

С Е Р И Я  
П О Л И Т И Ч Е С К А Я  
Т Е О Р И Я

FRONTIERS  
OF LEGAL  
THEORY

RICHARD A. POSNER

# РУБЕЖИ ТЕОРИИ ПРАВА

РИЧАРД А. ПОЗНЕР

*Перевод с английского*  
ИННЫ КУШНАРЕВОЙ



*Издательский дом  
Высшей школы экономики*  
МОСКВА, 2017

УДК 340.12  
ББК 67.0  
П47

*Составитель серии*  
ВАЛЕРИЙ АНАШВИЛИ

Научный редактор  
кандидат экономических наук, доцент,  
преподаватель МИЭФ НИУ ВШЭ  
МАРИНА ОДИНЦОВА

*Дизайн серии*  
ВАЛЕРИЙ КОРШУНОВ

### **Познер, Р. А.**

П47 Рубежи теории права [Текст] / пер. с англ. И. В. Кушнareвой; под ред. М. И. Одинцовой; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». — М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2017. — 480 с. — (Политическая теория). — 1000 экз. — ISBN 978-5-7598-1006-3 (в пер.). — ISBN 978-5-7598-1650-8 (e-book).

Наиболее заметным событием в юридической мысли после Второй мировой войны было возникновение и развитие междисциплинарных правовых исследований — приложения социальных и гуманитарных наук к праву в надежде сделать право менее формалистическим, более практичным и более обоснованным в эмпирическом отношении. Книга Ричарда Познера, одного из лидеров этого движения, посвящена стремительно расширяющимся рубежам данной области исследований. В ней рассматриваются пять основных направлений междисциплинарной работы: экономика, история, психология, эпистемология права и эмпирическое изучение права. Эти подходы взаимно пересекаются и образуют связный корпус правовой теории, позволяющий анализировать такие внешне различные явления, как экономика свободы слова, интеллектуальная история экономического анализа права, связь между доходом и свободой, право владения и психология принятия решений судьями и присяжными, роль эмоций в праве и использование анализа цитат для оценки судей и профессоров права.

Книга адресована юристам, экономистам, социологам и политологам.

УДК 340.12  
ББК 67.0

Перевод книги: *Posner, Richard A. Frontiers of Legal Theory. Published by arrangement with Harvard University Press.*

Опубликовано Издательским домом Высшей школы экономики <<http://id.hse.ru>>

doi:10.17323/978-5-7598-1006-3

ISBN 9780674013605 (англ.)  
ISBN 978-5-7598-1006-3 (рус.: в пер.)  
ISBN 978-5-7598-1650-8 (рус.: e-book)

Copyright © 2001 by the President and Fellows  
of Harvard College  
© Перевод на рус. яз. Издательский  
дом Высшей школы экономики, 2017

# СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ.....	6
<b>ЧАСТЬ ПЕРВАЯ. ЭКОНОМИКА</b>	
I. ПРАВО И ЭКОНОМИКА: ОТ БЕНТАМА К БЕККЕРУ .....	37
II. РЫНОК СЛОВ .....	70
III. НОРМАТИВНОЕ ПРАВО И ЭКОНОМИКА: ОТ УТИЛИТАРИЗМА К ПРАГМАТИЗМУ .....	106
<b>ЧАСТЬ ВТОРАЯ. ИСТОРИЯ</b>	
IV. ЗАВИСИМОСТЬ ПРАВА ОТ ПРОШЛОГО .....	157
V. ИСТОРИЗМ В ПРАВОВЕДЕНИИ: АКЕРМАН И КАН.....	185
VI. САВИНЬИ, ХОЛМС, ПРАВО И ЭКОНОМИКА ВЛАДЕНИЯ.....	209
<b>ЧАСТЬ ТРЕТЬЯ. ПСИХОЛОГИЯ</b>	
VII. ЭМОЦИИ И ПРАВО .....	243
VIII. ПОВЕДЕНЧЕСКОЕ ПРАВО И ЭКОНОМИКА .....	272
IX. СОЦИАЛЬНЫЕ НОРМЫ С КОММЕНТАРИЕМ О РЕЛИГИИ .....	312
X. СВИДЕТЕЛЬСКИЕ ПОКАЗАНИЯ.....	342
XI. ПРИНЦИПЫ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА И КРИТИКА СОСТЯЗАТЕЛЬНОЙ ПРОЦЕДУРЫ .....	360
XII. ПРАВИЛА ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ.....	410
<b>ЧАСТЬ ЧЕТВЕРТАЯ. ЭМПИРИЗМ</b>	
XIII. ПОДСЧЕТ, ОСОБЕННО ЧИСЛА ЦИТИРОВАНИЙ.....	445
БЛАГОДАРНОСТИ.....	478

## ВВЕДЕНИЕ

В традиционном юридическом образовании внимание сосредоточено на практической стороне, т.е. на том, как быть хорошим юристом. Особое внимание уделяется анализу законов, а в системе прецедентного права — прежде всего анализу судебных решений, изучению характеристик основных правовых доктрин, профессиональным ценностям, а также все чаще приобретению навыков выступления в суде и ведения переговоров. Такое образование, дополненное практическим опытом работы юристом в хорошей фирме или в хорошем государственном учреждении, позволяет сформировать высококвалифицированного профессионала, т.е. того, кто может добиться эффективных результатов. Но оно не дает инструментов для понимания и улучшения системы, потому что не может содействовать необходимому взгляду *со стороны*. Именно в силу признания этого ограничения, признания некоторых заметных неудач правовой реформы, разработанной самими юристами<sup>1</sup>, и прогресса, достигнутого социальными науками, юридическое образование и юридическая мысль в целом в последние годы стали более междисциплинарными и, как следствие (поскольку по сравнению со смежными или пересекающимися с нею областями юриспруденция всегда испытывала недостаток теории), более «теоретическими». Это не всегда хорошо; в большой своей части юридическая теория довольно бессодержательная<sup>2</sup>. Но не всегда. Другие дисциплины могут внести существенный вклад в понимание и совершенствование права. В этой книге я обращаюсь к тому вкладу, который могут внести экономика, история, психология, эпистемология и статистика.

Это обширная тема, и мое рассмотрение неизбежно окажется неполным<sup>3</sup>. Акцент на экономике и на потребности в более эмпирическом

<sup>1</sup> Одна из последних — поведение Верховного суда в ключевых делах, послуживших фоном к импичменту президенту Клинтону, см.: *Posner R.A. An Affair of State: The Investigation, Impeachment, and Trial of President Clinton*. Ch. 6. 1999.

<sup>2</sup> Как я утверждаю в: *Posner R.A. The Problematics of Moral and Legal Theory*. 1999. См. также: *Arrow D.W. "Rich", "Textured", and "Nuanced" Constitutional "Scholarship" and Constitutional Messianism at the Millennium // Texas Law Review*. 1999. Vol. 78. P. 149.

<sup>3</sup> Дополнительную информацию можно найти в нескольких моих предыдущих книгах, кроме тех, что были указаны в примеч. 1 и 2 выше: *Posner R.A. The Problems of Jurisprudence*. 1990; *Cardozo: A Study in Reputation*. 1990; *Overcoming Law*. 1995; *The Federal Courts: Challenge and Reform*. 1996; *Law and Legal Theory in*

исследовании права не нов для меня, хотя здесь я придаю своим изысканиям несколько иные черты, однако акцент на истории, психологии и эпистемологии (под которой я понимаю изучение возможности добраться до истины в ходе судебного процесса) — это нечто новое. Я активно использую здесь свои предшествующие работы, но исправил и дополнил их, чтобы более ясно и последовательно связать их друг с другом и убрать повторы. Кроме того, я внес уточнения — мои предшествующие работы не устарели, но теория права активно развивается, — а также постарался исправить ошибки, ответить на критику и пригладить стиль.

Используя термин «теория права» (*legal theory*), я предполагаю исключить из нее как философию права (философию права или юриспруденцию), которая занимается анализом абстракций высокого уровня, таких как правовой позитивизм, естественное право, правовая герменевтика, правовой формализм и правовой реализм, так и доктринальный анализ, или его синоним, правовое обоснование (*legal reasoning*), ключевой аналитический элемент судебного решения и судебной практики. Юридическая теория занимается практическими юридическими проблемами, но подходит к ним извне, используя инструментарий других дисциплин. Она не считает точку зрения самого профессионального юриста достаточной для решения даже практических юридических проблем.

Я понимаю, что слегка запоздал с попыткой применить термин «теория права» к обозначению внешнего анализа права. Термин «теория» долгое время использовался в праве для претенциозного обозначения утверждений одной из сторон («согласно теории этого дела, представленной истцом, поведение ответчика являло нарушение прав истца по договору»); или как общее правило, предложенное для систематизации совокупности правовых норм («согласно теории деликтного права, убытки должны быть законодательно возложены на причинителя вреда только в случае его виновности»); или как сугубо внутренняя теория права, придуманная профессорами права без использования идей или методов из других областей, — такой характер по большей части носит конституционная «теория». Подобное употребление слова «теория», приравнивающее «теоретическое» к систематическому, всеобъемлющему или фундаментальному, — дань той власти, которую наука до сих пор имеет над современным разумом. Но поскольку подлинно научную концепцию права могут дать только подходы, позаимствованные из других дисциплин, таких как экономика, социология и психология, говоря о

«теории права» в целом, следует ограничивать этот термин теориями, пришедшими не из правоведения.

Понимаемая таким образом теория права появилась позже философии права или доктринального анализа. Но ее корни можно найти в конце XVIII и в начале XIX в. в утилитарной (главным образом экономической) теории уголовных наказаний у Бентама и в основанной на историзме концепции юридической науки Савиньи, повлиявших на Холмса. Позднее Макс Вебер заложил основы социологического подхода к праву, который в США был подхвачен Роско Паундом и другими под названием «социология права». Еще позднее движение правового реализма 1920–1930-х годов выступало не только за больший психологический (Джером Фрэнк) и экономический реализм (Карл Льюэллин, Уильям О. Дуглас) в отношении права, но и за проведение широкомасштабных эмпирических исследований как путь к реформированию права. Правовой реализм предвосхитили Бентам, Холмс и Кардозо, каждый из которых по-своему ратовал за более активное использование неюридических подходов, в особенности подходов, которые предлагают социальные науки.

Правовой реализм не смог выполнить своих обещаний и к концу Второй мировой войны пришел в упадок. В 1950-е и в особенности в 1960-е годы наблюдался постепенный рост интеллектуальных амбиций в академической юридической науке, но только приблизительно в 1970 г. теория права попала в центр внимания юридической мысли. С этого момента развитие пошло быстрыми темпами. Тому есть несколько причин. Успехи в неюридических областях — таких как экономика, теория игр, социальная и политическая теория — создали новые инструменты для изучения права, тогда как растущая сложность права и общества продемонстрировала скудость доктринального анализа как инструмента решения проблем правовой системы. Свою роль сыграли также увеличение числа ученых-юристов в результате постоянного роста спроса на юридические услуги, а следовательно, и увеличение числа юристов и студентов юридических факультетов. Сейчас так много профессоров-юристов, что те из них, кто имеют теоретические наклонности, вполне могут найти для себя аудиторию среди других профессоров, а не среди практиков и судей. В академическое правоведение стали допускать женщин, представителей меньшинств и политических радикалов, и это способствовало увеличению спроса на критические подходы к правовой системе, которые, как правило, являются внешними. А обширные данные, касающиеся системы, которые теперь стало легче собирать и анализировать, помогают поддерживать теорию права как исследовательскую программу.

Или скорее ряд программ. Теория права не является единой исследовательской программой. Те, кто ею занимаются, не пришли к согласию даже в отношении значения слова «теория». Какая-то часть теории права относится к социальным наукам, какая-то — нет; некоторые подчеркивают абстрактную теорию, другие — эмпирические исследования, третьи — не то и не другое; одна часть теории права имеет ярко выраженный полемический оттенок, другая — нет; какая-то ее часть в основном описательная, тогда как другая в значительной мере нормативна; какая-то часть сосредоточена на конкретных областях права, другая охватывает более широкий круг вопросов. набросок основных направлений этой, недостаточно четко определенной, области помог бы читателю сориентироваться. Я делаю акцент на американском праве, потому что теория права более развита и более влиятельна в Соединенных Штатах, чем где-либо еще. Философия права, напротив, пользуется бóльшим влиянием за пределами США.

*Право и экономика, старая и новая.* Расширение границ применения микроэкономики и усиление ее строгости (частично связанные с использованием в экономике теории игр) благоприятствовали возникновению и продолжающемуся росту особого и важного раздела теории права — экономического анализа права. Ведущие школы права США имеют в своем штате одного или нескольких экономистов с ученой степенью. Семь журналов (шесть американских, один европейский) специализируются на экономическом анализе права. Есть несколько учебников, обширная монографическая литература, две энциклопедии<sup>4</sup> и профессиональные ассоциации в Соединенных Штатах, Европе и Латинской Америке. Несколько судей федерального апелляционного суда в прошлом занимались изучением права и экономики, а большинство федеральных судей и многие из судей штатов проходили обучение в рамках продолжающихся программ по экономическому анализу права.

У экономического анализа права есть эвристические, дескриптивные и нормативные аспекты. В качестве эвристики он стремится обнаружить то общее, что лежит в основе правовых учений и институтов; в дескриптивном режиме — выявить экономическую логику и последствия правовых учений и институтов, а также экономические причины изменений в праве; в своем нормативном качестве он подсказывает судьям и всем, кто принимает решения, наиболее эффективные методы регулирования поведения при помощи закона. Диапазон вопросов, которые являются

<sup>4</sup> The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law / P. Newman (ed.). 1998; Encyclopedia of Law and Economics / B. Bouckaert, G. de Geest (eds). 2000.

предметом этого анализа, стал весьма широким, по сути дела, всеохватывающим. Воспользовавшись достижениями в экономике нерыночного поведения, экономический анализ права вышел далеко за рамки первоначального внимания к антимонопольному регулированию, налогообложению, регулированию предприятий коммунального хозяйства, корпоративным финансам и другим областям чисто экономического регулирования. (Внутри этой области он включил в себя такие предметы, как договорное право и право собственности.) «Новый» экономический анализ права охватывает такие нерыночные, или квазирыночные, области права, как деликтное, семейное, уголовное право, свободу слова, процессуальное право, законодательную деятельность, международное право, законодательство об интеллектуальной собственности, правила, регулирующие судебный и арбитражный процесс, законодательство о защите окружающей среды, административный процесс, регулирование в сфере здравоохранения и безопасности, законы, запрещающие дискриминацию в трудовой сфере, и социальные нормы, рассматриваемые в качестве источника формального закона, препятствия ему или его заменителя. Экономистов активно привлекают в качестве экспертов в таких сферах, как антимонопольное законодательство и законодательство по ценным бумагам, а также к решению дел о причинении вреда жизни и здоровью и коммерческих споров, в которых необходимо подсчитывать размер возмещения убытков.

Экономический анализ права нашел самое большое практическое применение в областях явного экономического регулирования, например, в антимонопольном законодательстве и в регулировании предприятий коммунального хозяйства, где экономические аналитики сыграли важную роль в том, чтобы переориентировать экономическое законодательство в сторону свободного рынка. Однако экономический анализ накладывает все больший отпечаток и на другие области права, такие как законодательство об охране окружающей среды, где торговля квотами на выбросы газов стала признаком экономического подхода к окружающей среде; законодательство о принудительном отчуждении частной собственности, где растущая юридическая озабоченность «отчуждениями в порядке регулирования» несет на себе отпечаток экономического анализа права; и законодательство о расторжении брака, в котором феминистские и экономические гипотезы совместно выявляют экономическую сторону производства в домашнем хозяйстве.

Наиболее амбициозный *теоретический* аспект экономического подхода к праву связан со стремлением предложить единую экономическую теорию права, в которой подразумевается, что функцией права являет-

ся содействие свободному рынку, а в областях, где издержки рыночных трансакций слишком высоки, — «имитация рынка» через объявление результата, который мог бы быть получен, если бы рыночные трансакции были возможны<sup>5</sup>. Таким образом, он имеет одновременно и дескриптивные, или объяснительные, и нормативные, или реформистские, аспекты.

Заявка на то, что можно назвать громким словом «*та самая* экономическая теория права», опирается на новаторскую статью Рональда Коуза<sup>6</sup>. Теорема Коуза утверждает, что, когда рыночные трансакционные издержки равны нулю, установленное законом первоначальное распределение прав никак не влияет на эффективность, поскольку, если это распределение неэффективно, стороны могут его исправить при помощи трансакции, нейтрализующей влияние закона. Отсюда следуют два важных вывода. Первый, что право в той мере, в которой оно заинтересовано в поддержании экономической эффективности, должно стремиться минимизировать трансакционные издержки, например, четко определив права собственности, упростив их передачу и создав дешевые и эффективные средства против нарушения договоров. Это звучит просто, но сформулировать эффективные правила в отношении собственности и договоров не так-то легко, как мы это увидим в гл. VI при обсуждении законодательства о собственности.

Второе следствие теоремы Коуза: там, где, несмотря на все усилия законодателей, рыночные трансакционные издержки остаются слишком высокими, закон должен имитировать рыночное размещение ресурсов, передавая права собственности тем пользователям, которые могут применять их наиболее эффективно. Примером может быть доктрина добросовестного использования в законе о копирайте, которая позволяет авторам публиковать небольшие цитаты из произведений, защищенных авторским правом, не договариваясь об этом с владельцем прав. Издержки такого рода переговоров обычно бывают слишком высокими; если бы они не были высокими, обычным результатом было бы разрешение цитирования, и поэтому доктрина добросовестного использования воспроизводит результат, который был бы достигнут в ходе рыночных трансакций, если бы они были возможны.

Экономический подход к праву играет центральную роль в этой книге, как и в большинстве моих предшествующих работ; он подробнее объясняется в первых трех главах и многократно применяется в последующих.

<sup>5</sup> См. в моей книге «Economic Analysis of Law» самое полное на сегодняшний день изложение этого подхода.

<sup>6</sup> Coase R.H. The Problem of Social Cost // Journal of Law and Economics. 1960. Vol. 3. P. 1.

*История права.* Историческая перспектива — самая старая и до последнего времени наиболее часто используемая внешняя перспектива для рассмотрения правовой системы. Древнее происхождение права, непрерывное сохранение в нем его истоков (отраженное, помимо прочего, в его устарелой терминологии) и особое внимание, которое американская правовая система уделяет старым текстам, а точнее, Конституции 1787 г., а также (вместе с другими англо-американскими правовыми системами) решению дел в соответствии с прецедентами, вполне естественно заставляют ученых-правоведов проявлять исторический подход, суть которого в том, чтобы увязать смысл и легитимность правовых теорий с их историческим происхождением. Хотя в последние десятилетия исторический подход начал уступать место другим междисциплинарным подходам, теория, которая представляется его крайним вариантом, «оригинализм», приобрела существенное влияние в Верховном суде и в федеральных судах более низкой инстанции. Исторический подход к праву является предметом второй части этой книги, но я докажу, что оригинализм не следует рассматривать как исторический подход, поскольку это скорее попытка избежать любых подходов, включая исторические, которые в теории или на практике поощряли бы судебное творчество.

*Феминистское правоведение.* В юридической профессии во всех ее отраслях до недавнего времени полностью доминировали мужчины. Гарвардская школа права не принимала женщин до начала 1950-х годов, а в Верховном суде женщина была впервые назначена судьей только в 1981 г. В результате малого числа женщин на влиятельных позициях в профессии и в целом подчиненной роли женщин в обществе право не могло отразить интересы и взгляды женщин в отношении целого ряда вопросов. Эти вопросы включали в себя правила использования доказательств в делах об изнасиловании, продажу и демонстрацию порнографии, сексуальные домогательства на рабочем месте, гендерную дискриминацию в трудовой сфере и в образовании, правила, регулирующие развод и опеку над детьми, законодательные ограничения аборт и регулирование вопросов, связанных с трудом беременных. Начиная с 1970-х годов юристы-феминистки, например Рут Бадер Гинзбург и Кэтрин Маккиннон, благодаря преподаванию, своим сочинениям, искам и другим формам профессиональной деятельности добились существенного изменения в правовом положении женщин. Теоретическое направление женского движения за реформирование законодательства известно как «феминистское правоведение». Либеральные феминистки, такие как Гинзбург, прежде всего стремились добиться равного отношения к мужчинам и женщинам. Феминистки — сторонницы «различия», такие

как Кэрол Гиллиган, полагают, что мужская юриспруденция слишком много внимания уделяет правилам, конфликту и правам. Радикальные феминистки пессимистически относятся к возможности усовершенствования мира с помощью реформ. Маккиннон, пионер радикального феминистского правопведения (и, по сути дела, изобретатель концепции сексуальных домогательств на рабочем месте как противоправного действия), сравнивает женщин с пролетариатом в марксистском анализе.

Феминистское правопведение оказало влияние на большое число теоретических работ, посвященных вопросам, затрагивающим гомосексуальных мужчин и женщин-лесбиянок («законы о гаях»), таким, например, как запрет на однополые браки, недопущение гомосексуалистов к службе в американской армии, другие случаи дискриминации гомосексуалистов и уголовный запрет гомосексуальной содомии, который до сих пор сохраняется в законодательстве почти половины штатов. Я довольно подробно обсуждал феминизм и прочие юридические вопросы, относящиеся к сексу и полу в других книгах<sup>7</sup>, и не буду обсуждать их в этой.

*Конституционная теория, право и политическая теория.* Язык американской конституции местами и слишком общий, и неопределенный. Хорошо известный пример — Четырнадцатая поправка, гарантирующая «надлежащее соблюдение процессуальных норм» и «право на равную защиту со стороны закона». Широта и неопределенность такого языка, вместе с возрастом самой Конституции и динамизмом развития общества, которое она должна регулировать, поощряют свободное толкование. Верховный суд часто толковал недостаточно четко сформулированные конституционные термины, создавая права, например право на аборт, которые одновременно оказывались далеки от чаяний тех, кто писал и утверждал Конституцию, и расходились с взглядами демократического большинства отдельных штатов, а порой и страны в целом. Легитимность практики, в соответствии с которой комитет судей может ограничивать право демократического большинства на отображение его предпочтений в законодательстве, с давних пор была важным предметом спора в юридической профессии. Традиция самоограничения берет начало в ранней статье Джеймса Брэдли Тайера<sup>8</sup>, а среди ее сторонников

<sup>7</sup> См.: *Posner R.A. Sex and Reason. 1992; Overcoming Law. Pt. 4. Ch. 26; The Problematics of Moral and Legal Theory. P. 314* (в предметном указателе «Феминизм» и «Гомосексуальность»). См. более современные работы: *Hirshman L.R., Larson J.E. Hard Bargains: The Politics of Sex. 1998; Eskridge W.N., Jr. Gaylaw: Challenging the Apartheid of the Closet. 1999.*

<sup>8</sup> *Thayer J.B. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law // Harvard Law Review. 1893. Vol. 7. P. 129.*

такие выдающиеся юристы, как Оливер Уэнделл Холмс, Луи Брандейс, Феликс Франкфуртер и Лернед Хэнд, а также известные ученые, такие как Генри Харт и Герберт Векслер. В настоящее время самым влиятельным преемником Тайера является Верховный судья Антонин Скалия. В статье Векслера о нейтральных принципах конституционного права, *locus classicus* ограничительного подхода, судьям предлагалось основывать свои решения на широких принципах, чтобы стабилизировать конституционное право<sup>9</sup>. Векслер критиковал решение по делу «Браун против совета по образованию», в котором Верховный суд отменил расовую сегрегацию в государственном образовании на том основании, что единственный нейтральный принцип, применимый в данном споре, — это принцип свободы объединений. Он утверждал, что решение Верховного суда нарушило принцип нейтральности, неявно поставив право чернокожих объединяться с белыми выше права белых не объединяться с чернокожими.

Статья Векслера вызвала научную дискуссию, продолжающуюся до сих пор, о том, каким подходом следует руководствоваться в конституционных делах, чтобы предотвратить ничем не ограниченные дискреционные суждения, не задушив при этом мощный порыв к справедливости по существу, который ярко проявился в деле Брауна и в других знаменитых решениях «Суда Уоррена». Одним из поворотных пунктов в этих дебатах стали предложение Александра Бикела (в его книге «Наименее опасная ветвь власти») уравновесить принцип Векслера разумным прогрессивизмом и предложение Джона Илайи о том, что в конституционных делах суды должны заниматься «усилением представительства» и потому должны лишать законной силы такие препятствия на пути к представительской демократии, как законодательно установленную представительскую диспропорцию и подушные избирательные налоги<sup>10</sup>. Либеральный напор Бикеля и Илайи и их эпигонов отразили Роберт Борк, Скалия и другие сторонники оригинализма. Они отвергли идею «живой конституции» и придерживались того смысла Конституции, который в нее вкладывали ее авторы и те, кто ее утверждал.

Конституционная теория в существенной мере нормативна по своей ориентации и целям. Почти всех без исключения теоретиков больше интересует оценка существующих решений и указания относительно того, какими принципами руководствоваться при принятии решений в новых

<sup>9</sup> Wechsler H. *Toward Neutral Principles of Constitutional Law* // *Harvard Law Review*. 1956. Vol. 73. P. 1.

<sup>10</sup> Ely J.H. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. 1980.

делах, чем объяснение существующих закономерностей прецедентного права с отсылкой к нормам, которые сам теоретик может не разделять. Возможно, из-за своего эмоционального и политического заряда современное конституционное право остается областью, где продолжают обсуждения<sup>11</sup>.

Политологи, интересующиеся вопросами права, все так же ходят по кругу вопросов (все по тому же старому кругу) — роль обсуждения в демократической выработке политики, традиция гражданского республиканства, смысл американской демократии и элементы принципиальной судебной политики, — который волновал и конституционных теоретиков. Очень часто они *и сами* становятся конституционными теоретиками — так часто, что «право и политическая теория» практически являются синонимом для конституционной теории. Совсем иной подход у тех ученых, которые привносят в анализ конституционных вопросов принципы теории «общественного выбора» и тем самым подчеркивают роль групп с особыми интересами в законодательных и судебных процессах, влияние повестки дня на политический и прочий коллективный выбор, стратегические взаимодействия между различными ветвями власти и ненадежность голосования как метода агрегирования предпочтений. Это направление конституционной или политической теории, занимающееся теорией общественного выбора, в значительной степени основано на теории игр и моделях рационального выбора и потому может быть отнесено к экономическому анализу права.

Я подробно обсуждал конституциональную и политическую теорию в предшествующих книгах<sup>12</sup>. В этой книге я обращаюсь к ней преимущественно в гл. II–V и во второй части Введения.

*Право и философия.* Философия права (юриспруденция) не исчерпывает возможные применения философии к праву. Философские темы занимают важное место в конституционной теории и в ее двойнике, теории права и политики, и время от времени встречаются не только в нормативном экономическом анализе права, критических правовых исследованиях и других междисциплинарных областях, но также и при обсуждении конкретных областей права. Такое применение очерчивает область «права и философии» в правовых исследованиях, отличающееся от юриспруденции. Кантианцы и представители утилитаристской политической и моральной философии и их последователи в юридической

<sup>11</sup> Последний обзор конституционных теорий см. в: Fallon R.H., Jr. How to Choose a Constitutional Theory // California Law Review. 1999. Vol. 535. P. 87.

<sup>12</sup> См., например: Posner R.A. Overcoming Law. Pt. 2; The Problematics of Moral and Legal Theory. P. 144–182.

профессии пытались навязать свое нормативное видение деликтного, уголовного, договорного права, права собственности и других областей или же утверждали, что их позиции латентно в них присутствуют. Эпистемологи и философы языка применяли свои теории к решению конкретных юридических проблем, таких, например, как проблема причинности в деликтном и уголовном праве, концепция умысла и свободы воли (например, в случае признания в полиции) в уголовном праве и границы толкования законов. Эпистемологическая сторона права и философии играет важную роль в четвертой части этой книги; другие разделы подробно обсуждаются в других моих книгах<sup>13</sup>.

*Социология права и движение «право и общество».* В Европе социология права, включающая в себя криминологию, имеет долгую историю (самым ярким ее представителем является Макс Вебер) и по-прежнему хорошо представлена на юридических факультетах, в научных журналах, монографической литературе и в движениях за реформирование права. В центре внимания европейской социологии права находятся функционирование и результаты работы системы уголовной юстиции; предоставление юридических услуг малоимущим слоям населения; структура, доход и регулирование юридической профессии, способы совершенствования работы судебной системы, классовые и политические предрассудки в судебной системе и профессии. Как ни странно, несмотря, в целом, на дружелюбное отношение американского правового научного сообщества к теории права, социология права продолжает играть в ней маргинальную роль. Число ее представителей слишком мало для создания профессиональной организации и выпуска журнала. Чтобы достичь этих признаков сложившейся области научных исследований, им пришлось объединиться с политологами, антропологами и психологами, с которыми они создали движение «право и общество», имеющее свою собственную профессиональную ассоциацию и журнал. Маргинальное положение социологии права в США вызвано отчасти неспособностью криминологии выдвинуть осуществимые и убедительные предложения о том, как справиться с высоким уровнем преступности в Америке, отчасти общей слабостью социологии в американском высшем образовании<sup>14</sup> и, наконец, подъемом других форм теории права,

<sup>13</sup> См.: *Posner R.A. The Problems of Jurisprudence; The Problematics of Moral and Legal Theory.*

<sup>14</sup> Эта слабость частично связана с исторически присущим этой области левацким оттенком, частично (что взаимосвязано) — с тем, что она ассоциируется со многими неудачными политическими проектами, а также с растущей конкуренцией со стороны экономики, которая исследует ряд традиционно социологических тем, но делает это, применяя более строгий подход.

особенно экономического анализа права и феминистской юриспруденции, конкурирующих с социологией права<sup>15</sup>.

Тем не менее американская социология права и более широкое направление «право и общество» обладают важными достоинствами. Самое главное из них — акцент на эмпирическом изучении правовой системы, аналога которого нельзя найти ни в одной из других областей теории права. Американские социологи внесли важный вклад в измерение количества исков, в сравнение мировых правовых систем, в изучение повседневной работы таких звеньев правой системы, как суды по бракоразводным делам или дорожные суды, в исследование стратегических аспектов судебных исков и роли расы и класса в правовой системе. Социология права играла важную роль в моей предшествующей книге<sup>16</sup>, но в этой отошла на задний план. В гл. IX, посвященной социальным нормам, я обращаюсь к традиционной социологической теме, но делаю акцент на экономике и психологии поведения, регулируемого социальными нормами, а не на его социологическом осмыслении.

*Право и когнитивная психология; бихевиоризм.* Важность психопатологии в решении вопросов о наличии душевных расстройств, которые возникают в ходе уголовных процессов и в делах о гражданских обязательствах, признана уже давно. Новым в эпоху теории права является применение когнитивной психологии, т.е. изучения того, как мозг управляет поведением человека вообще, а не только психопатологическим поведением, к целому ряду правовых вопросов.

Эти темы, ко многим из которых я обращаюсь в третьей части и, в меньшей степени, в четвертой части этой книги, включают в себя оценку показаний свидетелей, касающихся событий отдаленного прошлого; измерение искажений в оценке людьми маловероятных рисков; оценку влияния, которое доказательства и аргументы оказывают на мыслительный процесс и решения присяжных; оценку процедур принятия решений присяжными и судьями в психологически реалистических категориях; учет роли эмоций в процессе принятия решений; выявление механизмов, при помощи которых выполнение норм закона и прочих норм обеспечивается не предусмотренными законом способами, и критику реалистичности допущений экономического анализа права в отношении рациональности человеческого поведения.

Основная мысль, которая объединяет если не всю, то по крайней мере большую часть этих исследований, известную под названием «поведен-

<sup>15</sup> См.: Posner R.A. The Sociology of the Sociology of Law: A View from Economics // European Journal of Law and Economics. 1995. Vol. 2. No. 4. P. 265.

<sup>16</sup> Posner R.A. The Problematics of Moral and Legal Theory.

ческая экономика», или «поведенческое право и экономика», — я предпочитаю более краткий термин «бихевиоризм», — заключается в том, что эволюция породила некие странности в устройстве когнитивного аппарата человека, нарушающие способность участников судебного процесса усваивать и обрабатывать необходимую информацию. Эти странности включают эвристику доступности, т.е. тенденцию придавать чрезмерное значение ярким, запоминающимся фактам или впечатлениям; ошибочность ретроспективного детерминизма, тенденцию преувеличивать неизбежность причинных последовательностей; и эффект владения, т.е. склонность ценить то, что у нас уже есть, только в силу того, что оно наше, независимо от присущей ему ценности. Например, вследствие ошибочности ретроспективного детерминизма из того факта, что произошел несчастный случай, присяжные могут сделать вывод, что его виновник обязан был предвидеть и избежать опасности и потому проявил небрежность. Эффект владения может помешать передаче права тому пользователю, который ценит его наиболее высоко (процедура, рекомендуемая экономическим анализом права), потому что ценность зависит от того, кому предоставляется право. Бихевиористы также полагают, что альтруизм и чувство «справедливости» играют в социальном поведении человека роль, которую не может объяснить теория рационального выбора. В гл. VIII я утверждаю, что модель рационального выбора гораздо более здравая, чем полагают бихевиористы, и, в частности, показываю, как модель рационального сигнализирования может объяснить некоторые характерные эмпирические результаты поведенческой литературы.

*Право и литература.* С начала 1970-х годов несколько профессоров-юристов, в меньшей степени литературоведы, а также несколько ученых, получивших образование в обеих областях, исследуют многочисленные связи между правом и художественной литературой. Литературные произведения (включая некоторые древнегреческие трагедии, несколько пьес Шекспира и ряд романов и рассказов), отражающие проблемы, связанные с правом, изучались с точки зрения их правовой значимости. Наибольшее практическое применение это направление исследований нашло в сферах толкования, риторики, юридического образования и интеллектуальной собственности. Методы толкования, разработанные литературными критиками и литературоведами, применялись к Конституции США (порождая совпадения конституционной теории с движением «право и литература»); методы оценки стиля и риторики литературных произведений использовались для критики судебных заключений; литературные произведения, которые, как считалось, иллюстрируют этические принципы или сопереживают проблемам мень-

шинств, рекомендовались для прочтения студентам-юристам и судьям; литературоведческие исследования использовались в качестве источника идей об оригинальности и творческом начале, которыми можно было бы руководствоваться при толковании авторского права и законов, регулирующих творческую деятельность. Это еще одна область, которую я подробно обсуждаю в другой работе<sup>17</sup> и не затрагиваю в этой.

*Критические и постмодернистские правовые исследования.* Также в начале 1970-х годов ряд ученых-юристов, вдохновленных студенческим движением конца 1960-х годов и континентальной социальной теорией (марксистской, структуралистской и постструктуралистской), объединились в движение, названное критическими правовыми исследованиями. По большей части это было возрождение реализма в бескомпромиссно радикальной форме. Реалисты подчеркивали политическую составляющую права, но не утверждали, что это единственная его составляющая; самым радикальным пунктом их программы была перестройка правовых принципов на основе открытий ценностно-нейтральной социальной науки. Представители критической теории утверждали, что право — не что иное, как политика, точно так же, как политикой являются социальные науки (за исключением, возможно, критической теории, испытывающей влияние Маркса), в частности, экономический анализ права, который стал основной мишенью для этих ученых. Отрицание ими объективности права и в целом нигилистический характер их деятельности, а также вытекающее из него отсутствие конструктивных предложений ограничило влияние их работ как внутри, так и за пределами научного сообщества; сегодня критические правовые исследования вышли из моды, разве что, подобно лососю, из тупа которого вылупляется потомство, они породили три других области радикальной теории права, которые продолжают оказывать влияние на правовые научные круги. Это радикальное феминистское правоведение, которое, следуя духу критических правовых исследований, подчеркивает идеологический характер существующих правовых теорий и институтов; постмодернистские исследования, подчеркивающие гибкость правовых систем, и критическая расовая теория, которая в некоторых своих версиях доходит в критике правовой рациональности до того, что призывает отказаться от нормальных канонов исследования, чтобы услышать «голос цветных», озвученный учеными-правоведами, принадлежащими к меньшинствам, в автобиографических и прочих изложениях неаналитического характера. Критическая расовая теория объединяется с ради-

<sup>17</sup> См.: Posner R.A. Law and Literature.

кальной феминистским правоведением, подчеркивая, что раса — это социальная конструкция, что сродни акценту феминисток на том, что пол является социальной конструкцией. Во всех трех производных движениях очевидно влияние радикального социального конструкционизма Фуко. Я подробно обсуждал эти течения в другой работе<sup>18</sup> и в этой книге упомяну их только мимоходом, в гл. X.

\* \* \*

Предшествующее перечисление областей теории права неполное, но области, которые в нем не упомянуты, имеют либо слишком узкую направленность, либо малое число сторонников. Примеры включают научные работы, исследующие применение теории вероятности Байеса к системе судебных доказательств, те работы, в которых лингвистическая теория применяется в толковании правовых документов, а также те, что применяют эволюционную биологию к избранным проблемам, главным образом к семейному законодательству и законодательству, регулиющему сексуальные отношения. Тем не менее первая из этих областей, которая может считаться отраслью когнитивной психологии или скрещением психологии и эпистемологии, фигурирует в главах, посвященных доказательствам в четвертой части данной книги.

Теория права просто так не исчезнет; ее успехи в освещении некоторых темных уголков правовой системы и указании путей к конструктивным переменам были достаточно многочисленны, чтобы она стала незаменимой составляющей юридической мысли. Но включить ее в юридическое образование и практику оказалось сложно из-за ее связи с областями, с которыми даже сегодня знакомо, хотя бы шапочно, только небольшое число юристов. Я надеюсь сделать ее более доступной и полезной для практиков, студентов, судей и самих представителей междисциплинарной науки и навести мосты поверх традиционных границ между научными дисциплинами, из-за которых теория права иногда кажется калейдоскопом или даже случайным набором фрагментов, а не систематическим поиском лучшего понимания права. Отдельные области, которые я здесь исследую, — экономика, история, психология, эпистемология и количественный эмпиризм — кажутся слабо связанными между собой, но мы увидим, что они пересекаются и проникают друг в друга, давая нам возможность разглядеть в теории права единое поле социальной науки.

<sup>18</sup> В особенности в: *Posner R.A. Sex and Reason* и *Overcoming Law*; но см. также: *Posner R.A. The Problematics of Moral and Legal Theory*. P. 265–280.

Нам нужна теория права, прежде всего для того, чтобы ответить на фундаментальные вопросы о правовой системе, потому что в отличие от знания о том, как ориентироваться *внутри* системы, она является знанием именно *о* системе, которого традиционные методы анализа, применяемые юристом или профессором права, не дают. Рассмотрим (и именно этим мы и займемся в оставшейся части введения — анализом примера нашего поразительного невежества, которое теория права может помочь со временем преодолеть) вопрос о том, действительно ли давно осуществляемое Верховным судом право отменять федеральные законы, законы штатов и другие государственные акты, которые он считает нарушающими Конституцию, имело в целом последствия, которые большинство людей сочло бы благотворными. Профессиональные юристы инстинктивно ответят «да», но это только инстинктивная реакция, и сегодня она подвергается острой критике со стороны разных по политической и методологической ориентации групп ученых и юристов<sup>19</sup>. Одни из скептиков выдвигают политические возражения против отдельных теорий и решений и были бы вполне довольны судебным толкованием законов, если бы считали судей Верховного суда столь же либеральными или консервативными, как они сами. Другим, в данном случае поддерживающим замечание, сделанное Лернедом Хэндом<sup>20</sup>, а до

<sup>19</sup> См.: *Balkin J.M., Levinson S. The Canons of Constitutional Law // Harvard Law Review. 1998. Vol. 111. P. 963; Klarman M.J. What's So Great about Constitutionalism? // Northwestern University Law Review. 1998. Vol. 93. P. 145; Klarman M.J. Constitutional Fetishism and the Clinton Impeachment Debate // Virginia Law Review. 1999. Vol. 85. P. 631; Parker R.D. Here, the People Rule // A Constitutional Populist Manifesto. 1994; Tushnet M. Taking the Constitution Away from the Courts. 1999; Bork R.H. Slouching towards Gomorrah: Modern Liberalism and American Decline. 1996. P. 117–118 (Борк не выступает за немедленную отмену права судебного толкования, но он выступает за его ослабление путем предоставления Конгрессу полномочий по отмене судебного решения, лишаящего юридической силы федеральный закон); *Waldron J. Law and Disagreement. 1999.* Кроме этого, Дэвид А. Штраусс в статье под названием «Бесполезность поправок к конституции» (см.: *Harvard Law Review, 2001*) убедительно показывает, что даже формальные поправки к Конституции США после периода основания не оказывали особого влияния на конституционный строй и институты. Если это так, то отсюда следует, что толкующие Конституцию судебные решения, которые не имеют такого авторитета, как формальные поправки, будут иметь еще меньшее значение.*

<sup>20</sup> Которому принадлежит знаменитое высказывание о том, что он не хотел бы, чтобы им «управлял отряд платоновских стражей», потому что ему «было бы неинтересно жить в обществе, в котором он, по крайней мере теоретически, хотя бы частично не участвует в управлении общественными делами» (*Hand L. The Bill of Rights. 1958. P. 73–74*).

него, среди прочих, Джефферсоном и Линкольном, не нравится антидемократический характер судебного толкования (этим термином юристы, занимающиеся конституционным правом, обозначают полномочия суда, ссылаясь на Конституцию, отменять законодательные акты других ветвей власти). Третьи просто сомневаются в способности судей разумно применять огромную власть, которую дает судебное толкование. Меня интересуют не мотивы или основания этих сомнений, но только вопрос о благотворности последствий подобной доктрины, который ставят скептики; потому что он показывает, что после двух столетий чисто американской доктрины судебного толкования многих тысяч судебных решений и бесчисленных работ по конституционному праву ее последствия все еще рождают домыслы.

Скептики рассуждают следующим образом.

1. Законодатели и другие официальные лица относятся к Конституции очень серьезно, даже когда перспектива судебного обеспечения правоприменения отсутствует. Мы видели это на примере импичмента Клинтону. Хотя суды заняли позицию невмешательства, позволив Конгрессу, по сути, делать все, что ему вздумается, Конгресс старался оставаться в рамках распространенных толкований соответствующих положений Конституции. Воображаемые аргументы, бросавшие вызов сложившимся представлениям о смысле этих положений, например, аргумент о том, что Конгресс может осудить президента за особо тяжкие преступления и преступления меньшей тяжести, но все-таки при этом не снимать его с должности, были по молчаливому согласию исключены. В той мере, в которой вполне убедительные обвинения в неконституционности могут служить эффективной политической риторикой, Конституция может быть самоисполняющейся.

2. Похожее утверждение с тем же подтекстом: законодатели и другие официальные лица будут серьезнее относиться к Конституции, если не смогут переложить ответственность на суды. Их скорее обвинят в неконституционном поведении, если нет способа исправить положение. По этой и другим причинам официальные лица заинтересованы в том, чтобы подчиняться большинству положений Конституции; эти положения оказываются «совместимыми по стимулам» и потому не нуждаются в дополнительном судебном обеспечении<sup>21</sup>.

3. Общественность может потерять интерес к Конституции, если ее толкование становится прерогативой судебной элиты. Судебное толкование дает понять общественности, что Конституция — дело судей, а

<sup>21</sup> *Tushnet M. Taking the Constitution Away... Ch. 5.*

не народа. Марк Тушнет различает «толстую» Конституцию, т.е. ее полный текст с огромной массой судебных толкований, которыми она обросла, и «тонкую» Конституцию, состоящую из базовых норм, многие из которых взяты из Декларации независимости, даже не являющейся с технической точки зрения частью Конституции, или из преамбулы к ней<sup>22</sup>. «Тонкая» Конституция и есть та Конституция, которую чтят люди, и которая оказала влияние на дебаты Линкольна — Дугласа. Ее затмила толстая Конституция — в основном малопонятное сочетание правил и жаргона, плод труда технически квалифицированных, но ограниченных юристов в эпоху рациональности, специализации и утраты иллюзий.

4. Судебное толкование носит снисходительный и антипопулистский характер. Оно ставит судей Верховного суда в положение регентов, управляющих населением, не способным к самоуправлению в силу своего невежества, страстей, предрассудков и беспринципности. Пожизненное пребывание в должности делает федеральных судей похожими на монархов и ведет к тому, что они не только оказываются огражденными от сиюминутных страстей, но и приобретают склонность к безответственности и своеволию.

5. Там, где Конституция сформулирована ясно, например, когда она требует, чтобы от каждого штата избиралось по два сенатора независимо от размеров населения, необходимость в судебном толковании отпадает, ее нарушение было бы очевидным, и (за исключением чрезвычайных случаев) люди сразу бы пришли в негодование. Там, где в Конституции нет ясности, в судебном толковании судьи будут, скорее всего, руководствоваться своими политическими предпочтениями, а не самой Конституцией. Текст Конституции настолько стар, а споры о ее значении настолько наполнены политическим смыслом, что ее толкование в спорных случаях (а только они становятся основанием для иска) обязательно будет дискреционным, а не связанным ограничениями.

6. Дискреционное конституционное законотворчество могло бы быть вполне благотворным, если бы комитет избранных юристов — а именно им по сути дела является Верховный суд — имел возможности для просвещенного законотворчества, для политики как искусства управлять государством. Но он их не имеет. Конституционное право охватывает столь обширную область вопросов управления — от иммиграции до образования, от помощи малоимущим до прав гомосексуалистов, от преступности до свободы вероисповедания — что лишь немногие судьи Верховного суда могут быть должным образом осведомлены хотя

<sup>22</sup> Ibid. P. 9–13.

бы о малой толике этих вопросов. Юридическое образование не учит законотворчеству. Как и другие юристы, судьи, даже в самых высоких судебных инстанциях, чаще всего бывают узкими профессионалами, а не государственными мужами или людьми с широким интеллектуальным кругозором.

7. И поэтому конституционные решения, которым не хватает ни принципов, которые дает Конституция, ни принципов, которые дает экспертное знание, скорее всего, будут отражать, а значит, и поддерживать, предрассудки той социальной среды, «класса», из которого происходят судьи, — культурной элиты, по которой нельзя судить о том, что думает и чувствует рядовой американец.

8. Судам не хватает инструментов для того, чтобы обеспечить исполнение непопулярных конституционных решений. Они могут запретить сегрегацию в государственных школах, но не могут помешать родителям отдавать детей в частные школы или переезжать в белые районы; и действительно, автобусные перевозки школьников — крайне несовершенное средство борьбы против «утечки белых», возможно, они даже ее поощряют. Суды могут создавать новые конституционные права для ответчиков по уголовным делам, но не могут проявить волю и запретить законы, отвечающие на это ужесточением приговоров, лишением адвокатов малоимущих обвиняемых важных ресурсов или ограничением не прописанных в Конституции прав подозреваемых. Из-за ограниченных возможностей установления фактов суды даже не могут эффективно следить за соблюдением своих решений; полицейский, не зачитавший задержанному его права, может показать под присягой, что он это сделал, и суд, как правило, ему верит.

9. Поскольку у нас прецедентное право с могущественным и престижным Верховным судом США на самой вершине правовой системы и поскольку дела, прежде всего крупные конституционные дела, часто полны драматизма и захватывающего интереса, институт судебного толкования поставил в центр дебатов и анализа повестку дня, установленную Верховным судом. Те разделы Конституции, которые по той или иной причине порождают мало судебных исков (например, исключительное право Конгресса объявлять войну, которое постоянно безнаказанно попирается) и конституционных жалоб, которые Суд решительно отвергает (например, утверждение, что пункт о равенстве всех перед законом в Четырнадцатой поправке требует равных расходов на всех учеников государственных школ во всех образовательных округах), часто остаются вне поля зрения, сколь бы важными и достойными они ни были сами по себе. Вместо изучения спорных вопросов специалисты по

конституционному праву изучают решения Верховного суда, даже если его члены (всего лишь юристы, не будем об этом забывать) часто плохо осведомлены в спорных вопросах, которые они решают.

10. Политическая власть, которую судебное толкование дает судам, приводит к политизации процесса отбора судей. Федеральный суд был бы профессиональнее, если бы у него было меньше власти, и он мог бы лучше выполнять свои задачи, не связанные с Конституцией.

11. Законодательный процесс мог бы заниматься сложными, фундаментальными вопросами политической морали успешнее, чем суды. Джереми Уолдрон указывает, что «единственные структуры, интересующие сегодняшних философов права, — это структуры судебного обоснования. Философы до беспамятства увлечены судами и не видят почти ничего, кроме вызывающего их восхищение решения дел в порядке конституционного надзора»<sup>23</sup>. Они так мало интересуются законотворчеством, что не в состоянии понять тот факт, что законодатели, по крайней мере, в повседневной практике, не рассуждают, чтобы прийти к «верным» выводам. Законодатели голосуют. Голосование не убеждает проигравшую сторону в том, что она не права; занятая ею позиция не объявляется незаконной, ошибочной или беспринципной, она не меняет своих убеждений, она просто принимает поражение, возможно, успокаивая себя мыслью о том, что в следующий раз она победит, и утешается тем, что путем компромисса добилась некоторых уступок.

Законодательная система страны устроена таким образом, чтобы воплощать весь диапазон мнений в обществе, и в обществе столь многообразном, как Соединенные Штаты, этот диапазон столь широк, что оказывается, по сути, бескрайним. В результате отбор представителей путем выборов в разных округах приводит в залы законодательных органов выразителей несовместимых друг с другом мнений, и из этой какофонии неизменно рождается законодательный продукт, несущий на себе отпечаток компромисса, полемики и давления избирателей, а не консенсуса, достигнутого путем рассуждений, исходящих из общих предпосылок и стремящихся к общей цели. Стоит ли притворяться, что закон является победой добра над злом? Таким образом, законодательная власть больше уважает разногласия, чем судебная, и поэтому склонна скорее отвлекаться, чем сосредоточиваться и воодушевляться, когда политические вопросы начинают обсуждаться в категориях фундаментального права.

<sup>23</sup> *Waldron J. Law and Disagreement. P. 9.* Дальнейшие ссылки на книгу Уолдрона приводятся в тексте. Все выделенные курсивом слова в моих цитатах из книги являются таковыми в оригинале.

Уолдрон подчеркивает формальный характер законодательного процесса — например, использование «Регламента Роберта» для упорядочивания обсуждения и голосования — и вытекающее отсюда отличие от «моделей [обсуждения, которые] возникают в обычной беседе» [Waldron, 1999, p. 70]. Неформальный характер беседы «тяготеет к идее, что ее участники, безусловно, достигли общего понимания и что их взаимодействие ориентировано на то, чтобы избежать противоборствующих разногласий и достигать консенсуса» [Ibid.]. Законодательный процесс — демократическое решение проблемы, вызванной тем, что в сложных, неоднородных обществах люди не приходят к согласию относительно целей.

Тот, кто привык принимать судебное толкование как нечто само собой разумеющееся, немедленно заметит настораживающее сходство между законодательным процессом, как его описывает Уолдрон, и судебным процессом. Суды тоже решают вопросы голосованием, а обсуждение у судей имеет свои формальные особенности. Когда судьи проводят обсуждение, они редко вступают в свободную беседу. Они выступают в порядке старшинства, стараются не перебивать друг друга, а продолжительность и интенсивность дискуссии, как правило, обратно пропорциональны тому, насколько глубоки убеждения, с которыми судья подходит к обсуждаемому вопросу. Даже выборные судьи (каковыми до сих пор являются большинство судей штата) не являются представителями в том же смысле, что законодатели. Тем не менее дела, как и проекты законов, часто поднимают вопросы, разногласия по которым, будучи укоренены в различиях в фундаментальных ценностях или жизненном опыте, часто не поддаются воздействию способов аргументации, которые судьи используют за столом переговоров, чтобы восполнить свой недостаток демократической легитимности. Если законодательный процесс не является удовлетворительным методом разрешения фундаментальных разногласий, то им не является (по крайней мере на первый взгляд) и судебный процесс. Если законодательный процесс — удовлетворительный метод, зачем нам судебный надзор?

Джон Ролз и другие ратуют за фундаментальную теорию справедливости, которую суд мог бы использовать для разрешения разногласий, которые законодатели могут только ограничивать, принимая законы, временно отдающие победу той или другой стороне, но не разрешать, определяя, какая из сторон «права». Но, хотя он прекрасно осознает неразрешимый характер споров о «благе», Ролз не делает вывода о том, что от разумных людей нельзя «ожидать, что они придут к согласию относительно правильного баланса, который должен быть установлен

в социальной жизни между их представлениями» о благе [Ibid., p. 152]. Те же самые сомнения, которые не позволяют прийти к согласию в отношении блага, делают невозможным и согласие относительно теории справедливости. Глубоко религиозных людей не только нельзя убедить в том, что у атеистов более правильное понимание блага; они никогда не согласятся с тем, что светские теоретики справедливости, такие как Ролз, превосходят их своими теориями справедливости. Это верно независимо от того, верит ли человек вместе с моральными реалистами, что даже самые сложные вопросы, затрагивающие понятия морали, такие как понятие справедливости, например, имеют правильные ответы. Это вопрос онтологии (существует ли моральная реальность?). Критический вопрос носит эпистемологический характер: как доказать правоту моральных убеждений скептикам? «Если моральный реализм истинен, тогда убеждения судей расходятся с убеждениями законодателей в отношении моральных вопросов. Если реализм неистинен, позиции судей расходятся с позициями законодателей» [Ibid., p. 184]. «Неважно, как часто или с каким чувством мы употребляем слова вроде “объективный”, утверждения о том, чего *объективно* требует справедливость, фигурирует в политике только в качестве чьего-либо взгляда» [Ibid., p. 199].

Сколь бы весомыми ни были претензии, предъявляемые к идее судебного толкования, которые я здесь анализирую, на них возможен ряд ответов. Я не говорю о таких избитых аргументах, как тот, что судебное толкование предоставляет Верховному суду кафедру, с которой он может читать американскому народу проповеди о его гражданских и моральных обязанностях. Апелляционные суды могут быть местом обсуждения, выносящими решения не в меньшей степени, чем законодательные органы, но они выносят свои решения, опираясь на склад мышления, сформированный традициями и опытом юристов, и создавая конституционные права, которые могут отражать профессиональную предвзятость, например, тягу к тщательно разработанным, но слишком затратным процессуальным правам. В руках юристов конституционное право теряет большую часть своего вдохновляющего потенциала, превращаясь в мешанину частных случаев, лишенную концептуального или риторического единства («тонкая» Конституция, обеспечением которой судьи не занимаются, может быть более эффективным средством воспитания гражданской религии.) Нет достаточных свидетельств того, что люди ориентируются в нравственном и идеологическом отношении на решения судов<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> См., например: *Klarman M.J. The Plessy Era // Supreme Court Review. 1998. Vol. 303. P. 391–392.*

Более убедителен аргумент о том, что возможность судебного толкования защищает суть Конституции от посягательств. Совершение явных нарушений маловероятно, или же, когда они совершаются, они едва ли породят апелляции, которые дойдут до Верховного суда. В результате проявляется смещение отбора: дела, «отбираемые» для рассмотрения Верховным судом, обычно находятся на рубежах права, и поэтому среди них преобладают те, в отношении которых в Конституции нет ясности, что поощряет судебную дискрецию. Тяжбы на рубежах защищают от посягательств на права, составляющие суть Конституции.

Еще один аргумент состоит в том, что, даже если Конституция дает судьям мало подсказок, их право отменять действия других ветвей власти защищает свободу, поскольку препятствует чрезмерной централизации власти. Этот аргумент тесно связан с предыдущим, поскольку оба подразумевают, что возможность судебного толкования защищает свободу американцев. Это предположение трудно проверить. Мы не можем заново запустить историю, исключив из нее судебное толкование, и подсчитать количество посягательств на свободу, которые произошли бы при этом гипотетическом режиме, но были бы предотвращены судебным толкованием. Такие посягательства имели место, невзирая на судебное толкование, и вполне вероятно, что без него их, действительно, было бы больше. Но подобно тому, как собака лает громче, когда сидит в безопасности за забором, законодательные органы с большей вероятностью примут неконституционные законы, когда знают, что суды все равно их отклонят. Потому что в этом случае группа с особыми интересами, лоббировавшая закон, безо всякого ущерба засчитает законодателям попытку его провести. Пример импичмента показывает, что законодательный орган не решается совершать открытые нарушения Конституции, когда вероятность их исправления судом мала, за исключением случаев, когда общественное давление, подталкивающее к нарушению Конституции, очень велико, как было, например, когда Линкольн приостановил действие *habeas corpus* или когда Конгресс и законодательные органы штатов брались за борьбу с экстремистскими высказываниями сразу по окончании мировых войн. Другие примеры — переселение американцев японского происхождения во время Второй мировой войны, принятие закона о контроле над оружием, несмотря на право на ношение оружия, прописанное во Второй поправке, и многократное нарушение, последний раз во время военной кампании в Косово, исключительного права Конгресса на объявление войны. Но в этих случаях суды либо игнорируются, как в случае отказа Линкольна исполнять распоряжение Верховного судьи Тейни о *habeas corpus*, либо они сами уклоняются, как

во всех остальных примерах, свободно толкуя Конституцию, или как в случае с объявлением войны, отказываясь принять к рассмотрению конституционную жалобу.

Другой аргумент в защиту судебного толкования: суды, в особенности федеральные, с их невыборными судьями, пожизненно пребывающими в должности, несмотря на несомненные ограничения в некоторых отношениях их возможностей, имеют важные преимущества перед обычными законодателями. Они в целом защищены от политического давления, которому подвергается законодательный орган, а это давление порой отражает эгоистические или местнические интересы, опасные эмоции, невежество, иррациональные страхи и предубеждения. Эта защищенность, вместе с традициями и обычаями судейской профессии и тем фактом, что федеральных судей отбирают в соответствии с их компетентностью и неподкупностью, дает им способность к непредвзятому и мудрому осмыслению вопросов политики, что является ценным дополнением к рассмотрению тех же вопросов обычными законодателями.

Более того, обычное законотворчество имеет ряд врожденных недостатков, затрудняющих эффективное функционирование демократического правления, которые могут исправить только суды. Самый яркий пример — неготовность депутатов, избранных в рамках системы, страдающей от представительской диспропорции, исправить эти самые диспропорции; законодатели, которым эти диспропорции выгодны, будут всеми силами сопротивляться их исправлению. Официальные лица могут пытаться закрепить свои позиции путем принятия законов, запрещающих «несправедливую» критику официальных лиц; действующие законодатели могут пытаться помешать своим соперникам финансировать кампанию или обеспечивать себе место в избирательном бюллетене; непопулярные меньшинства могут столкнуться с нехваткой влияния, позволяющего отклонить дискриминационный закон; а сама инерция законодательного процесса — тот факт, что закон так же трудно отменить, как и принять новый<sup>25</sup> — позволяет многим устаревшим законам оставаться в силе и порой причинять вред. Система старшинства в Конгрессе в сочетании с преобладанием Демократической партии в южных штатах дала конгрессменам и сенаторам с Юга возможность вплоть до 1960-х годов блокировать закон о гражданских правах, который активно поддерживало большинство американцев. Результатом стал законодательный тупик, из которого могли вывести только федеральные суды, обладавшие правом судебного толкования.

<sup>25</sup> Часто это сложнее, потому что законодательство сформировало или усилило группу заинтересованных лиц, которые очень хотят его сохранения.

Джон Харт Илай, меняясь ролями с теми, кто считает, что судебное толкование антидемократично, заявляет, что судебное толкование делает управление *более* демократическим<sup>26</sup>. Джереми Уолдрон указывает в ответ, что, когда демократический вопрос разрешается недемократичным образом, например судом, применяющим свое право судебного толкования, от этого страдает самоуправление, даже если суд правильно понял этот вопрос. Но этот ответ растворяется в двусмысленности термина «демократический». Предположим, Конгресс проголосовал за предоставление права голоса только тем, кто имеет собственный капитал не менее 1 млн долл. «Демократический» характер подобного Конгресса, избранного таким ограниченным голосованием, нельзя обосновывать ссылкой на то, что ограничение было принято демократическим путем. Нет общепринятой теории того, какие конкретные правила и институты, относящиеся к голосованию, распределению избирательных округов, законодательным процедурам, профессионализму законодателей, частоте проведения выборов и т.д., необходимы, чтобы продукт законодательной деятельности был «демократическим». Когда законодатели избираются в округах, а не на общенациональных выборах, законодательные органы могут не отражать предпочтения большинства, и это даже без учета того, что группы с особыми интересами могут подрывать демократический процесс; большинство избирателей в большинстве округов выберет большинство законодателей, хотя большинство большинства может легко оказаться меньшинством (например, 60% от 60% — всего 36%). И даже если оставить в стороне вопрос о представительстве, нам не следует рисовать себе слишком радужную картину законодательного процесса. Уолдрон говорит, что это не «ожесточенная борьба за личную выгоду» [Waldron, 1999, p. 304], но скорее «шумный спектакль, в котором благородные мужчины и женщины страстно и громогласно спорят о том, какие права у нас есть, чего требует справедливость и что есть общее благо, будучи мотивированы в своих разногласиях не собственной выгодой, а желанием сделать все правильно» [Ibid., p. 305]. Это столь же нереалистическая картина законодательной власти, как и взгляд сквозь розовые очки на суды. Истина где-то между двумя этими полюсами и, вероятно, ближе к первому. Точно так же не следует считать очевидным то, что люди разных взглядов «способны объединять эти взгляды, чтобы находить решения лучше тех, что каждый из них нашел бы в одиночку» [Ibid., p. 72]. Это высказывание опровергается реалистическим взглядом, который неявно следует из того, что Уолдрон говорит об ограниченной

<sup>26</sup> См. примеч. 10 выше и сопровождающий его текст.

способности разума преодолевать фундаментальные разногласия, потому что тогда обсуждение среди людей, имеющих такие разногласия, будет приводить скорее к их усилению. Мы увидим эмпирические доказательства этого в гл. XI.

Учитывая доводы *в пользу* судебного толкования, теоретический аргумент против него может быть сочтен неубедительным. Это эмпирический вопрос, и его эмпирическое решение было отложено, отчасти из-за потери интереса политологов к праву, но главным образом из-за умозрительного характера его объяснения как продукта исторического развития, не подкрепленного фактами (подробнее об этом см. в гл. I и V). Мы знаем, что *сделал* Верховный суд, но мы не знаем, что *делала бы* законодательная власть, если бы Верховный суд отказался от своего права на судебное толкование. Мы можем высказать несколько неплохих догадок. Официальная расовая сегрегация государственных школ на Юге не закончилась бы так быстро, если бы Верховный суд не принял решение по делу «Браун против совета по образованию», хотя она наверняка прекратилась бы много лет назад. Для многих законодательных органов была бы до сих пор характерна представительская диспропорция, если бы не дело «Бейкер против Карра» и последующие дела. Коннектикут и Массачусетс сохраняли бы, по крайней мере какое-то время, законы, запрещающие продажу контрацептивов, если бы не решение Суда, лишившее эти законы юридической силы. Ряд штатов до сих пор имел бы крайне строгие законы об абортгах. То, что объединяет эти примеры и что дает возможность надежного предсказания, не подкрепленного фактами, — это использование новых конституционных принципов для отмены издавна существующих законов. Когда эти законы принимались, не было оснований считать их неконституционными. Принявшие их законодатели не были защищены судебным толкованием от последствий своих действий и не усомнились бы в своих действиях из-за страха быть обвиненными в нарушении Конституции. Таким образом, законы все равно были бы приняты, в то время и в той форме, в какой они были приняты, даже в отсутствие возможности судебного толкования, и — благодаря простой инерции законодательного процесса — они бы просуществовали дольше, в некоторых случаях намного дольше, если бы Верховный суд не воспользовался своим правом их отменить.

Неясные случаи — те, в которых закон проходил вопреки Конституции, например, отмененные Верховным судом федеральные законы, запрещавшие сожжение американского флага. Мы не знаем, принимал бы Конгресс столь же сомнительные с конституционной точки зрения законы, если бы не было возможности судебного толкования. Оппозиция

внутри Конгресса была бы сильнее, если бы оппоненты не имели второй линии обороны — а именно судов.

Можно изучить случаи, в которых судебное толкование, как кажется, имело важное значение, и спросить, действительно ли с учетом всех факторов эти дела улучшили жизнь страны в некотором смысле, с которым все бы из нас могли согласиться. Это было бы обширное предприятие, кроме того, оно привело бы к настораживающему, даже сбивающему с толку переключению внимания с правовых последствий на практические. Дело «Браун против совета по образованию» было вехой в области права и с точки зрения принципов — триумфом просвещенной социальной политики. Но с точки зрения последствий это решение не столь важно, может быть, даже второстепенно. Сегрегация была отменена лишь в небольшом количестве школ — произошло лишь незначительное укрепление прав меньшинств любого рода — пока в 1960-х годах не были приняты антидискриминационные законы. А это законодательство, по всей видимости, обязано гораздо больше неправовому движению за гражданские права (движению гражданского неповиновения) под руководством Мартина Лютера Кинга, чем каким бы то ни было словам или делам Верховного суда. Конечно, дело Брауна кое-что, возможно даже немало, сделало для того, чтобы вдохновить чернокожих южан и их сторонников на Севере сделать следующий шаг к равноправию; но это тоже всего лишь догадки. Некоторые исследователи этого периода полагают, что раздраженная реакция Юга на дело Брауна заставила северян с большим сочувствием отнестись к движению за гражданские права, чем если бы такой реакции не было<sup>27</sup>. Если это верно, данное убеждение демонстрирует работу закона непреднамеренных последствий — а чем более могущественным представляется *этот* «закон», тем меньше суд будет уверен в том, что его чересчур активная позиция приведет к благоприятным последствиям. Случайное судебное вмешательство, с применением ограниченных средств социального реформирования, имеющихся у судов, в сложные социальные или политические споры часто приводит к непреднамеренным последствиям. Среди недавних примеров можно указать частичную отмену Верховным судом законов о финансировании федеральных избирательных кампаний<sup>28</sup>, создавшую парадоксальную ситуацию: богатый человек может потратить неограниченную сумму денег на выдвижение собственной кандидатуры, но может пожертвовать всего 1000 долл. кандидату, который,

<sup>27</sup> *Tushnet M. Taking the Constitution Away... P. 146.*

<sup>28</sup> См.: *Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1, 1976 (per curiam).*

скорее всего, больше подходит на должность; другой пример — признание юридической силы закона о независимом консалтинге<sup>29</sup>, действие которого сегодня, к счастью, уже истекло, но который сделал невозможным импичмент Клинтону.

Как показывает книга Уильяма Эскриджа об отношении к гомосексуалистам в американском законодательстве, их продвижение к получению статуса полноправного гражданина, как и в случае других непопулярных групп, больше зависело от их собственных усилий и от действия глубоких общественных сил, а не от конституционного права. Суды не спешили признавать права гомосексуалистов, хотя, применяя к гомосексуалистам положение о праве на равную защиту со стороны закона (включая конституционный закон), они помогали делу равноправия<sup>30</sup>. Движение за права женщин тоже, как представляется, мало чем обязано Верховному суду (или другим судам), который открыл для себя конституционное право на равенство полов только тогда, когда движение было уже в полном разгаре, и гораздо больше обязано изменениям роли женщины в обществе, вызванным технологическими причинами — улучшением методов контрацепции, снижением детской смертности, совершенствованием бытовой техники, облегчающей домашний труд, и уменьшением значения физической силы на рынке труда. Дело «Роу против Уэйда», без сомнения, привело к росту числа аборт, но, возможно, не очень значительному — доля легальных аборт быстро росла уже в момент рассмотрения этого дела<sup>31</sup>. Кроме того, это дело спровоцировало движение «право на жизнь», которому удалось добиться отмены финансирования аборт из федерального бюджета и запугать многих врачей, проводивших аборт. И даже если дело «Роу против Уэйда» привело к увеличению числа аборт, никто не может с уверенностью сказать, хорошо это или плохо, что у нас так много аборт.

В те периоды, когда конституционные ценности подвергались серьезной угрозе, Верховный суд был склонен отходить на задний план, а в другие моменты — сегодня, например — принимаемым им конституционным мерам не хватает тематического единства и последовательности. В наши дни Верховный суд наобум вставляет палки в колеса экспери-

<sup>29</sup> См.: *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654, 1988, обсуждается в: *Posner R.A. An Affair of State*. P. 217–225, 227–230.

<sup>30</sup> См.: *Eskridge W.N., Jr. Gaylaw*. Ch. 3.

<sup>31</sup> *Rosenberg G. The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change?* 1991. P. 178–180. Розенберг — один из немногих современных политологов, кто производил длительный эмпирический анализ важной стадии развития американской правовой системы.

ментальным решениям социальных проблем, будь то эксперименты по запрету пропаганды ненависти и непристойности в Интернете; требования к регистрации по месту жительства, призванные перекрыть приток неимущих в штаты с хорошей системой социальной поддержки; ограничение сроков пребывания конгрессменов в должности; однопалатное вето на административные нормы; постатейное вето; требование к тюрьмам и другим общественным учреждениям предоставлять религиозным меньшинствам возможность соблюдать свои ритуалы или ограничение роли денег в политических кампаниях. Все это — области, в которых Верховный суд, выступая от имени Конституции, чинил препятствия социальным инициативам. Возможно, эти инициативы плохи, но мы никогда этого не узнаем наверняка, если их подавят еще до того, как станут известны результаты. Может быть, судьям следовало бы подумать над предостережением, которое Изабелла дает Анджело в пьесе «Мера за меру»: «О, это превосходно / Иметь гиганта силу, но тиранство / Ей пользоваться, как гигант»<sup>32</sup>.

Те, кто скептически относится к судебному толкованию, не «доказали», что в конечном счете это плохо, или даже что это хорошо. Что они показали, так это то, сколь мало нам известно об этой важной практике американской правовой системы — и, как следствие, о самой системе в целом. Возможно, нам нужна такая книга, как эта, которая бы исследовала возможности других дисциплин, помимо права, чтобы помочь нам понять и улучшить правовую систему.

<sup>32</sup> Шекспир У. Мера за меру / пер. М.А. Зенкевича. М.: Эксмо-Пресс, 1999. С. 89.

# ЭКОНОМИКА

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ



# І. Право и экономика: от Бентама к Беккеру

Самая передовая междисциплинарная область правовых исследований — это экономический анализ права, или, как ее чаще всего называют, «право и экономика». Ректор Йельской школы права, критик экономико-правового движения, называет его тем не менее «важнейшей живительной силой в американской правовой мысли» и утверждает, что оно «по-прежнему остается единственной наиболее влиятельной школой в этой стране»<sup>1</sup>. Всеобъемлющий анализ этой области выходит за рамки данного исследования, кроме того, его можно найти и в других работах<sup>2</sup>. Я попытаюсь в этой части дать краткое описание данной области, ссылаясь на двух ее прославленных основоположников, Джереми Бентама и (в меньшей мере) Гэри Беккера, которых разделяют почти два столетия, но объединяет идея общей экономической модели поведения человека; в следующей главе я покажу, как экономика может объяснить одну из областей права, которая кажется особенно далекой от экономики, а именно свободу слова; а в гл. III обращусь к некоторым нормативным проблемам, которые мешают применять экономику к праву. Другие вопросы экономического анализа права рассматриваются в книге позднее, например, экономика владения в гл. VI и экономика процесса в гл. XI и XII. Еще одна задача данной главы — попытаться разобраться с вопросами исторической причинности, которые снова возникают во второй части данной книги. Позвольте мне начать с этих вопросов.

Вопрос о влиянии Бентама на экономико-правовое движение особенно сложен, хотя и касается лишь малой части его обширного наследия по вопросам юридической мысли и практики<sup>3</sup>. Он сложен, потому что

<sup>1</sup> Remarks of Anthony T. Kronman at the Second Driker Forum for Excellence in the Law // *Wayne Law Review*. 1995. Vol. 42. No. 115. P. 160.

<sup>2</sup> *Posner R.A. Economic Analysis of Law*. 5th ed. 1998.

<sup>3</sup> По этому вопросу см., например: *Jeremy Bentham and the Law: A Symposium* / G.W. Keeton, G. Schwarzenberger (eds). 1948; *Dorsey G.L. The Influence of Benthamism on Law Reform in England* // *St. Louis University Law Journal*. 1968. Vol. 13. P. 11; *King P.J. Utilitarian Jurisprudence in America: The Influence of Bentham and Austin on American Legal Thought in the Nineteenth Century*. 1986. Ch. 2–5. Я нашел только одно предшествующее обсуждение связи Бентама с

трудно определить влияние, в особенности, когда необходимо рассматривать длительный промежуток времени. Экономико-правовое движение в его более или менее современной форме сложилось в период 1958–1973 гг. Первая дата — год, когда вышел первый номер «The Journal of Law and Economics», а вторая — дата первой публикации моей книги «Экономический анализ права». До того как начал издаваться «The Journal of Law and Economics», экономико-правового движения, можно сказать, не существовало; после того как была опубликована моя книга, его существование стало невозможно отрицать, хотя о нем можно было сожалеть. Если нужно выбрать какой-то один год как точку отсчета движения, это был бы 1968 г., в том числе по причине, которая связана, хотя и очень отдаленно, с Бентамом. В 1968 г. исполнилось 136 лет со дня смерти Бентама.

Я должен провести различие между двумя значениями слова «влияние». Одно, которое я буду называть «вдохновляющей идеей», отсылает к ситуации, в которой идею (если мы говорим о влиянии идей человека), выдвинутую одним человеком (назовем его *A*), подхватывает *B*, *перенимая* ее у *A*, и использует ее. Важно то, что *B* действительно получил идею от *A*, а не открыл ее самостоятельно или позаимствовал у кого-то еще, кто взял ее не у *A*. Второй смысл «влияния», который я буду называть «причиной», относится к ситуации, в которой *B* не использовал бы идею, если бы *A* ее никогда не выдвинул. *B* может вдохновляться *A* в том смысле, что он получил идею от него, и тем не менее могло так случиться, что, если бы *A* никогда не родился, *B* получил бы ту же самую идею от кого-то другого, кто открыл бы или изобрел ее, даже если бы *A* никогда не существовал, — открыл бы ее позднее, но до того времени, в котором живет *B*. Чем длиннее промежуток времени между *A* и *B*, тем больше вероятность того, что это произойдет.

Вдохновляющую идею определить гораздо легче, чем то, что я называю причиной, потому что это определение не требует размышлений о противоречии фактам. Оно может быть легко определено по записям или заявлениям *B* или его знакомых либо при помощи своего рода доказательств, лежащих в самом документе (поразительное сходство, объяснимое только предположением о копировании), использующихся во многих делах об авторском праве для определения того, не копировало ли позднее произведение более раннее.

---

экономико-правовым движением: *Strowel A. Utilitarisme et approche economique dans la theorie du droit: autour de Bentham et de Posner // Revue interdisciplinaire d'etudes juridiques. 1987. Vol. 18. No. 1.* Это, в основном, сравнение моих взглядов со взглядами Бентама, и в нем не говорится о влиянии Бентама.

Историки зачастую упускают из виду различие между вдохновляющей идеей и причиной, хотя его и можно считать фундаментальным для такой профессии, как история; так, например, поступил выдающийся историк Уильям Макнил в следующем отрывке: если бы ассирийская армия захватила Иерусалим в 701 г. до н.э. и выслала его жителей, «иудаизм исчез бы с лица земли, и две его дочерние религии, христианство и ислам никогда, возможно, не появились бы. Короче говоря, наш мир был бы совершенно иным, таким, каким мы даже не можем себе его представить»<sup>4</sup>. Иудаизм был вдохновляющей идеей для христианства и ислама в том смысле, что эти две религии многое из него позаимствовали, но из этого не следует, что, если бы иудаизм исчез в VIII в. или никогда не существовал, христианство и ислам в том виде, в котором эти религии нам известны, никогда бы не родились и не получили развития именно в той форме и в то время, когда они появились. Потому что они возникли как реакция на действие мощных сил, а в религии, как и в случае рынка, спрос обычно рождает предложение.

Было бы очень трудно установить причинную связь между Бентамом и событием — зарождением экономико-правового движения, — которое произошло почти полтора столетия спустя после его смерти. Но я думаю, что можно показать, что он был одним из его вдохновителей.

То, что экономика связана с правом, было известно еще со времен обсуждения собственности Гоббсом в XVII столетии. И Давид Юм, и Адам Смит обсуждали экономическую функцию права<sup>5</sup>. Еще в 1930-е годы несколько областей права, главным образом антимонопольное законодательство и регулирование предприятий коммунального хозяйства, которые напрямую имеют дело с конкуренцией и монополией, привлекали неослабевающее внимание ведущих английских и американских экономистов. (Конкуренция и монополия привлекали к себе внимание экономистов со времен Адама Смита; отсюда характеристика «неослабевающее».) Задним числом можно распознать и другую обширную экономическую литературу, занимавшуюся другими областями права, в частности, работу Роберта Хейла о договорном праве, которая также датируется 1930-ми годами<sup>6</sup>. Но

<sup>4</sup> *McNeill W.H.* The Greatest Might-Have-Been of All // *New York Review of Books*. 1999. Sept. 23. P. 62.

<sup>5</sup> Как подчеркивается в: *Rowley Ch.K.* Law-and-Economics from the Perspective of Economics // *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Vol. 2 / P. Newman (ed.). 1998. P. 474–476.

<sup>6</sup> *Fried B.* The Progressive Assault on Laissez Faire: Robert Hale and the First Law and Economics Movement. 1998; *Ayres I.* Discrediting the Free Market // *University of Chicago Law Review*. 1999. Vol. 66. P. 273.

даже после того, как в 1958 г. начал выходить «The Journal of Law and Economics», экономико-правовое движение, если и было как-то заметно, ассоциировалось прежде всего с изучением конкуренции и монополии, хотя время от времени оно и осуществляло вторжение в налогообложение (Генри Саймонс), корпоративное право (Генри Манне) и даже патентное законодательство (Арнольд Плант); а если вернуться в XVIII столетие, то там был в основном забытый утилитаристский, т.е., по сути дела, экономический, анализ Бентамом преступлений и наказаний, к которому мы вскоре обратимся. Только в 1961 г., когда была опубликована статья Рональда Коуза о социальных издержках<sup>7</sup> и примерно в это же время первая статья Гвидо Калабреззи о деликтах<sup>8</sup>, экономическая теория общего права стала сколько-нибудь заметна. Когда в 1968 г. Гэри Беккер опубликовал статью о преступности<sup>9</sup>, воскресив Бентама и усовершенствовав его, стало казаться, что нет такой области права, которую нельзя было бы рассмотреть сквозь призму экономики и получить разъясняющие ее результаты. И, конечно же, несколько лет спустя начали появляться работы по экономике договорного права, гражданскому и уголовному процессу, собственности, защите потребителя и другим областям, новым для экономистов, и стал различим черновой вариант сложившейся области исследований. Позднее в книгах и статьях экономический анализ распространится на такие сферы, как трудовое законодательство, морское право, интеллектуальная собственность, семейное право, законы об охране окружающей среды, административное право, коллизионное право и поведение судей — и это еще далеко не полный перечень. Расширению области применения экономического анализа права способствовало растущее применение экономической модели рационального выбора к нерыночному поведению. Позднее охват и глубина экономического подхода к праву были увеличены благодаря достижениям теории игр, теории сигналов и экономики нерационального поведения («поведенческая экономика»), с которыми мы еще встретимся в последующих главах.

У экономического анализа права есть и позитивные (т.е. описательные), и нормативные аспекты. Он пытается объяснить и предсказать

<sup>7</sup> Coase R.H. The Problem of Social Cost // Journal of Law and Economics. 1960. Vol. 3. P. 1 [на самом деле номер опубликован в 1961 г.].

<sup>8</sup> Calabresi G. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts // Yale Law Journal. 1961. Vol. 70. P. 499.

<sup>9</sup> Becker G.S. Crime and Punishment: An Economic Approach // Journal of Political Economy. 1968. Vol. 16. P. 169 (переиздано в: The Essence of Becker / R. Febrero, P.S. Schwartz (eds). 1995).

поведение участников правовой системы и даже доктринальную, процессуальную и институциональную структуры системы. Но он также пытается усовершенствовать право, указав на те аспекты действующих или предлагаемых законов, которые могут иметь непреднамеренные или нежелательные последствия, предложить практические реформы. Это не просто затея, придуманная в башне из слоновой кости, особенно в США, где экономико-правовое движение оказало влияние на реформирование таких областей, как антимонопольное законодательство, регулирование предприятий коммунального хозяйства и общественных перевозчиков, законодательство об охране окружающей среды, расчет убытков в исках о причинении вреда жизни и здоровью, регулирование рынков ценных бумаг, разработка федерального руководства по вынесению приговоров, раздел имущества и расчет алиментов в делах о разводе, наконец, закон, регулирующий инвестиции пенсионных фондов и других доверительных собственников. Движение за дерегулирование и повышение респектабельности идеологии свободного рынка в целом кое-чем обязано экономико-правовому движению.

Неэкономисты склонны ассоциировать экономику с деньгами, капитализмом, эгоизмом, редуccionистским и нереалистическим представлением о человеческой мотивации и поведении, пугающим математическим аппаратом и склонностью к циничным, пессимистическим и консервативным выводам. Она заслужила прозвище «мрачной науки» из-за тезиса Томаса Мальтуса о том, что голод, война и половое воздержание — единственный способ уравновесить численность населения и запасы продовольствия. Но суть экономики совсем в ином. Она чрезвычайно проста, хотя эта простота обманчива. Простое может быть искусным, может противоречить здравому смыслу; его противоположное значение — «сложность», а не «трудность».

Экономический анализ по большей части сводится к отслеживанию последствий предположения о том, что люди рациональны в своих социальных взаимодействиях. В случае тех видов деятельности, которые интересуют право, эти люди могут быть преступниками, прокурорами или сторонами в иске о несчастном случае, налогоплательщиками или сборщиками налогов, бастующими рабочими — или даже студентами-юристами. Студенты относятся к оценкам как к ценам, так что если университетская администрация не вмешивается, непопулярные профессора, чтобы стимулировать посещение своих занятий, порой могут компенсировать студентам слишком низкую ценность курса тем, что ставят более высокие оценки, *то есть* поднимая цену, которую профессор платит за каждого студента.

Я сказал, что отслеживание экономистами последствий какой-то практики или политики одновременно и искусно, и просто, и вот пример этого<sup>10</sup>. «Траст для растратчиков» — распространенная форма траста, которая не разрешает доверителю расплачиваться деньгами или другим имуществом, находящимся в доверительном управлении, с кредиторами бенефициаров данного траста. Соблюдение этого ограничения гарантируется законом. Тем не менее многим изучающим право это установление кажется обманом кредиторов; потому что бенефициар траста, если допустить, что все его состояние находится в таком трасте, может набирать кредитов, сколько ему вздумается, тратить их, и по закону его нельзя заставить вернуть деньги кредиторам. Но экономика подсказывает противоположный вывод: при условии, что информация о том, что кредиторы не могут трогать имущество, находящееся в трасте, не скрывается, такой траст *ограничивает* займы своего бенефициара, потому что тот не может предоставить своему кредитору гарантии по кредиту; таким образом, он не может дать надежное обязательство вернуть кредит. Отсюда только один шаг к тому, чтобы понять, почему увеличение прав должников при банкротстве не ведет к резкому росту необеспеченных займов, но, наоборот, может его сократить, равно как и долю банкротств, поскольку кредиторы вынуждены давать рискованным заемщикам более мелкие займы. Поэтому кредиторы могут возражать против слишком простой процедуры банкротства не из страха, что будет больше дефолтов, но потому что боятся сокращения объема заимствований. (Просто представьте, насколько меньше будет займов, если заемщики не обязаны будут их возвращать.) Заметьте также, что тяжелый удар по кредиторам наносят не только слишком мягкие, но и слишком строгие правила банкротства: если бы кредиторы, как в римском праве, имели право по закону разрезать разорившегося должника на части по числу кредиторов, процент дефолта по кредитам был бы очень мал, но люди боялись бы брать займы. Теперь можно понять, почему бандиты, заставляя должников возвращать деньги, ломают им ноги, но не убивают.

Это обсуждение иллюстрирует два тесно связанных друг с другом преимущества экономического подхода к праву. Во-первых, он предлагает нейтральную точку зрения на правовые вопросы, вызывающие политические разногласия. Традиционно ученые, изучающие банкротства, были склонны вставать на сторону либо должников, либо кредиторов

<sup>10</sup> Основано на: *Posner R.A. Economic Analysis of Law. P. 560–561; Hirsch A.J. Spendthrift Trusts and Public Policy: Economic and Cognitive Perspectives // Washington University Law Quarterly. 1995. Vol. 73. P. 1.*

(и потому курсы, посвященные банкротству, назывались «Права должников» или «Средства защиты кредиторов», либо просто «Банкротство»). Экономисты не становятся на чью-либо сторону, они выступают исключительно за эффективность. Во-вторых, экономический подход часто разрешает противоречия, вызывающие споры, в данном случае демонстрируя взаимосвязь интересов должников и кредиторов.

Рациональность предполагает принятие решений, а люди часто вынуждены принимать их в условиях полной неопределенности. Рассмотрим вопрос о том, в какой мере рациональный человек должен заботиться о том, чтобы избежать несчастного случая. Несчастный случай произойдет с вероятностью  $P$  и повлечет за собой издержки, которые я обозначу как  $L$ , убыток (*loss*), тогда как исключение вероятности такого несчастного случая повлечет издержки для его возможного виновника, которые я обозначу как  $B$ , т.е. бремя (*burden*). Затраты на то, чтобы избежать несчастного случая, будут меньше, чем ожидаемые издержки несчастного случая (или выгода от уклонения от него), если  $B$  меньше, чем  $L$  дисконтированное (умноженное) по  $P$  или  $B < PL$ <sup>11</sup>. В этом случае, если потенциальный виновник не принял мер предосторожности (возможно, потому что не считал, что издержки для жертвы несчастного случая станут издержками для него самого) и несчастный случай произошел, он совершенно справедливо считается виновным. Это формулировка небрежности, представленная судьей Лернедом Хэндом в решении суда в 1942 г.<sup>12</sup>, но признанная в качестве *экономической* формулировки только много лет спустя. Формула проста, но ее объяснение и применение к конкретным доктринам в деликтном праве породило огромную разъясняющую литературу. Хэнд не был экономистом и предложил формулировку для решения судебного дела. Это пример распространенного изоморфизма правовых теорий и экономических принципов; последние часто могут использоваться для прояснения и совершенствования первых.

Заметим, что виновник мог проявить небрежность, даже если вероятность несчастного случая была бы очень низка, потому что  $B$  может быть очень низким, а  $L$  — очень высоким. Заметим также, что  $B$  может обозначать не только затраты потенциального виновника на принятие мер предосторожности, но также и его издержки из-за сокращения производства или какой-либо другой деятельности как альтернативного способа избежать причинения вреда людям. Это дает нам ключ к по-

<sup>11</sup> Я абстрагируюсь от осложнений, которые вводятся, если допустить, что потенциальный причинитель вреда или потенциальная жертва не склонны к риску или, наоборот, склонны рисковать, а не относятся к риску нейтрально.

<sup>12</sup> *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 E2d 169 (2d Cir. 1947).

ниманию роли строгой ответственности в праве. Если человек держал у себя на заднем дворе тигра в целях самозащиты, а тигр сбежал и откусил соседу голову, это будет случай с низкой  $P$  и высоким  $L$ , а также высоким  $B$ , если человек не мог принять более тщательные меры предосторожности, чтобы тигр не сбежал. Но  $B$  может быть низким, если рассматривать его как цену того, чтобы вообще обойтись без тигра, заменив его другим способом самозащиты; и фактически так и происходит, когда устанавливается строгая ответственность с целью заставить потенциальных причинителей вреда задуматься о внесении изменений в характер или масштаб их деятельности.

Я обсуждал неумышленно причиненный вред, но формула Хэнда подходит и к умышленному нанесению вреда, если всего лишь поставить перед  $B$  знак минуса. Это отражает случай, в котором виновник, вместо того чтобы тратить ресурсы на избежание причинения вреда (положительное  $B$ ), тратит их на причинение вреда, так что на самом деле он сэкономял бы ресурсы, если бы не причинил вреда (отрицательное  $B$ ). Поскольку  $PL$  всегда будет выше отрицательного  $B$ , по всей видимости, умышленный вред, в отличие от неумышленного, должен предполагаться незаконным. Чуть менее очевидно то, что не всегда в предотвращении умышленного вреда следует полагаться исключительно на деликтную систему. Человек, тратящий ресурсы на то, чтобы причинять вред, скорее всего, предвкушает существенную выгоду, материальную или нематериальную, от успеха этой деятельности; кроме того, он, вполне вероятно, принял меры для того, чтобы его не обнаружили. С учетом всего этого, оптимальная санкция для умышленного вреда, скорее всего, будет выше, чем для неумышленного. Например, если будущий причинитель вреда предвидит выгоду  $G$ , а вероятность наказания  $P < 1$ , санкция должна устанавливаться на уровне  $S = G / P$ , чтобы сравниться с ожидаемой им выгодой от причинения вреда и тем самым сделать причинение вреда для него невыгодным. Многие причинители умышленного вреда не могут оплатить оптимальную санкцию, и потому общество вынуждено прибегать к нематериальным санкциям в попытке наложить на причинителя вреда отрицательную полезность, равную или превышающую ожидаемую полезность от причинения вреда. Более того, у многих из тех, кто умышленно причиняет вред, нет активов — возможно, они встали на преступный путь именно для того, чтобы заработать себе на жизнь, — и потому жертвы умышленного причинения вреда часто не имеют стимула подавать иск о причинении вреда. С учетом всего этого, общество, таким образом, нуждается в том, чтобы деликтное право поддерживалось правом уголовным.

Позвольте мне обратиться к двум менее очевидным примерам применения экономического анализа, менее знакомым, чем объяснение экономической рациональности правовых норм и практик. Экономический анализ упрощает правовой анализ, зачастую нарушая доктринальные границы и бросая вызов адвокату или судье, заставляя их защищать свои ценности. Первый пример мы только что видели — соотнесение уголовного права и деликтного, приписывающее первому роль дополнения. Заметьте, как решение в состоянии неопределенности играет решающую роль в обоих анализах. Неопределенность того, что преступник будет пойман, как и неопределенность того, что небрежность приведет к причинению вреда, — критический параметр, определяющий оптимальную санкцию.

В деле «Медицинская компания доктора Майлса против компании Джон Парк и сыновья»<sup>13</sup> решался вопрос законности с точки зрения антимонопольного законодательства контракта, по которому поставщик патентованного лекарственного средства запрещал своим дилерам устанавливать цену на его препараты ниже рекомендованной розничной цены; эта практика называется «поддержание розничной цены». Верховный суд счел эту практику незаконной, указав, что она имеет те же последствия, что и соглашение между дилерами о назначении цены, по которой они будут продавать продукцию компании, т.е. то же воздействие, что и картельный сговор дилеров, который сам по себе является нарушением антимонопольного законодательства. Но было и еще одно следствие, которое суд упустил из виду. Дилеры, которые не могут конкурировать по цене, но все равно могут заработать, если будут продавать больше, будут конкурировать по неценовым аспектам, таким, например, как большие запасы или более осведомленные продавцы, чтобы привлечь больше покупателей. Если эти услуги важны для маркетинговой стратегии производителя, он может использовать поддержание розничной цены, для того чтобы их стимулировать. Потому что, установив минимальную розничную цену, чуть превышающую чистые затраты дилера на продажу, производитель даст дилерам стимул конкурировать друг с другом за дополнительный объем продаж за счет предложения клиентам большего числа услуг. Такая конкуренция превратит прибыль, встроенную в минимальную розничную цену, в улучшение обслуживания в торговой точке — чего и добивается производитель.

Картельный сговор дилеров тоже имел бы такой эффект; члены картеля, каждый из которых хотел бы увеличить свои продажи по картельной цене, потому что эта цена по определению выше затрат, постараются

<sup>13</sup>Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co. 220 U.S. 373 (1911).

ся переманить клиентов у других, предлагая улучшенное обслуживание. Разница в том, что в случае картеля дилер может предлагать услуг *больше*, чем на самом деле хочет клиент, и клиент может предпочесть более низкую цену с меньшим количеством услуг. Если клиент хочет именно этого<sup>14</sup>, поставщик не будет заниматься поддержанием розничных цен, потому что, если он это сделает, его бизнес и прибыли отойдут конкуренту, который не занимается подобной практикой.

Мой следующий пример может показаться далеким от первого. Критики дерегулирования в отрасли авиаперевозок часто указывают на то, что обслуживание на авиалиниях теперь в некотором отношении стало хуже, чем в те дни, когда это была регулируемая отрасль. В самолетах больше народу, меньше места для ног, питание стало хуже. Исчезли, например, пиано-бары на Боингах-747 Американских авиалиний. Именно это и предсказывала экономика. Регулируемая отрасль авиаперевозок была картелем с государственной поддержкой. Высокие цены поддерживались намеренно, и в результате вся конкуренция стала неценовой. Когда авиалинии, наконец, исчерпали все выгоды от картельных цен в форме конкуренции в обслуживании, отрасль созрела для дерегулирования. А когда в итоге была дерегулирована, цены упали, а вместе с ними упало и качество обслуживания, потому что именно этого и хотели потребители, судя по тому, как сильно вырос объем пассажирских перевозок после дерегулирования.

Итак, мы видим, и в этом вся суть дискуссии, что поддержание розничных цен на патентованные лекарственные препараты и дерегулирование авиаперевозок поднимает один и тот же экономический вопрос, вопрос соотношения ценовой и неценовой конкуренции, хотя один пример касается товаров, а другой — услуг; один старый, а другой — новый; и один касается судебной интерпретации антимонопольного законодательства, а другой — законодательной реформы регулирования общественного перевозчика. Подобная ситуация часто встречается в экономическом анализе права. В практиках, институтах и правовых органах, которые кажутся совершенно не связанными друг с другом, если они рассматриваются через призму традиционного правового анализа, обнаруживается один и тот же экономический вопрос. Целые области права оказываются взаимосвязаны, когда рассматриваются через призму экономики. Когда я был студентом юридического факультета, право казалось случайным собранием никак не связанных друг с другом пра-

<sup>14</sup> Точнее, неявный покупатель, но я не буду вдаваться в эти тонкости. См.: Posner R.A. Economic Analysis of Law. P. 321.

вил, процессуальных норм и институтов. Экономика раскрывает глубинную структуру права, которая является весьма логичной.

Рассмотрим знаменитое дело о неумышленном причинении вреда «Экерт против железной дороги Лонг Айленда»<sup>15</sup>. Мужчина увидел ребенка на железнодорожных путях. На него несся поезд, которым управляли с небрежением (это очень важно, как мы сейчас увидим). Мужчина бросился вперед, схватил ребенка и отбросил его в безопасное место, но сам погиб. Должна ли железная дорога нести ответственность перед его наследниками за свою небрежность? Или же следует считать, что спасатель сам взял на себя риск? Этот вопрос деликтного права, но полезно посмотреть на него в категориях права договорного. Если бы издержки заключения договора между железной дорогой и потенциальными спасателями были низкими, а не чрезмерно высокими, поскольку сложно распознать потенциальных спасателей, железная дорога могла бы заключить договор, по которому тот, кто спас человека, попавшего в беду из-за небрежности железной дороги, получит компенсацию, если погибнет или пострадает в ходе спасения, при условии, что он действует разумно. Железная дорога, согласно деликтному праву, будет нести ответственность перед жертвой своей небрежности, если человека не удалось спасти, а, следовательно, потенциальный спасатель принесет ожидаемую выгоду железной дороге, за которую она, предположительно, будет готова заплатить, если издержки не превосходят ожидаемую выгоду.

Это всего лишь «ожидаемая выгода» по двум причинам. У спасателя может быть достаточно альтруистическая мотивация, чтобы прийти на помощь, не ожидая получить за это никакой компенсации; и его попытка может провалиться. В деле Экерта она удалась. Предположим, жизнь ребенка оценивается в ту же сумму, что и жизнь того, кто его спасает, например, в 1 млн (по нынешнему курсу доллара); и предположим еще, что у спасателя есть 10%-й шанс погибнуть в ходе спасения, а у ребенка — нулевой шанс выжить, если его не удастся спасти. Тогда, *ex ante*, т.е. до того, как будет известен исход спасательной операции, железная дорога с готовностью заключила бы договор, о котором я говорил. Ее чистая ожидаемая прибыль составила бы 900 тыс. долл., поскольку в девяти случаях из десяти она бы сэкономила миллион, возмещение ущерба, на который наследники Экерта имели бы право претендовать в этом гипотетическом случае. Это еще один пример того, как решение в условиях неопределенности придает аналитическую целостность множеству разрозненных правовых вопросов.

<sup>15</sup> Eckert v. Long Island R.R. 43 N.Y. 502 (1871).

Аналитический прием, основанный на воображаемом исходе при заключении договора без издержек, — это наследие знаменитой статьи Коуза о социальных издержках. Вспомним обсуждение теоремы Коуза во введении. Анализ по Коузу устанавливает два набора тесно связанных друг с другом задач для права, если право рассматривается как способ поддержки эффективного размещения ресурсов: минимизировать издержки транзакции, например, четко определив права собственности и наделив ими тех, кто будет их ценить больше других (чтобы минимизировать случаи дорогостоящих переговоров в отношении первоначального законодательного наделения правами); затем, если издержки транзакции оказываются слишком высокими, осуществить размещение ресурсов таким образом, чтобы оно соответствовало размещению ресурсов в случае нулевых издержек, поскольку это и есть эффективное их размещение.

Значение, которое теорема Коуза придает различию ситуаций с низкими и высокими транзакционными издержками, показывает, как экономический анализ разрушают прежние границы права, и вот еще более экзотический пример: использование «личности» как организующего экономического принципа для широкого круга правовых проблем. В 3-м издании Нового международного словаря Вэбстера (*Webster's New International Dictionary*) приводится несколько определений значения слова «личность» (*personality*). Это «качество или состояние того, кто является человеком, а не абстракцией». Это означает «фактически быть индивидуальным человеком». Это «совокупность свойств, которая определяет отдельного индивида, придает ему индивидуальный характер или отличает его от других людей». Это «структура отличительных черт характера индивида, его позиций или склонностей». Это «социальная характеристика, указывающая на умение привлекать внимание, вызывать восхищение, уважение или оказывать влияние посредством личных особенностей». Таким образом, личность обозначает человеческую индивидуальность и (как в последнем значении) стремление к признанию в качестве отдельного, особенного и заслуживающего восхищения индивида. Когда личность не признается, мы получаем анонимность. «Автор», понимаемый как писатель, привносит в свои произведения свою личность, таким образом, противопоставляется «литературному негру», который пытается (или пытался — потому что практика меняется) скрыть свою личность.

Понятие личности занимает центральное место в законе о защите авторских прав и в том варианте их защиты, только сейчас получившем распространение в американском праве, который фигурирует под названием «моральное право». Копирование может быть способом причи-

нения вреда или присвоения личности; плагиат и подделка — понятия, которые используются в праве, чтобы ограничить копирование в интересах защиты личности. Личность также начинает часто упоминаться в законодательстве о товарных знаках, как только мы понимаем, что фирма или другой институт, подобно человеку, могут также иметь личность. У фирменного продукта есть личность; у немарочной версии продукта ее нет. Личность также занимает центральное место в праве на неприкосновенность частной жизни, в особенности, но не только, в его подразделе, посвященном праву, называемому «правом на публичность», — например, праву знаменитости контролировать использование своего имени или изображения в рекламных или других коммерческих целях. Личность также фигурирует в спорах о праве владения произведением искусства, отчасти из-за мотивов приобретения искусства, которые включают в себя демонстрацию вкусов и других аспектов личности владельца, и отчасти из-за важности происхождения произведения искусства для его оценки там, где происхождение обычно означает личность художника.

В прошедшие столетия наблюдался устойчивый рост того, что можно было бы назвать «культом личности», если бы не возникали неудачные ассоциации с бывшими коммунистическими странами. Анонимное авторство, не только книг, но и журнальных и газетных статей, а также произведений искусства уменьшилось до такой степени, что сегодня имя литературного «негра» может появиться под именем (номинального) автора, а комментарии студентов в юридических журналах могут быть подписаны их именами (еще 30 лет назад — неслыханная практика), сколь бы сильно это произведение ни было отредактировано. Авторский кинематограф добился определенных успехов в признании режиссера фильма его автором, тогда как признание вклада в книгу или в другой творческий проект тех, кто читал ее черновики, редакторов, членов семьи, секретарей и другого офисного персонала все чаще становится нормой и даже приобретает обязательный характер в некоторых видах произведений, что лишь на первый взгляд может показаться странным. Подчеркнуто научные работы все чаще включают в себя крупницы автобиографии. Фирменные продукты — это относительно недавнее явление. Параллельно со всеми этими изменениями происходит усиление законных прав на личность.

Это движение в общественной практике и в праве (право в данном случае, как предполагается, одновременно и отражает, и способствует изменениям в практике) осуждалось левыми как проявление идеологии «собственнического индивидуализма», в которой достижение рассматривается как продукт индивидуальных устремлений, а не коллективно-

го труда. С этой точки зрения культ личности идет рука об руку с подъемом капитализма. В этом взгляде есть доля истины, но было бы точнее и полезнее связывать растущее общественное и правовое признание личности с изменениями в издержках и выгодах персонализированного, в отличие от анонимного, производства благ, как материальных, так и нематериальных. Первое изменение — размеры рынка. Чем меньше рынок для какого-то продукта, тем легче потребителям установить производителя без опознавательного знака, будь то подпись в случае книги или произведения искусства или фирменный знак в случае менее «креативного» продукта или услуги. Современные, как правило, большие рынки не зря называют «обезличенными». Их обезличенность создает спрос на персонализацию.

Рынок может быть таким маленьким, что производство для него не может окупаться за счет одних только потребителей; производителям может потребоваться частное покровительство или государственная субсидия. Если потребители не платят, они будут меньше заинтересованы в установлении производителя. Более того, чем меньше рынок, тем меньшее значение имеет мотивирование производителей путем предоставления им возможности присваивать большую часть социальных выгод от их труда. Вопреки саркастическому замечанию Сэмюэля Джонсона о том, что только дураки пишут даром, всегда было много талантливых людей, которые писали, сочиняли или рисовали ради личного удовлетворения, а не ради получения денежного дохода. Если спрос на тот или иной класс произведений невелик, усилий внутренне мотивированных производителей может быть достаточно, чтобы его удовлетворить.

Вторая переменная, связанная с первой (размеры рынка), — стоимость информации о качестве товаров и услуг. Эти затраты для многих продуктов выросли, потому что выросло число самих товаров и производителей, увеличилось разнообразие товаров и их сложность, а также усилилась специализация, что сокращает количество информации об устройстве и производстве товаров, которая есть у потребителей. (Потребители больше не делают своих собственных орудий.) Чем выше стоимость информации, тем труднее оценить продукт, а следовательно, тем больше ценность знания о том, кто его произвел. Иными словами, все больше благ сегодня являются тем, что экономисты называют «доверительными товарами» (*credence goods*) — благами, которые покупаются только на основании веры в производителя, а не прямого знания о продукте<sup>16</sup>.

<sup>16</sup>Здесь есть аналогия с понятием «этическая привлекательность» у Аристотеля, т.е. со стремлением говорящего убедить слушателей, что он — честный, осведомленный и надежный человек. Это важный риторический прием, который

Взаимодействие между размером рынка и растущей стоимостью рыночной информации иллюстрирует возросшее значение, которое современные ученые придают вопросам приоритета, оригинальности, количества публикаций, цитированию и другим упоминаниям в опубликованных работах, а также плагиату. Современные академические рынки в основном велики по размерам, поэтому ученым нелегко создать репутацию только в устной форме, они нуждаются в осязаемой оценке их индивидуальности.

Хотя, чем больше рынок и выше стоимость информации, тем больше выгоды от правового признания личности производителя, но не следует пренебрегать затратами на это признание. Они в основном связаны с коллективной природой современного производства, характеристикой, которую несколько затушевал акцент романтиков на гениальности и которая является третьей переменной в развитии и признании личности. Творческий труд существенно, хотя и в степени, которую сам творец может тщательно скрывать, зависит от предшествующих произведений. Чем больше использование предшествующего произведения обременено затратами на трансакции с его создателем, потому что он получил законные права на это произведение, тем выше будут издержки создания произведений в настоящем и в будущем. Это пример сотрудничества между поколениями, но бывает также и сотрудничество с современниками, как, например, при соавторстве или создании мультимедийных произведений, таких как опера или фильм. Здесь тоже усилия по обеспечению защиты личности каждого из участников могут создать огромные трансакционные издержки.

Есть точки соприкосновения между экономическим характером личности и радикальной критикой личности, которая делает акцент на инструментальном или сконструированном, а не «естественном» характере авторства<sup>17</sup>. У каждого текста есть автор; и для простоты давайте

Аристотель пронизательно определял как рассуждение о вопросах, которые не могут быть окончательно разрешены обращением к логике или данным. Риторическое убеждение для Аристотеля — это попытка продать доверительный товар.

<sup>17</sup> См., например: *Foucault M. What Is an Author? // Textual Strategies: Perspectives in Post-Structuralist Criticism / Josué V. Harari (ed.). Ithaca: Cornell University Press, 1979. No. 141* [рус. изд.: *Фуко М. Что такое автор? // Фуко М. Воля к истине. М.: Касталь, 1996*]; *The Construction of Authorship: Textual Appropriation in Law and Literature / M. Woodmansee, P. Jaszi (eds). 1994.* «Автора» не следует ограничивать писателями, это понятие может включать и художника, композитора или другого «творческого» работника, или даже производителя обычных товаров и услуг.

учитывать только тексты, написанные одним человеком. Другой вопрос, должен ли этот человек считаться «автором» и тем самым получать не только правовую защиту в соответствии с законом о копирайте, но также и репутацию, которая укрепит (или ослабит) его способность продавать будущие книги, вызовет интерес к его жизни и мышлению, создаст рынок для его биографии. Он также может получить полномочия толкователя — право определять смысл того, что он написал. И, наоборот, он может стать идеальным объектом для толкования на основе его творчества: о «Гомере» мы знаем только то, что можем извлечь из «Илиады» и «Одиссеи».

Ответ на вопрос о том, следует ли писателя считать автором, зависит от социальных и правовых конвенций, а не от того факта, что писатель написал данный текст. На общество гораздо большее впечатление может произвести вклад издателя, переплетчика или иллюстратора или даже читателей, чем участие собственно автора. Или же оно может счесть само произведение менее важным, чем идеи, которые в нем описаны и которые вполне могут быть позаимствованы у кого-то другого. Точно так же люди могут перестать думать, что «Рембрандт» был полезным способом классификации ряда картин XVII в. И тогда цена на «Рембрандта» не упадет, если выяснится, что картина написана кем-то другим, поскольку саму картину это открытие никак не меняет. Но то, что цена падает, что «Рембрандт» очень сильно обесценивается, как только выясняется, что он написан кем-то другим, говорит о том, что «Рембрандты» — доверительное благо, возможно, потому что нет «объективного» средства, алгоритма определения качества произведения искусства<sup>18</sup>. И здесь мы наталкиваемся на парадокс: культивирование и признание личности положительно связано с модой и стадным поведением. Неопределенность стандартов качества, заставляющая нас судить о ценности по личности того, кого мы называем «Рембрандтом», а не по присущим его картине качествам, также заставляет нас считаться с оценкой этих картин другими людьми.

Этот анализ может помочь нам понять не только искусственный характер многих доктринальных различий в праве, но и проницаемость границ, отделяющих право от других форм общественного контроля

<sup>18</sup> См.: *Bonus H., Ronte D. Credibility and Economic Value in the Visual Arts // Westfälische Wilhelms-Universität Münster. Volkswirtschaftliche Diskussionsbeitrag. Nr. 219. 1995.* Феномен не ограничивается арт-рынком. Открытие того, что пьеса, приписываемая Шекспиру, на самом деле написана его забытым современником, в конечном счете, после того как спадет первоначальный ажиотаж, приведет к сокращению числа представлений пьесы и продаж билетов на нее.

(далее мы вернемся к этому в гл. IX, посвященной социальным нормам). Защита авторских прав, товарных знаков и неприкосновенности частной жизни — способы установления баланса между выгодами и издержками признания личности, как и понятия оригинальности и творчества, которые определяют рынок художественных произведений, а также неюридические нормы, относящиеся к признанию влияния или помощи.

\* \* \*

Приведем пример полезности экономики для оспаривания чьих-либо ценностей. Мой первый пример — короткая статья хорошо известного политического теоретика из Гарварда, Майкла Сэндела, которая удивительным образом сочетает одобрение продажи детей с осуждением договоров о суррогатном материнстве<sup>19</sup>. Врач по фамилии Хикс, практиковавший на сельском Юге в 1950–1960 гг., имел, как пишет Сэндел, «дополнительный тайный бизнес по продаже младенцев». Кроме того, он делал аборт и иногда «убеждал молодых женщин, желавших сделать аборт, доносить ребенка до срока, тем самым создавая предложение, которое удовлетворяло спрос бедетных клиентов». Сэндел полагает, что «черный рынок младенцев», организованный этим врачом, оправдан с моральной точки зрения, тогда как суррогатное материнство — нет. Он указывает, что по сравнению с «доморощенным бизнесом доктора Хикса, коммерческое суррогатное материнство, 40-миллионная индустрия, — огромный бизнес». Но Сэндел сравнивает одного продавца на рынке с целым рынком и, более того, одного продавца на нелегальном рынке, на котором продавцы прячутся, с целым легальным рынком. Поскольку в год происходит более миллиона аборт, очевидно, что у «торговли младенцами» огромный потенциал, для того чтобы превзойти коммерческое суррогатное материнство.

Главное основание для разграничения торговли младенцами и суррогатного материнства у Сэндела состоит в том, что, в отличие от того, что делал доктор Хикс, суррогатное материнство поощряет коммерциализацию. «Черный рынок младенцев доктора Хикса был ответом на проблему, возникшую независимо от соображений рынка. Он не подстрекал незамужних матерей, детей которых он продавал, забеременеть». Ему не нужно было этого делать. Спрос рождает предложение. Женщины, знающие, что есть рынок сбыта для младенцев, которых они не хотят оставить, будут меньше предохраняться. Без сомнения, меньше женщин

<sup>19</sup> Sandel M. The Baby Bazaar // New Republic. 1997. Oct. 20. P. 25.

знало бы, что такой рынок есть, если бы такой рынок был нелегальным. Но Сэндел не утверждает, что практика доктора Хикса оправдана именно в силу ее нелегального характера.

Я не утверждаю, что экономический анализ должен убедить противников суррогатного материнства отказываться от сопротивления. Я не думаю, что экономика (или еще какая-то теория) может определять моральное суждение<sup>20</sup>. Но мой экономический анализ может побудить противников пересмотреть свои возражения. Возможно, они согласятся не с Сэнделом в том, что действия Хикса не были аморальными, хотя и незаконными, — а со мной в том, что Сэндел совершает экономическую ошибку, полагая, что то, что делал Хикс, отличалось от того, что делает коммерческая индустрия суррогатного материнства, и, что главное, он был один, тогда как в коммерческой индустрии занято много людей.

Вот более сложный пример того, как экономический анализ может побуждать к переосмыслению этических обязательств<sup>21</sup>. Федеральный пенсионный закон (Закон о пенсионном обеспечении наемных работников) требует от работодателя, применяющего пенсионный план с установленными выплатами, чтобы он позволял правам работника по этому плану переходить к нему спустя пять лет. Цель этого требования — борьба с практикой применения пенсионных планов без перехода прав, которая позволяет уволить работника накануне выхода на пенсию.

Если попросить экономиста дать профессиональную оценку этого положения Закона о пенсионном обеспечении, он захочет посмотреть, насколько распространена эта схема уклонения от передачи прав в отсутствие соответствующего законодательства и насколько тяжелы ее последствия, в особенности для выгодоприобретателей, т.е. работников. До того как закон был принят (1974), работник, увольнявшийся до наступления пенсионного возраста, действительно мог получить гораздо меньшее пенсионное пособие, чем ему полагалось в соответствии с его отчислениями, и даже мог остаться ни с чем. Поэтому у него был серьезный стимул оставаться в компании вплоть до достижения пенсионного возраста. А работодатель имел право экспроприировать у работника связанный с фирмой человеческий капитал (т.е. его способность зарабатывать, определяемую тем, что он работает именно в этой фирме, и заработал бы меньше, если бы пошел работать в любую другую фирму), угрожая уволить работника до того, как он получит право на пенсию,

<sup>20</sup> Это главная тема моей книги «The Problematics of Moral and Legal Theory» (1999), откуда я взял обсуждение Сэндела и Хикса [Sandel M. The Baby Bazaar. P. 87].

<sup>21</sup> Дальнейшее обсуждение основано на: Posner R.A. Aging and Old Age. 1995. P. 299–305.

если тот настаивал на заработной плате, соизмеримой с его вкладом в компанию. Можно представить, что работодатель сокращает зарплату работника до такого уровня, на котором зарплата и пенсионные отчисления в сумме будут лишь слегка превышать зарплату на следующей по предпочтительности работе. За год до того как работник выходит на пенсию, заработная плата может равняться нулю или даже уйти в минус — работник может быть готов сам заплатить за то, чтобы ему позволили доработать до пенсии.

Кажется, что я привел убедительные доказательства в пользу условия пенсионного закона о праве на получение пенсии. Тем не менее эмпирическое исследование показало, что до принятия этого закона работодатели редко злоупотребляли своим положением при назначении пенсий и что закон был главным образом мотивирован нарушениями, связанными с пенсионными планами с несколькими работодателями, которые применялись профсоюзом водителей грузовиков и другими профсоюзами. Условия выхода на пенсию, включающие в себя пенсионные права, — предмет контрактных переговоров между работодателем и будущим работником, а не одностороннее решение. Даже если какой-то работодатель отказывается вести переговоры отдельно с каждым работником, предлагая условия трудового договора в ультимативной форме, конкуренция среди работодателей даст будущим работникам возможность выбирать из разных «пакетов» заработной платы и пенсионных отчислений. «Пакеты», предлагаемые некоторыми работодателями, делают акцент на хорошей пенсии или других льготах за счет более низкой заработной платы, тогда как другие работодатели будут предлагать более высокую зарплату за счет менее щедрых или менее надежных пенсионных отчислений и других льгот. Возникнет тенденция к распределению работников по тем работодателям, которые больше соответствуют предпочтениям каждого из них в отношении рисков и распределения потребления по жизненному циклу.

Что касается неполного закрепления прав, то, устанавливая зависимость пенсионных выплат от продолжения работы в компании и ее удовлетворительного характера, работодатель облегал для себя возврат инвестиций в человеческий капитал, специфический для данной фирмы. Ожидалось, что это приводит к увеличению инвестиций и, как следствие, к более высоким зарплатам. Неполная передача прав также решала проблему работника, который, готовясь выйти на пенсию, больше не имел стимула усиленно трудиться. Проблема, которую экономисты называют «проблемой последнего периода», решается не только при помощи кнута (угрозы увольнения до того, как работник получит пра-

во на пенсию), но и при помощи пряника, поскольку заработная плата работника в последние несколько лет перед выходом на пенсию имеет большой вес при определении размера пенсии.

Стимул работодателя к злоупотреблению своей властью, которое было возможно из-за неполного закрепления пенсионных прав за работником, сдерживался его заботой о своей репутации как честного человека (если бы он ее потерял, ему пришлось бы платить новым работникам более высокую зарплату) и переговорными позициями работника, которыми тот обладал благодаря своему специфическому для данной фирмы человеческому капиталу. (Если он, рассердившись, уволится или его уволят, чтобы лишить пенсионного пособия, фирме придется вкладывать средства в подготовку новичка, который его заменит.) По сути дела, как я сказал, до принятия этого закона оппортунистические увольнения работников, охваченных пенсионным планом, были редки; и закон не имел заметного воздействия на увольнения таких работников.

Но, ограничив неполное закрепление прав, данный закон приводил к тому, что работодатели переставали контролировать своих пожилых работников. Эта утрата контроля, предположительно, должна иметь два следствия для самих работников. Во-первых, работодатели будут вкладывать меньше средств в специфический для фирмы человеческий капитал, а, следовательно, производительность работников и, соответственно, их заработок будут ниже. Во-вторых, поскольку у работодателей будет меньше инвестиций в работников, которые нужно защищать, а у работников меньше стимулов хорошо работать (им не грозит серьезная потеря пенсионных выплат в случае увольнения), работодатели, видимо, будут чаще прибегать к явным или неявным угрозам увольнения ради поддержания дисциплины. А в-третьих, все правовые или неправовые моменты, приводящие к увеличению затрат на наем, заставят работодателей нанимать меньше работников или платить более низкую заработную плату, или делать и то и другое.

Даже если вы согласны с моим экономическим анализом, вы можете почувствовать, что в конечном счете работникам важнее иметь более защищенные пенсионные права или большую независимость от работодателей. Но, повторюсь, вам придется спросить себя, достаточно ли сильны ваши чувства, чтобы компенсировать вытекающее из экономического анализа понимание последствий, которые могут оказаться пагубными для самих работников, как, например, низкая заработная плата — или даже, как ни странно, *менее* гарантированная занятость.

Я привел два примера того, что можно назвать консервативным уклоном экономики, хотя более точным названием было бы слово «либертари-

анский», означающее предпочтение рыночного регулирования и других негосударственных способов установления порядка государственному регулированию. Но экономика стремится к ценностной нейтральности, и ей это удастся, поскольку есть несколько либералов, практикующих экономический анализ, например, Гвидо Калабреззи из Йеля, работающий теперь в Апелляционном суде второго округа, и Джон Донахью из Стэнфорда. Так что позвольте мне привести пример того, как экономика может охладить пыл той политики, которая так нравится консерваторам<sup>22</sup>.

Рассмотрим законы, которые дают государству право объявлять фасады зданий историческими памятниками; после этого владелец здания не может никоим образом менять фасад. Альтернативой статусу памятника было бы приобретение государством (возможно, подкрепленного угрозой изъятия с выплатой обоснованной компенсации) права сервитута на фасад. Именно этот вариант предпочитает большинство консерваторов. Они полагают, что нельзя разрешать государству брать вещи даром, а затем заставлять собственников имущества нести серьезные издержки. Поэтому они ратуют за то, чтобы максимальное применение получил принцип обоснованной компенсации. Они, эти консерваторы, обычно утверждают, что законы об исторических памятниках поощряют государство присваивать этот статус чаще, чем в случаях, когда оно должно было бы платить владельцу исторического памятника за снижение стоимости его имущества в результате невозможности менять фасад.

На самом деле доподлинно неизвестно, реже ли будет присваиваться статус исторического памятника, если за него придется платить компенсацию. Сам факт того, что компенсации нет в типовых законах о сохранении исторических памятников, означает, что владельцы памятников, по-видимому, сопротивляются получению такого статуса, подавая жалобы своим конгрессменам, пытаясь воздействовать на власть другими средствами, нанимая адвокатов, чтобы найти лазейки в законодательстве, даже организуя отклонение или отмену этих законов. Сопротивление налогоплательщиков уплате налогов, необходимых для финансирования программы по выкупу сервитутов на исторические памятники, возможно, будет менее серьезным. Государственные программы по налогам и расходам (сельскохозяйственные субсидии, например) зачастую столь же или даже более затратны в социальном плане, чем программы регулирования, но, поскольку издержки размазаны тонким слоем по всем налогоплательщикам, мало кто из них станет жаловаться.

<sup>22</sup> Последующее обсуждение основано на: *Posner R.A. Economic Analysis of Law. P. 66–67; Farber D.A. Economic Analysis and Just Compensation // International Review of Law and Economics. 1992. Vol. 12. P. 131–132.*

Конечно, кампания по сопротивлению статусу исторического памятника может быть более затратной по сравнению с системой, в которой владелец, не поднимая шума, уступает требованиям государства, принимая компенсацию за уступку своего права. Но совокупные издержки могут быть малы, если угроза сопротивления будет ограничивать инициативы по присвоению статуса исторического памятника.

Но не может ли государство, которому не нужно подтверждать свои слова делом, присваивать статус памятника «неправильным» объектам, т.е. недвижимости, которая в перестроенном состоянии стоила бы гораздо больше? Возможно, да, а, возможно, и нет. Чем выше альтернативная стоимость, тем сильнее будет сопротивление присвоению статуса исторического памятника. Наверняка можно сказать только то, что подобный подход может вызвать сокращение числа исторических памятников; владельцы зданий могут поспешить снести фасады, которые могут быть признаны историческими памятниками, заранее, до получения такого статуса. Но суть возражения консерваторов не в этом.

Ошибка в их аргументе о том, что к государству нужно относиться как к любому другому покупателю, связана с неявным допущением, будто государство является рядовым покупателем и потому реагирует на финансовые стимулы так же, как реагировали бы частные покупатели. Но государство — не рядовой покупатель, и, по сути дела, бессмысленно говорить о том, что нужно *заставить* государство платить за то, что оно хочет получить, наравне со всеми остальными, если государство *должно* прибегать к принуждению, чтобы получить средства, которые оно использует для оплаты этих вещей<sup>23</sup>. Чтобы выплатить компенсацию за отчуждение имущества или даже купить что-то на добровольных началах без какой бы то ни было угрозы отчуждения, если продавец откажется продавать, государство должно сначала безо всяких компенсаций забрать необходимые средства у налогоплательщика. Обоснованная компенсация всегда предваряется актом экспроприации.

Как показывают эти примеры, основная задача экономиста — напомнить нам о последствиях, которые неэкономисты склонны упускать из виду, последствиях действующих или предлагаемых мер или практик,

<sup>23</sup> Это верно даже тогда, когда государство финансирует свою деятельность за счет займов или печатания денег, потому что оно может это делать только благодаря тому, что у него есть власть взимать налоги или, в случае печатного станка, власть, заставляющая людей считать эти деньги платежным средством. Только когда государство финансирует свою деятельность за счет платы со стороны конкурирующих потребителей, оно ведет себя как индивидуальный участник рынка.

которые часто, хотя и не всегда, оказываются неблагоприятными или дорогостоящими. Подобное использование экономики должно приветствоваться юристами, которые считают важным выяснить истинные последствия правовых доктрин и институтов, даже тех из них, что получили в юридической профессии статус священной коровы.

\* \* \*

После того как я обрисовал экономико-правовое движение, позвольте мне снова вернуться к вопросу о влиянии Бентама, начиная с подхода, для которого он стал вдохновителем. Самым ярким тому подтверждением может служить статья Гэри Беккера 1968 г. о преступности<sup>24</sup>, ставшая источником экономических работ о преступности и ее сдерживании. Работа Беккера содержит несколько цитат из обсуждения экономики преступления и наказания во «Введении к принципам морали и законодательства» Бентама (1780 г., расширенное издание 1789 г.)<sup>25</sup>. Бентам сделал ряд важных экономических замечаний во «Введении»: человек совершает преступление, только если ожидаемое удовольствие, которое он рассчитывает от него получить, превосходит ожидаемые страдания, или, иными словами, только если ожидаемая выгода превосходит ожидаемые издержки. Следовательно, чтобы предотвратить преступление, наказание должно причинять достаточно страданий, чтобы, будучи суммировано с любыми другими страданиями, ожидаемыми преступником, оно превзошло удовольствие, которое преступник ожидает от своего преступления. Не следует налагать наказание строже указанного, потому что его результатом будет причинение страданий (для преступников, которых не удалось отвлечь от совершения преступления), не компенсируемых удовольствием (выгодами) для потенциальной жертвы преступления<sup>26</sup>. Перечень наказаний должен быть подобран таким образом, чтобы преступник, будь у него выбор того, какое преступление

<sup>24</sup> *Becker G.S. Crime and Punishment.*

<sup>25</sup> Беккер также цитирует трактат Сазерлэнда о криминологии, в котором содержится несколько ссылок на Бентама, но приписывает Беккарии заслугу «основного применения этой доктрины [утилитаризма] к науке о наказаниях». (*Sutherland E.H. Principles of Criminology. 5th ed. / rev. by D.R. Cressey. 1955. P. 52*).

<sup>26</sup> Бентам признавал удовольствие от мести, которое может вызвать наказание, и хотя он считал, что оно обычно перевешивается страданиями, которые испытывают те, кто подвергается наказанию, он признавал, что, в принципе, это должно учитываться при решении о наказании, максимизирующем полезность.

совершить, выбирал бы наименее серьезное. Штрафы — более эффективный метод наказания, чем тюремное заключение, потому что они одновременно и приносят выгоду, и причиняют убыток. И, как мы видели ранее, чем меньше вероятность, что преступника поймают, тем суровее должно быть наказание, чтобы поддерживать издержки на достаточно высоком уровне, что необходимо для того, чтобы удержать от преступлений.

Эти пункты образуют основные элементы экономической теории преступления и наказания, в которую вдохнул новую жизнь Беккер. Беккер и его последователи, однако, многое к ней добавили, хотя ее ядро четко прописано во «Введении» Бентама. Особое значение для последующего развития этой области имело остроумное замечание Беккера о том, что, поскольку штрафы с социальной точки зрения более дешевые формы наказания, чем тюремное заключение (прежде всего, они не сокращают продукт, создаваемый ответчиком), оптимальным наказанием будет сочетание очень высокого штрафа с очень низкой вероятностью реального раскрытия преступления, а следовательно, и применения штрафа, поскольку создание высокой вероятности раскрытия преступления потребует увеличение числа полицейских и прокуроров и потому будет дорогостоящим<sup>27</sup>. Мы, однако, не часто придерживаемся этой оптимальной комбинации, и попытка ответить на вопрос, почему это так, привела тех, кто занимается экономическим анализом права, к исследованию факторов, которые определяют максимальную величину штрафов и степень тяжести наказаний в целом, а также к рассмотрению экономических особенностей тех неоптимальных (*second best*) решений проблемы наказания, которые придуманы системой уголовного права.

Хотя Бентам был прославленным экономистом, и экономический характер его анализа преступлений и наказаний не вызывает сомнений, несмотря на его несколько устарелый язык, и хотя его теория повлияла даже на устройство системы уголовного правосудия в Англии и в Соединенных Штатах, ни один экономист до Беккера, насколько мне удалось выяснить, не развивал экономическую теорию преступности и ее сдерживания. А Беккер сказал мне, что, когда он начал размышлять об экономике преступности, он ничего не знал о ее обсуждении Бентамом.

<sup>27</sup> Ожидаемые издержки наказания (не учитывая отношение к риску)  $pf$ , где  $p$  — вероятность наказания и  $f$  (т.е. штраф, *fine*) — строгость наказания. Поскольку  $f$  — это трансфертный платеж от преступника государству, его чистые социальные издержки очень низки, возможно, даже стремятся к нулю, и потому схема наказания, в которой сочетаются очень высокое  $f$  с очень низким  $p$ , скорее всего, окажется дешевле, чем схема с противоположным распределением весов.

Он узнал о нем, когда работал над этой статьей, но уже не помнит, были ли какие-то ее положения подсказаны ему Бентамом, хотя несколько цитат из него указывают на то, что, возможно, были<sup>28</sup>. Таким образом, выясняется, что в данном случае нельзя быть наверняка уверенным в том, что Бентам послужил вдохновителем экономического анализа права.

Следовательно, утверждение о том, что Бентам был причиной этого анализа, становится еще более сомнительным. Если бы Бентам ничего не написал о преступности или же никогда не родился бы, вероятно, какой-нибудь другой экономист до Беккера изобрел бы экономическую теорию преступности в той же форме, что и у Бентама. В конце концов, Бентам не был изобретателем утилитаризма, и, по крайней мере в ретроспективе, кажется, что преступность была вполне естественной областью для приложения утилитаристских идей: предшественник Бентама, Беккария, ранний утилитарист, фактически рассуждал о преступности в категориях утилитаризма, хотя и не так систематически, как Бентам.

Тем не менее если экономическая теория преступности в конце XVIII в. в некотором смысле «витала в воздухе», примечательно, что прошло почти два столетия, прежде чем ее подхватил другой экономист. Так что вполне возможно, что, если бы Бентама не существовало, экономической теории преступности пришлось бы ждать еще несколько лет, прежде чем она стала бы частью современного права и экономики. Но вероятность этого невелика, потому что экономическая теория преступности Беккера оказывается в значительной степени независимым открытием.

Бентам писал о других областях права, помимо уголовного, в частности о доказательствах, но экономическую теорию сформулировал только применительно к уголовному праву. Я подозреваю, что причина была в том, что он испытывал огромный интерес к вопросам социального и политического управления, а уголовное право — его важная часть. Не думаю, что он понимал, что деликтное, договорное и имущественное право — также важная часть государственного управления. Возможно, причиной такой слепоты была его антипатия к общему праву, которое, как он считал, не выполняет никакой другой функции, кроме обогащения адвокатов. Любопытно, однако, что в его времена уголовное право было в основном частью общего права. У Холмса было такое же непонимание — т.е. он признавал регулирующую роль уголовного права, но не деликтного, — хотя в его случае это не было никак связано с антипатией к общему праву.

<sup>28</sup> См.: The Essence of Becker. P. 511. N. 40, 42, 46.

Но мы также должны обсудить вопрос о том, повлияла бы утилитаристская теория Бентама на экономико-правовое движение, если бы он не применял утилитаризм к праву. Для этого потребуются провести различие между утилитаризмом как описанием человеческого поведения и утилитаризмом как этической теорией. Утилитаристские идеи восходят к Аристотелю, а утилитаризм как фундаментальный этический принцип был четко заявлен в XVIII столетии, до Бентама, Хатченсоном, Беккарией, Гельвецием, Пристли, Годвином и другими — в частности, Беккарией ровно в тех же выражениях, что у Бентама: «Величайшее счастье величайшего числа людей»<sup>29</sup>. Что отличает Бентама, так это упорство, даже громогласность, с которыми он настаивал на *универсальности* подсчета полезности в решениях людей. На первой странице своего «Введения в принципы морали и законодательства» он сказал об этом так: «Природа поставила человека под власть двух суверенных владык: *страдания и радости*... Они управляют всем, что мы делаем, говорим и думаем». Другое название для страданий, как я сказал, — издержки, а для радости — выгода; так что Бентам утверждает, что все люди, все время, в любой своей деятельности основывают свои действия (а также слова и мысли) на анализе издержек и выгод. Бентам большую часть своей жизни постоянно повторял, развивал и иллюстрировал примерами это утверждение<sup>30</sup>.

Данное утверждение может считаться основанием экономики нерыночного поведения. В значительной мере экономический анализ права — применение именно этой экономики, потому что право — это по сути своей нерыночный институт, который регулирует, как нерыночное, так и рыночное поведение: поведение преступников, прокуроров, жертв несчастных случаев, разводящихся супругов, верующих, публичных докладчиков (как мы увидим в следующей главе) и т.д., а также бизнесменов, работников и потребителей. Без экономики нерыночного поведения предмет экономического права ограничивался бы, как в 1950-е годы, правовым регулированием явных рынков. Можно считать, что Бентам изобрел экономическую теорию нерыночного поведения.

<sup>29</sup> См.: Hart H.L.A. Bentham and Beccaria // Hart. H.L.A. Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory. 1982. P. 40. Однако Беккария, по всей видимости, взял эту фразу у Хатченсона. Schneewind J.B. The Invention of Autonomy: A History of Modern Moral Philosophy. 1998. P. 420.

<sup>30</sup> Однако само это утверждение было общим местом еще до рождения Бентама: «Любовь к себе и Разум к одной стремятся цели / Уменьшить Боль, Желание исполнить» (Александр Поуп «Очерк о человеке» (1733), эпистола II, строки 87–88). Дело было не в самом утверждении, а в настойчивости и изобретательности, с которой Бентам ее выдвигал, именно в этом заключается его оригинальность.

Его изобретение пролежало без движения столько же, сколько и его теория преступления и наказания. Найти этому объяснение — задача для социологии науки. Оно должно быть связано с тем, что ученые интересуются одним комплексом проблем в ущерб другому, и, в частности, с объяснением того, почему экономисты XIX в., а также первой половины XX в., не испытывали почти никакого профессионального интереса к таким социальным явлениям, как преступление, тяжбы, домохозяйство, дискриминация, несчастные случаи и нормы права. (Важное исключение — интерес А.С. Пигу и Фрэнка Найта к экстерналиям, формой которых являются несчастные случаи с незнакомцами, вкратце описанные у Пигу.) Возможно, им казалось, что у них и без того хватает забот с изучением рыночной экономики, или, возможно, они чувствовали, что им недостает хороших инструментов и системы показателей, сравнимой с денежной, чтобы изучать нерыночные явления; некоторые экономисты убеждены в этом до сих пор. Во всяком случае, до появления в 1950-х годах диссертации Гэри Беккера, посвященной экономике расовой дискриминации<sup>31</sup>, на потенциал бентамовского тезиса об универсальном применении экономической модели поведения человека в основном не обращали внимания<sup>32</sup>.

Беккер рассказывал мне, что, настаивая на универсальности рациональной модели, он не шел осознанно по стопам Бентама. Он отождествлял Бентама с нормативным тезисом о моральном долге максимизировать наибольшее счастье наибольшего количества людей, а не с позитивным тезисом о том, что люди действительно так поступают, чтобы максимизировать свою собственную полезность. Однако к тому времени, когда Беккер написал свою статью о преступности, максимизация полезности уже давно была основным принципом экономики; и, хотя все уже почти забыли, что она ведет свое начало от Бентама (возможно, потому, что она стала полезной для экономистов лишь через полвека после смерти Бентама)<sup>33</sup>, внушение этой идеи все равно должно считаться его заслугой<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Опубликовано в 1957 г. под названием «The Economics of Discrimination». Второе издание вышло в 1971 г.

<sup>32</sup> Поразительный пример можно найти в: *Hutchison T.W. Bentham as an Economist // Economic Journal. 1956. Vol. 66. P. 288*, где на теорию преступности Бентама и его убежденность в том, что люди — рациональные максимизаторы во всех областях жизни, не обращается никакого внимания на том основании, что это не «экономика».

<sup>33</sup> *Stigler G.J. The Adoption of the Marginal Utility Theory // Stigler G.J. The Economist as Preacher, and Other Essays. 1982. P. 72, 76.*

<sup>34</sup> См.: *Ibid. P. 78.*

Несколько экономистов в период между Бентамом и Беккером выступали с утверждением, что максимизация полезности — универсальная черта человеческой психологии (одним из выдающихся мыслителей этого направления был Уикстид), но они не ссылались на Бентама<sup>35</sup>, а главное, почти не обращали внимания на его гипотезу о возможности применения экономики к нерыночному поведению<sup>36</sup>. В манифесте Беккера о нерыночной экономике Бентам упоминается наряду с Адамом Смитом и Карлом Марксом в качестве предшественника<sup>37</sup>, но критикуется за то, что был прежде всего реформатором и не сумел «разработать теорию реального поведения человека с множеством проверяемых выводов»<sup>38</sup>. И здесь мы видим еще одну причину, по которой вклад Бентама в экономику часто оставался без внимания. Он не считался экономистом, его значение как философа<sup>39</sup>, реформатора и полемиста часто заслоняло его экономические труды. Конечно, Адам Смит тоже был знаменитым философом, а не только экономистом, но Смит написал трактат по экономике, а Бентам не написал. На самом деле Бентам почти не писал ничего носившего систематический характер или по крайней мере не публиковал.

Тем не менее если идею максимизации полезности как фундаментального элемента человеческой психологии можно обнаружить у Бентама,

<sup>35</sup> См.: *Wicksteed P.H. The Common Sense of Political Economy / L. Robbins (ed.). 1935. Vol. 1. Ch. 1* (впервые опубликовано в 1910 г.). Как указывает Роббинс в своем введении, Уикстид «утверждал, что не может быть логической четкой грани между функционированием рынка и другими формами рационального действия» (*Ibid.* P. xxii). Однако Роббинс не приписывает эту идею Уикстида Бентаму и не ссылается на него в книге, в которой излагает свое весьма широкое понимание экономики (*Robbins L. An Essay on the Nature and Significance of Economic Science. 3rd ed. 1984*). Не следует придавать большого значения тому, что Уикстид не цитирует Бентама, потому что он вообще мало кого цитирует, кроме Джевонса, да и того всего один раз.

<sup>36</sup> Хотя в гл. 1 «Здравого смысла политической экономии» содержится многословное обсуждение домашнего производства.

<sup>37</sup> См.: *Becker G.S. The Economic Approach to Human Behavior. 1976. Ch. 1*; перепечатано в: *The Essence of Becker. P. 7–8, 15. N. 13*. Он также ссылается на широкое определение экономики у Роббинса (*Ibid.* P. 14. N. 3) (цитируя «*The Nature and Significance of Economic Science*», с. 16), но отмечает, что Роббинсу не удастся развить эти идеи (*Ibid.* P. 14. N. 5).

<sup>38</sup> *Ibid.* P. 8. Похожую критику Бентама за слишком сильный акцент на реформировании в ущерб позитивному анализу см. в: *Posner R.A. The Economics of Justice. 1981. P. 33–34*. Я, однако, признаю, что экономико-правовое движение находится в долгу перед Бентамом (*Ibid.* P. 41–42).

<sup>39</sup> См.: *Harrison R. Bentham. 1983*.

то можно сказать, что он повлиял и на экономику нерыночного поведения. И, повторимся, без экономики нерыночного поведения предмет экономического анализа права был бы значительно уже. Но еще раз подчеркнем, что это влияние, понимаемое как вдохновляющая идея. Маловероятно, что, если бы не Бентам, максимизацию полезности никогда бы не открыли или не применили к нерыночному поведению, ибо мы не должны забывать, что речь идет о промежутке времени почти в два столетия между «Введением» и Беккером и что концепция полезности вместе с утилитаристской философией появилась еще до Бентама.

Остается проследить еще два возможных пути влияния Бентама на экономико-правовое движение. Первый проходит через экономику благосостояния, а второй — через правовой реализм. Идея о том, что максимизация полезности — это не то, чем люди обычно занимаются, но то, чем люди и государства *должны* заниматься, что агрегированная полезность разных людей (в некоторых вариантах всех разумных существ) должна быть руководящим принципом при выполнении моральной и юридической обязанности, является основанием экономики как нормативной дисциплины. К анализу этого взгляда я обращаюсь в гл. III. Бентам, наряду с Адамом Смитом, который, однако, не столь однозначно относился к нормативной роли экономики, может считаться основателем этой дисциплины. Это так, хотя даже такой влиятельный родоначальник экономики благосостояния, как Пигу, не ссылается на Бентама и использует термин «общее благосостояние» (*total welfare*), а не полезность<sup>40</sup>, вместо этого ссылаясь на Сиджвика<sup>41</sup>, чей утилитаризм можно возвести к Бентаму. А поскольку право неизбежно нормативно, ведь преподаватели права, судьи и практикующие юристы — все они ищут основания для оценки действий и для предложения реформы, тот факт, что у экономики есть нормативный аспект, имел большое значение для ее превращения в часть правового мышления. Но подчеркнем еще раз, что, хотя вдохновляющее влияние Бентама невозможно отрицать, его каузальное влияние отнюдь не очевидно. Если бы Бентама не существовало, скорее всего, нормативная версия экономики, ориентированная на максимизацию полезности, все равно появилась бы за те полтора столетия, которые прошли со дня его смерти и до момента зарождения экономико-правового движения.

Правовой реализм, вскользь упомянутый нами во введении, — это вариант одной из сторон давних юридических споров, которые можно

<sup>40</sup> *Pigou A.C. The Economics of Welfare. 4th ed. 1938. P. 12.*

<sup>41</sup> *Ibid. P. 18, 24.*

обнаружить уже в платоновском диалоге «Горгий», где Сократ, выступая в роли протореалиста, приравнивает риторов (сегодня мы бы назвали их юристами) к низшему виду софистов и демагогов. Позднее, во времена правления Якова I в XVII в., эти споры были продолжены лордом Верховным судьей Коуком и самим королем: первый превозносил «искусственный разум закона», или того, что мы сегодня назвали бы правовым обоснованием, а король Яков, в свою очередь, интересовался, с какой стати право должно быть отдано на откуп гильдии крючкотворов-обскурантистов. В конце XVIII столетия дебаты возобновились, место Коука занял Блэкстоун, а место короля Якова — Бентам. Хотя Блэкстоун не был тем беззастенчивым апологетом профессионального статус-кво, каким Бентам изобразил его в «Отрывке об управлении» (1776), он восхвалял общее право и подчеркивал важность законных прав. Бентам, в свою очередь, считал общее право безнадежно запутанным и потому годившимся только для того, чтобы адвокаты получали свои гонорары, а разговоры о правах — бессмыслицей. Но он не только говорил об этом, он пытался переделать его, предлагая, например, заменить общее право простым и понятным кодексом, который позволит обходиться без адвокатов. Он хотел перестроить право на научной основе, определяемой принципом «Наибольшего Счастья», и отбросить традиции и обычаи традиционного права.

Бентам был великим обличителем права, а его многочисленные последователи в Англии, а также более малочисленные, но тем не менее очень влиятельные последователи в Америке<sup>42</sup>, включая создателя первого значительного американского свода законов Дэвида Дадли Филда, разработавшего процессуальный кодекс для штата Нью-Йорк, раздули пламя бентамовской правовой реформы. Трудно себе представить, чтобы Оливер Уэнделл Холмс смог написать работу, ставшую позднее манифестом правового реализма, эссе «Путь права» (1897), если бы не правовой скептицизм Бентама. Точно так же нелегко себе представить, чтобы правовой реализм мог завладеть правовым воображением в 1930-е годы, если бы не невольная поддержка со стороны Холмса, — завладеть настолько, что следствием стала страсть к кодификации, которая достигла кульминации в проекте Единого торгового кодекса, принятого всеми штатами США.

Более сложен вопрос о том, взялся бы Гвидо Калабреззи за свой проект переосмысления деликтного права в категориях экономики, оказав-

<sup>42</sup> См., например: *Reeves J.S. Jeremy Bentham and American Jurisprudence // Indiana State Bar Association. 1906. July 11–12. P. 23–26.*

шийся столь важным для современного права и экономики, если бы не существовало правового реализма. Хотя в его первой статье о деликтах экономический подход не приписывается напрямую правовому реализму, в ней содержится несколько намеков на предшественников-реалистов<sup>43</sup>. Калабреззи — продукт Йельской школы права, бастиона правового реализма, и он все еще разделял исповедуемые в этой школе взгляды, когда начал там преподавать в конце 1950-х годов, и можно считать, что эта его статья, как и последующие работы, проникнута духом реализма.

Но я настроен скептически (и мой скептицизм подкреплен разговором с Калабреззи) — потому что правовой реализм выбрал *антиэкономический* подход к деликтному праву. Холмс, почему-то забыв о сдерживающем влиянии деликтного права, считал, что единственное правильное основание для использования этого права с целью переложить ущерб с жертвы несчастного случая на его виновника возникает, когда причинитель вреда заслуживает порицания, а жертва — нет<sup>44</sup>. Он не пытается придать понятию упречности экономическое значение (как позднее это сделает, как мы отмечали, Лернед Хэнд), но использует понятие «вина» в интуитивном моральном смысле и отвергает идею, будто альтернативной причиной для ответственности за неумышленное причинение вреда может быть своего рода социальная страховка от неожиданного и порой катастрофического вреда, причиняемого несчастными случаями. Холмс с самого начала повел анализ деликтов по неверному пути, потому что отвлек внимание ведущих правоведов, тех из них, кто равнялся на него, от понятия деликтного права как регулирующего режима, при котором правовые санкции используются для того, чтобы назначить «цену» опасному поведению, и переключил его на концепцию, подчеркивающую моральное понятие вины и коллективистское понятие социального страхования. Правовые реалисты полагали, что в случае ущерба от несчастного случая соображения морали были неуместны и что Холмс недооценивал общественную пользу от применения деликтного права в целях социального страхования. В эпоху реализма «экономическое» понимание деликтов стало ассоциироваться с социальным страхованием, а не с использованием права для оптимизации рискованного поведения, на котором делает акцент современный экономический анализ деликтов.

Таким образом, именно здесь происходит перелом на пути, который вел от Бентама к современному экономико-правовому движению. Можно сделать вывод, что он указал путь к использованию экономического

<sup>43</sup> *Calabresi G. Some Thoughts on Risk... P. 500–501.*

<sup>44</sup> *Holmes O.W., Jr. The Common Law. Lect. 3. 1881.*

мышления нормативным образом и что это было очень важно для движения; но то, что он был отдаленным предком правового реализма, возможно, не оказало никакого влияния на экономико-правовое движение.

Из современных экономистов Бентам, как мы видели, связан с Гэри Беккером. Значение Беккера для экономико-правового движения было велико, хотя оно не всегда признается, потому что статья о преступности — единственное место в его многочисленных произведениях, где можно найти подробное обсуждение права. Поскольку экономическая теория преступности Бентама была забыта экономистами, хотя и сохранила в ослабленном виде свое влияние в криминологии и в уголовном праве, Беккер оказал важную услугу экономико-правовому движению хотя бы тем, что возродил теорию преступности Бентама и изложил ее языком современной экономики. Но значение Беккера для экономического анализа права не сводится к теме преступности. Беккер, как я уже говорил, — большой специалист по нерыночной экономике<sup>45</sup>, которая имеет фундаментальное значение для экономического анализа права, потому что право по большей части регулирует именно нерыночную деятельность. Работы Беккера о человеческом капитале<sup>46</sup> и (как следствие) о вознаграждении работников<sup>47</sup> положили начало изучению методами экономического анализа трудового и пенсионного законодательства, отраслей права, чье значение все возрастает, что мы уже отмечали применительно к законам о пенсионных планах. Его работы по экономике расовой дискриминации сделали то же самое для антидискриминационных законов, а работы по экономике семьи<sup>48</sup> — для семейного права<sup>49</sup>. Сегодня это весьма преуспевающие разделы экономического анализа права. Что еще важнее, показав возможность и плодотворность применения экономики к анализу деятельности, далекой от традиционного «экономического» предмета, Беккер вдохновил других на расширение

<sup>45</sup> См., например: *Becker G.S. Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior // Journal of Political Economy. 1993. Vol. 101. P. 385.*

<sup>46</sup> *Becker G.S. Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education. 3rd ed. 1993.*

<sup>47</sup> *Becker G.S., Stigler G.J. Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers // Journal of Legal Studies. 1974. Vol. 3. P. 1.* Перу Беккера принадлежит часть статьи, посвященная вознаграждению работников.

<sup>48</sup> *Becker G.S. A Treatise on the Family. Enlarged ed. 1991.*

<sup>49</sup> Беккер также внес вклад в экономико-правовое движение личным влиянием, которое он оказал на студентов и коллег, в числе которых был и я. См.: *Posner R.A. Gary Becker's Contributions to Law and Economics // Journal of Legal Studies. 1993. Vol. 22. P. 11; Fuchs V.R., Becker G.S. Ideas about Facts // Journal of Economic Perspectives. 1994. Spring. P. 183, 190.*

## I. Право и экономика: от Бентама к Беккеру

области применения нерыночной экономики, в результате чего сегодня осталось немного областей права вне досягаемости экономического анализа.

Работы Беккера могут помочь нам увидеть ограничения бентамовского подхода. Бентам провозглашал универсальность того, что в современной терминологии называется анализом издержек и выгод, но манифест — не программа научных исследований. Бентаму не удалось, за исключением трактата о преступлении и наказании, показать, как предложенная им модель человека как рационального агента может использоваться для объяснения или регулирования поведения во всех сферах деятельности.

*Научное издание*

Серия «Политическая теория»

РИЧАРД А. ПОЗНЕР

## РУБЕЖИ ТЕОРИИ ПРАВА

*Главный редактор*

ВАЛЕРИЙ АНАШВИЛИ

*Заведующая книжной редакцией*

ЕЛЕНА БЕРЕЖНОВА

*Редактор*

АНАСТАСИЯ АРХИПОВА

*Художник*

ВАЛЕРИЙ КОРШУНОВ

*Верстка*

НАТАЛЬЯ ПУЗАНОВА

*Корректор*

ВАЛЕРИЯ КАМЕНЕВА

НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ  
УНИВЕРСИТЕТ «ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ»

101000, Москва, ул. Мясницкая, 20.

Тел.: (495) 772-95-90 доб. 15285

Подписано в печать 15.12.2016. Формат 70×100/16

Гарнитура Minion Pro. Усл. печ. л. 39,3. Уч.-изд. л. 28,4

Печать офсетная. Тираж 1000 экз.

Изд. № 1625. Заказ №

Отпечатано в ГУП ЧР «ИПК «Чувашия»

Мининформполитики Чувашии

428019, г. Чебоксары, пр. И. Яковлева, 13

Тел.: (8352) 56-00-23