросов: при каких условиях возможно такое истолкование? Почему в этом случае речь идет о судебном приговоре? Почему установленная таким образом индивидуальная норма действительна, принадлежит к действительному правопорядку и вследствие этого должна применяться? Вот ответ на эти вопросы: потому что эта индивидуальная норма была установлена в результате применения уголовного кодекса, содержащего общую норму, в соответствии с которой при условиях, наличествующих в данном случае, должна быть назначена смертная казнь. На вопрос об основании действительности этого уголовного кодекса следует ответить, что уголовный кодекс действителен, потому что он был создан законодательным органом, который в свою очередь уполномочен нормой конституции устанавливать общие нормы. Если же будет задан вопрос об основании действительности конституции, на которой основана действительность всех общих норм, а также индивидуальных норм, созданных на основании общих, — т.е. вопрос об основании действительности норм, регулирующих создание общих норм (поскольку они определяют, какие органы и посредством какой процедуры должны создавать общие нормы), - то, возможно, обнаружится более старая конституция; это значит, что действительность существующей конституции обосновывается тем, что она была создана в соответствии с предписаниями предыдущей конституции в процессе ее правомерного (verfassungsmässig) изменения, т.е. в соответствии с позитивной нормой, установленной правовой властью. В конце концов мы приходим к исторически первой конституции, которая уже не могла быть создана таким образом. Следовательно, ее действительность не может быть возведена ни к какой позитивной (установленной правовой властью) норме. Здесь мы приходим к

конституции, которая обрела действительность революционным путем, т.е. в нарушение прежней конституции, либо стала действительной для некоторой области (человеческого поведения), которая раньше вообще не входила в сферу действительности какой-либо конституции. И основанного на ней государственного правопорядка. Если рассматривать только государственный правопорядок (оставляя в стороне международное право) и задаться вопросом об основании действительности исторически первой конституции, т.е. конституции, которая не создавалась путем правомерного изменения предшествующей конституции, то ответ может быть только один (если отказаться от идеи возводить действительность конституции и созданных в соответствии с ней норм к норме, установленной метаправовой властной инстанцией, - например, Богом или природой): действительность этой конституции, т.е. признание ее в качестве обязывающей адресата нормы, должна быть постулирована, чтобы было возможно истолковывать осуществленные в соответствии с ней акты как создание или применение действительных общих правовых норм, а акты, осуществленные в результате применения этих общих норм, - как создание или применение действительных индивидуальных правовых норм. Поскольку основанием действительности нормы может быть только какая-то другая норма, то это допущение (постулат) тоже должно быть нормой, — правда, не установленной правовой властью, а постулируемой нормой, т.е. нормой, которая предполагается, когда субъективный смысл акта создания конституции и нормотворческих актов, осуществленных в соответствии с конституцией, истолковывается как их объективный смысл. Поскольку речь идет об основной норме правопорядка (т.е. порядка, предусматривающего акты принуждения), то описывающее эту норму высказывание, т.е. основное (правовое) высказывание (Gnuidsatz) о рассматриваемом государственном правопорядке, выглядит следующим образом: "Акты принуждения должны осуществляться при таких условиях и таким образом, как это предусматривает исторически первая конституция и установленные в соответствии с ней нормы". В краткой форме: "Должно вести себя так, как предписывает конституция". Нормы правопорядка, общим основанием действительности которых служит эта основная норма, представляют собой (как показало проделанное выше восхождение к основной норме) не комплекс существующих рядом друг с другом действительных норм, а иерархическую структуру выше- и нижестоящих норм.

г) Основная норма как трансцендентально-логический постулат

Чтобы понять сущность основной нормы, необходимо прежде всего помнить о том, что она непосредственно соотносится с некоторой реально установленной конституцией, созданной на основании обычая или посредством законодательной деятельности и в общем и целом действенной; а опосредованно основная норма соотносится с созданным в соответствии с этой конституцией и в общем и целом действенным правопорядком. В этой соотношенности основная норма обосновывает действительность конституции и созданного в соответствии с ней принудительного порядка. Итак, основную норму не изобретают. Она не постулируется произвольно. Другими словами, не существует выбора между различными основными нормами, когда субъективный смысл акта создания конституции и осуществленных в соответствии с этой конституцией актов истолковывается как их объективный смысл, т.е. как объективно действительные правовые нормы. Только если постулируется эта основная норма, соотносящаяся с вполне определенной конституцией, т.е. если допускается, что должно вести себя в соответствии именно с этой конституцией, только в этом случае субъективный смысл вышеназванных актов можно истолковать как их объективный смысл, т.е. как объективно действительные правовые нормы, а конституируемые этими нормами отношения - как правоотношения.

При этом не имеет значения содержание самой конституции или созданного на ее основе государственного правопорядка: неважно, справедливый он или нет, обеспечивает ли он состояние относительного мира в рамках конституируемого им сообщества или нет. При

постулировании основной нормы не утверждается никаких ценностей, внеположных позитивному праву.

Поскольку лишь постулирование основной нормы позволяет истолковывать субъективный смысл акта создания конституции и осуществленных в соответствии с ним нормотворческих актов как их объективный смысл, т.е. как объективно действительные правовые нормы, то основную норму — как ее описывает правоведение — можно назвать трансцендентально-логическим условием этого истолкования (если позволительно воспользоваться *per analogiam* этим понятием Кантовой теории познания). Кант спрашивает: как возможно свободное от всякой метафизики истолкование чувственно воспринимаемых фактов посредством формулируемых естествознанием законов природы? Точно так же спрашивает чистое учение о праве: как возможно, не обращаясь к метаправовым властным инстанциям (как, например, Бог или природа), истолковать субъективный смысл определенных фактических составов как систему объективно действительных правовых норм, поддающихся описанию посредством правовых высказываний? Вот эпистемологический ответ чистого учения: это возможно при условии постулирования основной нормы "Должно вести себя так, как предписывает конституция", т.е. в соответствии с субъективным смыслом акта воли, создающего конституцию, в соответствии с предписаниями создателя конституции. Функция этой основной нормы состоит в обосновании объективной действительности правопорядка, т.е. установленных актами человеческой воли норм в общем и целом действительного принудительного порядка. Иначе говоря, функция основной нормы состоит в истолковании субъективного смысла этих актов как их объективного смысла. Для обоснования действительности позитивной (т.е. установленной актом воли) нормы, предписывающей определенное поведение, применяется силлогизм. В этом силлогизме меньшую посылку образует считающаяся объективно действительной норма (точнее, суждение о такой норме), согласно которой должно исполнять приказания определенного лица, т.е. вести себя в соответствии с субъективным смыслом этих приказаний; большую посылку образует суждение о факте: это лицо приказало, что должно вести себя определенным образом; а заключением служит суждение о действительности нормы, согласно которой должно вести себя именно таким образом. Норма, действительность которой констатируется в меньшей посылке, легитимирует таким образом субъективный смысл приказания, наличие которого констатируется в большей посылке, как его объективный смысл. "Должно исполнять приказания Бога. Бог приказал исполнять приказания родителей. Следовательно, должно исполнять приказания родителей".

"Обосновывающая" норма, объективная действительность которой утверждается в меньшей посылке, есть основная норма, если ее объективная действительность не ставится более под вопрос. Она не ставится более под вопрос, если ее действительность невозможно обосновать с помощью силлогизма. А это невозможно, если суждение об установлении этой нормы актом воли некоторого лица уже не может служить большей посылкой силлогизма. Так бывает, когда лицо, чьи приказания (согласно рассматриваемой в данный момент норме) должно исполнять, считается высшей властной инстанцией; например, если это Бог. Если действительность нормы не может быть обоснована таким образом, то ее следует поместить на вершине силлогизма в качестве меньшей посылки, но при этом сама она не может стать заключением последующего силлогизма, в свою очередь обосновывающего ее действительность. Это значит, что она постулируется в качестве основной нормы. Поэтому норма "Должно исполнять приказания Бога" в своем качестве обоснования действительности нормы "Должно исполнять приказания родителей" является основной нормой. Ведь теологическая этика, считающая Бога высшей нормоустанавливающей инстанцией, не может утверждать, будто кто-то другой предписал исполнять приказания Бога. Тогда это была бы какая-то высшая по сравнению с Богом инстанция. И если бы норма "Должно исполнять приказания Бога" считалась бы установленной Богом, она не могла бы служить основанием действительности установленных Богом норм, так как сама была бы установленной Богом нормой. Теологическая этика тоже не может установить эту норму (т.е. приказать исполнять

заповеди Бога), поскольку она представляет собой отрасль знания и, следовательно, не может быть нормоустанавливающей инстанцией. Таким образом, норма "Должно исполнять заповеди Бога" в своем качестве основной нормы не может быть субъективным смыслом акта воли какого-либо лица. Но если основная норма не может быть субъективным смыслом акта воли, то она может быть только содержанием акта мышления. Другими словами, если основная норма не может быть желаемой нормой, а ее констатация в меньшей посылке силлогизма логически необходима для обоснования объективной действительности, норм, то она может быть лишь мыслимой нормой.

Поскольку позитивистская наука о праве считает высшей правовой властью создателя исторически первой конституции и потому не может утверждать, что норма "Должно исполнять приказания создателя конституции" представляет собой субъективный смысл акта воли некоей инстанции, высшей по отношению к создателю конституции (например, Бога или природы), то такая наука не может обосновывать действительность этой нормы с помощью силлогизма. Позитивистское правопознание может лишь констатировать, что эта норма предполагается (в вышеописанном смысле) как основная норма при обосновании объективной действительности правовых норм и, значит, при истолковании в общем и целом действительного принудительного порядка как системы объективно действительных правовых норм. Раз эта основная норма не может быть желаемой нормой, а значит, и желаемой правопознанием (т.е. специалистом по правопознанию), и поскольку эта норма (точнее, высказывание о ней) логически необходима для обоснования объективной действительности позитивных правовых норм, она может быть только мыслимой нормой, а именно нормой, которая мыслится как предпосылка, когда в общем и целом действительный порядок принуждения истолковывается как система действительных правовых норм. Поскольку основная норма есть только мыслимая, но не желаемая норма, то правопознание, констатируя основную норму, вовсе не стремится взять на себя функции нормотворческой власти. Правопознание не предписывает: "Должно исполнять приказания создателя конституции". Оно остается познавательной деятельностью и в своем эпистемологическом утверждении о том, что основная норма — это условие, при котором субъективный смысл акта создания конституции и нормотворческих актов, осуществленных в соответствии с конституцией, истолковывается как их объективный смысл, как действительные нормы, - даже если смысл этих актов точно так же истолковывается и самим правопознанием.

Предлагая теорию основной нормы, чистое учение вовсе не открывает новый метод правопознания. Оно лишь выводит на сознательный уровень то, что делают все юристы (в основном бессознательно), когда вышеописанные факты они понимают не как каузально детерминированные, но вместо этого истолковывают их субъективный смысл как объективно действительные нормы, как нормативный правопорядок, не возводя при этом действительность этого порядка к высшей, метаправовой норме (т.е. к норме, установленной властной инстанцией, вышестоящей по отношению к правовой власти): когда под правом они понимают исключительно позитивное право. Теория основной нормы - это лишь результат анализа тех методов, которыми издавна пользуется позитивистское правопознание.

д) Легитимность и эффективность

Роль основной нормы наиболее ясно обнаруживается тогда, когда конституция изменяется не конституционными средствами, а революционным путем, т.е. просто отменяется и заменяется другой; когда ставится под вопрос существование (т.е. действительность) всего непосредственно основанного на конституции правопорядка.

Как уже говорилось, сфера действительности нормы (в особенности ее временная сфера действительности) может быть ограничена, т.е. начало и конец времени ее действительности могут определяться ею самой или же более высокой нормой, регулирующей ее создание. Нормы правопорядка действительны до тех пор, пока их действительность (в соответствии с установлениями этого порядка) не кончается. Регулируя собственное создание и применение, правопорядок определяет временные рамки

действительности относящихся к нему норм. Писанные конституции обычно содержат особые предписания относительно процедуры, посредством которой только и можно вносить в них изменения. Принцип, согласно которому норма правопорядка действительна до тех пор, пока ее действительность не будет прекращена предусмотренным правопорядком способом или заменена действительностью другой нормы этого порядка, - этот принцип есть принцип легитимности.

Этот принцип применим к государственному правопорядку лишь с чрезвычайно важным ограничением. Он неприменим в случае революции. Революция в широком смысле слова (включающем и государственный переворот) есть всякое не легитимное, т.е. не соответствующее положениям конституции, изменение этой конституции или замена ее другой. С юридической точки зрения совершенно безразлично, произошло ли это изменение правовой ситуации в результате направленного против легитимного правительства насилия или к этому привели действия самих членов правительства, было ли оно осуществлено в результате массового народного движения или небольшой группой людей. Решающее значение имеет тот факт, что действовавшая до тех пор конституция была изменена (или полностью заменена новой) некоторым образом, не предусмотренным прежней конституцией. Обычно в случае революции отменяется только старая конституция и некоторые политически важные законы. Большая часть законов, изданных при старой конституции, "сохраняет" (так принято говорить) действительность. Однако это выражение неточно. Если эти законы и при новой конституции считаются действительными, то это возможно только потому, что революционное правительство при новой конституции - явно или молчаливо - ввело их в действие. Здесь мы имеем дело не с полным пересозданием права заново, а с рецепцией одним правопорядком норм другого правопорядка; это можно сравнить с рецепцией римского права германским. Такая рецепция - тоже форма создания права. Ведь непосредственным основанием действительности норм, рецепция которых произошла при новой, установленной революционным путем конституции, больше не может быть старая, отмененная конституция, но только новая. Правда, содержание этих норм осталось прежним, но основание их действительности (и не только этих норм, а всего правопорядка) изменилось. Когда новая конституция становится действенной, то меняется основная норма, т.е. допущение, при котором акт создания конституции и акты, осуществленные в соответствии с этой конституцией, могут истолковываться как акты создания и применения правовых норм. Если, например, старая конституция имела характер абсолютной монархии, а новая - парламентской республики, то правовое высказывание, описывающее основную норму, уже не гласит: "Акты принуждения должны осуществляться при таких условиях и таким образом, как это предусматривается старой, уже более не действенной конституцией и, значит, общими и индивидуальными нормами, созданными и применяемыми действующим в соответствии с конституцией абсолютным монархом и уполномоченными им органами". Теперь оно выглядит так: "Акты принуждения должны осуществляться при таких условиях и таким образом, как это предусматривается новой конституцией и, значит, общими и индивидуальными нормами, созданными и применяемыми избранным в соответствии с конституцией парламентом и органами, уполномоченными этими нормами". Новая основная норма, в отличие от старой, не позволяет считать определенного индивида абсолютным монархом, но позволяет рассматривать избранный народом парламент как правовую власть. Согласно основной норме государственного правопорядка, эффективное правительство, которое на основании действенной конституции создает действенные общие и индивидуальные нормы, есть легитимное правительство этого государства.

Основная норма изменяется вслед за изменением факторов, интерпретируемых как создание и применение действительных правовых норм. Основная норма соотносится лишь с действенной конституцией, созданной посредством законодательного акта или обычая. Конституция действенна, если созданные в соответствии с ней нормы в общем и целом применяются и соблюдаются. С того момента, как старая конституция утрачивает действенность, а новая ее приобретает, - с этого момента акты, наделенные субъективным

смыслом создания или применения правовых норм, истолковываются посредством допущения (unter Voraussetzung) не старой, а новой основной нормы. Законы, изданные при старой конституции и не воспринятые новым порядком, больше не считаются действительными, а органы, уполномоченные старой конституцией, не считаются компетентными. Если бы революция не была успешной, т.е. если бы революционная конституция (созданная не в соответствии с предписаниями старой) не стала действенной, если бы предусмотренные ею органы не издавали законов, которые применялись бы предусмотренными в этих законах органами, а вместо этого оставалась бы действенной (в указанном смысле) старая конституция, - то не было бы никакой причины вместо старой основной нормы постулировать новую. В этом случае революция не считалась бы процессом создания нового права, но, согласно старой конституции и созданному в соответствии с ней (по-прежнему действительному) уголовному кодексу, истолковывалась бы как государственная измена.

Применяемый в этих рассуждениях принцип называется принципом эффективности. Таким образом, принцип легитимности ограничен принципом эффективности.

е) Действительность и действенность

В этом ограничении обнаруживается чрезвычайно важная для теории позитивного права связь между действительностью и действенностью права (о чем уже не раз говорилось выше). Правильное определение этого соотношения - одна из важнейших и в то же время сложнейших задач позитивистского правоведения. Это всего лишь частный случай соотношения между долженствованием правовой нормы и бытием природной реальности. Ведь акт, устанавливающий позитивную правовую норму, так же как и действенность правовой нормы, есть бытийный факт. Перед позитивистской теорией права стоит задача: правильно найти середину между двумя ошибочными крайностями. Одна крайность - это утверждение о том, что между действительностью как долженствованием и действенностью как бытием вообще нет никакой связи, что действительность права совершенно не зависит от его действенности. Другая крайность - утверждение о тождественности действительности и действенности права. К первому решению проблемы склоняется идеалистическая теория, ко второму - реалистическая. Первая точка зрения ошибочна, потому что невозможно отрицать, что правопорядок в целом - точно так же, как и отдельная правовая норма, - утрачивает свою действительность, как только перестает быть действенным; несомненно также и то, что между долженствованием правовой нормы и бытием природной реальности существует некоторая связь: ведь позитивная норма, чтобы стать действительной, должна быть установлена посредством бытийного акта. Неверна и вторая точка зрения. Ведь существует множество случаев, когда нормы считаются действительными, хотя они недействительны (или пока еще не действительны). Чистое учение о праве предлагает следующее решение этой проблемы: подобно тому как норма долженствования как смысл устанавливающего ее бытийного акта не тождественна этому акту, точно так же и действительность долженствования (Soll-Geltung) нормы не тождественна ее бытийной действенности (Seias-Wirksamkeit). Действенность правопорядка в целом и действенность отдельной правовой нормы, как и нормоустанавливающий акт, представляют собой условие действительности; действенность есть условие в том смысле, что правопорядок в целом и отдельная правовая норма перестают считаться действительными, как только утрачивают действенность. Действенность правопорядка, так же как и факт его установления, не является основанием его действительности. Основание действительности, т.е. ответ на вопрос о том, почему нормы этого правопорядка должны соблюдаться и применяться, есть постулируемая основная норма, согласно которой должно вести себя в соответствии с фактически установленной, в общем и целом действенной конституцией, а значит, и в соответствии с фактически установленными согласно этой конституции, в общем и целом действенными нормами. Основная норма обуславливает действительность установлением и действительностью; действительностью - в том смысле, что она должна наступить вслед за

установлением, чтобы правопорядок в целом и отдельная правовая норма не утратили своей действительности. Условие не может быть тождественно тому, что им обусловливается. Так, человек, чтобы жить, сначала должен родиться, но, чтобы он мог жить и дальше, должны соблюдаться еще и другие условия. Например, он должен получать пищу. Если это условие не соблюдается, человек умирает, утрачивает свою жизнь. Но жизнь не тождественна ни рождению, ни приему пищи.

В обосновывающем правопорядка действительность нормативном силлогизме меньшую посылку образует суждение о долженствовании, содержащее основную норму: "Должно вести себя в соответствии с фактически установленной и действенной конституцией"; большую посылку образует суждение о бытии, констатирующее некий факт: "Конституция была фактически установлена, и она действенна (т.е. установленные в соответствии с ней нормы в общем и целом применяются и соблюдаются)"; а в качестве заключения выступает суждение о долженствовании: "Должно вести себя в соответствии с правопорядком (т.е. правопорядок действителен)". Нормы позитивного правопорядка действительны потому, что постулируется действительность основной нормы, являющейся основным правилом их создания, а не потому, что они действенны, но они действительны лишь по тех пор, пока действителен этот правопорядок. Как только конституция и созданный на ее основе правопорядок как целое утрачивают свою действенность, этот правопорядок и каждая отдельная его норма перестают быть действительными.

Однако правопорядок остается действительным, если отдельная его норма утрачивает действенность, т.е. вообще перестает применяться или применяется лишь в единичных случаях. Правопорядок считается действительным, если его нормы в общем и целом действенны, т.е. фактически применяются и соблюдаются. Отдельная норма тоже не утрачивает действительности, если она оказывается недейственной лишь в единичных случаях, т.е. не применяется или не соблюдается в ситуациях, где она должна применяться или соблюдаться. Как уже говорилось в другой связи, обязательно должна существовать возможность противоречия между тем, что норма предусматривает в качестве должного, и тем, что фактически происходит; норма, которая предписывает в качестве должного нечто такое, о чем заранее известно, что оно должно произойти в силу законов природы, бессмысленна, т.е. такая норма не может считаться действительной. Однако не может считаться действительной и такая норма, которая никогда не применяется и не соблюдается. И в самом деле, правовая норма может утратить действительность вследствие длительного неприменения или несоблюдения, т.е. вследствие так называемого *desuetude*. *Desuetude* можно назвать "обычаем наоборот" (*eine negative Gewohnheit*), функция которого состоит в отмене действительности существующей нормы. Если обычай вообще считается правотворческим фактором, то даже писаное право может упраздниться посредством правового обычая. Если действенность в указанном смысле является условием действительности не только правопорядка в целом, но также и отдельной нормы, то и писаное право не может исключить правотворческую функцию обычая - как минимум в той мере, в какой принимается в расчет отрицательная функция *desuetudo*.

Описанное соотношение между действительностью и действенностью относится к общим нормам. Однако и индивидуальные нормы (как, например, судебные решения или административные распоряжения), предписывающие однократные акты принуждения, тоже утрачивают свою действительность, если они длительное время не исполняются и, таким образом, оказываются недейственными, как это было показано для случая рассмотренного выше конфликта двух судебных решений.

Действенность есть условие действительности, но не сама эта действительность. Это необходимо еще раз настоятельно подчеркнуть, так как постоянно делаются попытки их отождествить, а такое отождествление потому столь привлекательно, что оно, как может показаться, существенно упрощает теоретическую сторону вопроса. Однако эти попытки неизбежно обречены на провал. И не только по той причине, что (как было показано ранее) даже относительно, т.е. до известной степени, недейственный правопорядок или норма

могут считаться действительными, а абсолютно действенную норму, которую вообще невозможно нарушить, нельзя считать действительной, так как это вообще не норма. Главная причина неудачи этих попыток в другом: если действительность, т.е. специфическое существование права, считается частью природной реальности, то невозможно понять тот собственный смысл, в котором право обращается к реальности и тем самым противопоставляет себя реальности, которая может соответствовать или противоречить праву лишь в том случае, если сама она не тождественна действительности права. Подобно тому как невозможно отвлечься от реальности (Wirklichkeit), определяя действительность (Geltung), точно так же нельзя их и отождествлять. Если заменить понятие реальности (истолкованной как действенность правопорядка) понятием власти, то вопрос о соотношении действительности и действенности правопорядка совпадает с хорошо известным вопросом о соотношении права и власти. И тогда предложенное здесь решение оказывается всего лишь строго научной формулировкой старой истины: хотя право и не может существовать без власти, оно, однако, власти не тождественно. Право, с точки зрения изложенной здесь теории, представляет собой порядок (или организацию) власти.