

СОДЕРЖАНИЕ

Благодарности. Мои взаимоотношения
с экономической теорией права · 9

1. Введение · 14
2. Возникновение функционального подхода
к праву · 26
3. Великая депрессия и утверждение
функционального подхода к праву · 36
4. Рождение современной экономической теории
права как дисциплины · 66
5. Революционная экспансия экономической
теории права: Рональд Г. Коуз · 79
6. Калабреззи и экономическая составляющая
«издержек несчастных случаев» · 109
7. Экономический подход к праву берет верх:
Ричард А. Познер и «Экономический анализ
права» · 127
8. Сравнение Коуза, Калабреззи и Познера · 152
9. Влияние экономической теории права
на регулирование и антимонопольное
законодательство · 165
10. Генри Манн и популяризация экономической
теории права · 185

11. Эпилог: Фонд Джона М. Олина и основание
Американской ассоциации права
и экономики · 193

Список судебных дел · 199

Литература · 201

*Посвящается Т., С., Н. и Дж.,
с глубочайшей любовью*

Благодарности

Мои взаимоотношения с экономической теорией права

МНОГИЕ из центральных фигур современной экономической теории права, работы которых я обсуждаю в этой книге, были моими учителями и друзьями. Эта книга, однако, не мемуары. Я заново перечитал все рассматриваемые книги и статьи в свете моей многолетней работы в этой области. Я попытался дать максимально точное изложение и объяснение великих достижений этих ученых, которые привели к огромному успеху экономического анализа права.

Мое погружение в экономику права началось в 1970 году, когда я был студентом юридического факультета Чикагского университета. В то время моим основным академическим интересом была история права. Но на одном из занятий по истории права я был поражен, когда участник-аспирант, слушая, как студенты обсуждают последствия некоторых правовых норм, вмешался и сказал, что Рональд Коуз — профессор юридического факультета — показал, что такой анализ поверхностен и что решение по обсуждаемому делу не повлечет за собой никаких последствий.

Этот момент меня шокировал. Аспирант был в высшей степени умным человеком, поэтому к его словам я отнесся серьезно. После этого я внимательнейшим образом прочитал основополагающую статью Коуза «Проблема социальных издержек»; у меня ушло две недели, чтобы закончить чтение

и попытаться понять прочитанное (даже после того, как я перечитывал эту статью позже, она осталась трудным чтением). После этого я прошел все курсы, которые вел Рональд Коуз, и стал в некотором роде его близким учеником. Какое-то время Коуз дважды в неделю приглашал своего протеже на факультете, Джона Питермана, и меня на обед.

Я также посещал все занятия Ричарда Познера, который позже пригласил меня в качестве научного сотрудника для работы над статьей, которую его убедил написать Коуз. Я также ходил на занятия других преподавателей факультета права и экономики в Чикаго, таких как Эдмунд Китч и Джон Питерман. Желая стать ученым, я также посетил семинар Джорджа Стиглера по организации промышленности, среди участников которого были, в частности, Гэри Беккер и Сэм Пельцман.

После окончания юридического факультета я занялся научной работой. Два года спустя Рональд Коуз пригласил меня стать научным сотрудником его программы по экономике права в Чикаго. Я проработал там с 1975 по 1977 год. Там я познакомился с другими ключевыми фигурами в области экономической теории права, в частности с Уильямом Ландесом и Кеннетом Дамом, и многому научился у них. Я также ближе познакомился с Гэри Беккером, часто посещая его занятия, и в последующие годы стал его хорошим другом. Во время моего пребывания там Эд Китч устроил мне приглашение на конференцию Генри Манна, одну из многих, которые я посетил впоследствии. Генри также стал моим хорошим другом.

Будучи ученым, я перешел в Калифорнийский университет в Лос-Анджелесе в 1979 году. Там я познакомился и близко подружился с Гарольдом Демсецем — культовой фигурой в области права и эконо-

номики — а также с Арменом Алчяном и Беном Кляйном, работавшими на экономическом факультете, и со многими другими.

В 1980 году я перешел на юридический факультет Йельского университета. Ведущий специалист Йельского университета в области права и экономики Гвидо Калабреззи был в годичном отпуске. В ожидании его возвращения я внимательно прочитал его основополагающую книгу «Издержки несчастных случаев», хотя на это у меня ушло несколько недель. На следующий год Гвидо вернулся и с тех пор был моим коллегой и другом.

Роберт Борк работал на факультете в то время, когда я там был, но я не общался с ним. После того как он ушел с юридического факультета, я узнал его во время полета в Чикаго, хотя мы летели разными классами. Однако Боб великодушно предложил подвезти меня из аэропорта, и мы хорошо поговорили. Позже мы часто общались, особенно, много лет спустя, в связи с делом *Microsoft*, по поводу которого у нас было несколько публичных споров, в которых моя роль состояла в цитировании отрывков из книги Борка «Антимонопольный парадокс», которые, в моей интерпретации, оспаривали тогдашнюю критику Борка в адрес *Microsoft*. Борк и я стали хорошими друзьями.

Позже я участвовал в основании Американской ассоциации права и экономики.

Я с благодарностью признаю уроки этих великих учителей, хотя и уверен, что те, кто из них умер, могли бы не согласиться, а живущие не согласятся полностью с моим анализом.

Эта книга основана на более ранних работах. В 1982 году — 37 лет назад — я написал для одного симпозиума первую версию этой истории, которая должна была быть опубликована в *Journal of Legal*

Education (AALS and Emory, 1983). Однако я отказался публиковать эту статью (к большому гневу редактора выпуска Роджера Крамтона). Мой тогда еще новый коллега Гвидо Калабреззи жаловался, что статья представляет собой «чикагскую» историю — а так оно и было — и что я не должен публиковать свою (скромную) критику работы Калабреззи, пока не прочитаю труды Флеминга Джеймса. Таким образом, я отказался от публикации этой работы. Затем я прочитал Флеминга Джеймса и позднее опубликовал статью, в которой среди прочего рассматривались идеи и работы Джеймса (Priest 1985). Тем не менее моя тогдашняя коллега Джудит Джарвис Томпсон и ее коллега по Гарварду Джон Ролз убедили меня превратить статью в книгу, что я сделал только сейчас, хотя и с множеством изменений.

Гвидо, однако, был прав. Чтение Джеймса заставило меня по-новому оценить работу Гвидо, и, перечитав недавно «Издержки несчастных случаев» и другие статьи и книги Калабреззи, могу сказать, что моя новая оценка только укрепилась. Правда, статья 1981 года была ранее опубликована без серьезных изменений (Priest 2005). В этой книге дана пересмотренная интерпретация достижений Калабреззи.

Я также писал о покойном Аароне Директоре (Priest 2010), моем покойном учителе Рональде Коузе (Priest 2014a), моем покойном коллеге Роберте Борке (Priest 2008; 2014b) и покойном Генри Манне (Priest 1999).

Эта книга опирается на эти более ранние работы, но, надеюсь, расширяет анализ каждой из них.

Я благодарен за комментарии к предыдущим главам этой книги, особенно со стороны Гвидо Калабреззи, а также Клэр Прист (предложившей фотографии), Оуэна Фисса, Билла Эскриджа, Джастина Драйвера, участников семинаров преподавателей

БЛАГОДАРНОСТИ

Йельской школы права и Собрания Американской ассоциации права и экономики в 2018 году, и двух анонимных рецензентов. Я также благодарен Элисон Маккин за советы по редактированию.

Я глубоко благодарен Карен Крокко, которая добросовестно вносила в эту рукопись казалось бесконечные изменения.

Введение

СЕГОДНЯ экономическую теорию права¹ можно рассматривать как академическую дисциплину, доминирующую в понимании власти закона в Соединенных Штатах и, все чаще, в остальном мире. Она пронизывает (задает им направление) не только такие очевидные экономические области, как антимонопольное законодательство, регулирование и корпоративная организация, но и все прочие отделы права: деликты, договоры, право собственности и экологическое право и многие другие.

Концепции экономической теории права влияют также на обширнейшие сферы деятельности государства. Конечно, в прямом государственном регулировании промышленности неизбежно присутствует экономический компонент, но по мере развития экономической теории права содержание регулирования претерпело существенные изменения, что привело как к совершенствованию оперативных инструментов регулирования, так и к полному устранению целых его областей. Более того, в прямом регулировании производства в конкретных отраслях — таких как, например, меры безопасности в автомобилях,

1. Дисциплина Law and economics известна также как «экономический анализ права», «экономика права» и «право и экономика»; иногда между этими терминами проводят различие, но здесь они используются как взаимозаменяемые. — *Прим. пер.*

гигиена труда и безопасность на рабочем месте, охрана окружающей среды, здравоохранение — в настоящее время доминируют концепции, проистекающие из экономической теории права.

В этой книге делается попытка объяснить происхождение этой дисциплины и источники ее роста в ключевой период ее формирования. Она описывает интеллектуальные истоки этой области знания и ее связь с пониманием правовой системы как того, что задает направление функционированию экономики. В ней рассматривается история дисциплины с момента ее зарождения в 1940-х и 1950-х годах (и ранее) до 1991 года, когда была основана Американская ассоциация права и экономики.

У этой области знания множество истоков, но важнейшие из них — с точки зрения чисто интеллектуальных достижений и направленности — исходят из академической работы, выполненной или вдохновленной учеными юридических факультетов Чикагского и Йельского университетов.

Успехи этих чисто академических начинаний последовали за растущим принятием в XX веке функционального подхода к осмыслению роли права в обществе. Сдвиг в понимании роли правовой системы как чего-то выходящего за пределы простого установления прав, таких как право на владение личной собственностью и право на свободное заключение договоров, в направлении к более функциональному подходу — что является и что должно являться функциональным эффектом правовых норм, касающихся собственности и контрактов, — начался в конце XIX века и с тех пор продолжается по нарастающей.

В конце XIX века право представлялось в основном набором постоянных, непреложных норм, изложенных в книгах судебных кейсов декана Гарвардской школы права Кристофера Лэнгделла

и аналогичным образом применяемых Верховным судом для защиты права частной собственности и свободы договора. Начиная с конца XIX века правовая система уже использовалась, хотя и ограниченно, для регулирования отдельных отраслей промышленности — главным образом некоторых железных дорог и некоторых коммунальных предприятий (Kahn 1970–71; McCraw 1984) — с целью предотвращения ценового сговора и поддержания конкуренции, хотя экономический анализ при разработке этих правовых норм был довольно грубым. Принятие этой функциональной концепции права, однако, было ускорено Депрессией 1930-х годов, которая привела к чрезвычайным общественным потрясениям. Из этого опыта возник консенсус, предусматривающий в целом значительно возросшую роль правительства, включая более агрессивную концепцию возможной роли правовых норм и правил, с целью повышения благосостояния общества.

В обстановке утверждения функционального взгляда на роль права экономическая теория права оказалась наиболее мощным и оправданным методом реализации этого подхода и, таким образом, оказала влияние как на государственную политику, так и на академическую науку.

Наибольшие успехи в области экономического анализа права были достигнуты в Чикаго: благодаря работам Аарона Директора, основавшего *Journal of Law & Economics*; благодаря достижениям Рональда Г. Коуза в качестве его преемника на посту главного редактора этого журнала; благодаря трудам Ричарда А. Познера и многих других.

Работа, которую поощряли и поддерживали Директор и Коуз, касалась в основном вопросов промышленной организации, включая антитрестовское законодательство и регулирование в Соединенных

Штатах. Как будет показано, эта работа, вероятно, демонстрирует наиболее прямое влияние современных представлений экономической теории права на действующее право.

В рамках своего проекта по изучению регулирования Аарон Директор попросил Коуза, который тогда еще не работал в Чикаго, но который ранее писал о британском радиовещании, заняться Федеральной комиссией по связи США. В этом исследовании Коуз пришел к поразительным экономическим идеям, позже наиболее ярко представленным в его феноменальной статье «Проблема социальных издержек», опубликованной в 1960 году (Coase 1960, Коуз 2007б, 92–150), которая революционизировала анализ функций норм общего права, распространив применение экономического анализа далеко за рамки антимонопольного законодательства и регулирования на все право. Коуз показал, что возложение юридической ответственности на ту или иную сторону не оказывает влияния на распределение ресурсов, потому что рыночные механизмы сводят на нет последствия судебного решения, если не учитывать трансакционные издержки, ограничивающие рыночный обмен.

Доводы Коуза потрясли юридическое сообщество, хотя на это потребовалось некоторое время, потому что *Journal of Law & Economics* не занимал тогда своего сегодняшнего центрального места в мире юридической науки. Стандартная точка зрения, напротив, заключалась в том, что законы и юридические нормы или информация об ответственности влияют на деятельность в обществе: например, норма, возлагающая на сторону, запрудившую реку или затопившую ее берега, ответственность за ущерб, причиненный владельцу собственности ниже по течению, заставит отказаться от таких действий. Коуз

с экономической точки зрения посмотрел на дело так, что этот простой вывод не предопределен и зависит от относительной ценности конкурирующих ресурсов выше и ниже по течению и от величины трансакционных издержек, что никогда не учитывалось в рамках стандартного взгляда. Статья Коуза стала революцией в юридическом анализе, вызванной применением экономической теории.

Примерно десятилетие спустя, в начале 1970-х, Ричард А. Познер разработал остроумную теорию, согласно которой все нормы общего права, влияющие на социальное поведение, эффективны в смысле оптимизации затрат и выгод, порождаемых ими. Радикальная идея Познера и внушительная масса доводов, которые он и его умудренный опытом коллега Уильям М. Ландес выстроили в поддержку этой теории, в попытке продемонстрировать эффективность *всех* норм общего права, раздел за разделом, потрясли академическую юридическую среду в неменьшей степени. Поскольку теория Познера была применима ко всему праву, это вынудило практически всех правоведов занять ту или иную позицию в отношении этой версии экономического подхода к праву. Первоначальный шок, вызванный работами Коуза, — хотя потребовалось время, чтобы они были поняты, — и более поздние работы Познера выдвинули экономический анализ права на передний план споров в юридической науке.

В Йеле крупнейшим успехом стала работа моего коллеги Гвидо Калабреззи, посвященная нормам, касающимся несчастных случаев. Калабреззи еще до Познера проанализировал с экономической точки зрения деликтное право, начиная с важной статьи «Некоторые мысли о распределении рисков и деликтном праве», опубликованной в 1961 году, в которой он объяснил функцию сдерживания, при-

сущую этому виду права, а также показал, что эффектом соответствующих норм является изменение распределения рисков и богатства, настаивая на важности этих эффектов для анализа вопросов, которые иначе касались бы исключительно сдерживания (Calabresi 1961). Версия Калабреззи, обобщенная в его важной книге 1970 года «Издержки несчастных случаев» (Calabresi 1970), окончательно заложила экономическую основу для функционального анализа права. Познер вслед за Калабреззи принял аналогичную экономическую модель, но в отличие от последнего в своем анализе эффективности отрицал какую-либо роль вопросов распределения.

В эти первые годы Калабреззи и Познер спорили о важности вопросов распределения богатства при анализе права. Схватка между Калабреззи и Познером привлекла внимание ко всему подходу. Но после этих первоначальных работ Калабреззи обратился к исследованию теорий более высокого уровня (написав множество важных книг и статей по темам, менее связанным с экономическим анализом права); работа Познера казалась эмпирической — большинство статей было основано на исчерпывающем изучении всех дел, связанных с конкретной темой, — и после публикаций многих, казалось бы эмпирических, статей Познера, как единоличных, так и в соавторстве с Ландесом, последователям Калабреззи стало трудно с ними спорить.

На эти же годы пришлись важные работы Генри Манна, которые внесли значительный вклад в успехи этой области. Манна можно рассматривать как проповедника, стремившегося нести миру свет экономической теории права. Манн сам был авторитетным исследователем в этой области, получившим образование в Чикаго (хотя у него также была юридическая степень из Йельского университета, о чем

он обычно умалчивал). Манн пришел к идее рынка корпоративного контроля (сегодня общепризнанной) и выступил с убедительной теоретической критикой ограничений на корпоративную инсайдерскую торговлю (которая до сих пор опережает свое время). Эти две идеи стали играть огромную роль в понимании корпоративного поведения и правовом контроле над ним.

Однако, наверно, самым большим достижением Манна было его продвижение экономической теории права как академической дисциплины: во-первых, путем организации учебных занятий по экономике для незнакомых с ней ученых-юристов и отчасти адвокатов-практиков, чтобы ввести их в суть экономического анализа, и аналогичных занятий для экономистов, чтобы познакомить их с юриспруденцией; во-вторых, путем организации выдающейся серии конференций для ознакомления федеральных судей с основными экономическими принципами; и в-третьих, путем организации конференций, на которые приглашались ученые для обсуждения актуальных вопросов права и экономики.

Как будет объясняться ниже, развитие экономической теории права изменило подход к описанию правовых вопросов во всех областях права и, как следствие, способы решения этих вопросов. На сегодняшний день она добилась наиболее значительных и ощутимых успехов в области регулирования и антимонопольного законодательства. Что касается отраслевого регулирования, можно сказать, что научные исследования в области права и экономики в огромной степени улучшили эффективность методов регулирования, а также породили движение за дерегулирование, в ходе которого многие федеральные регулирующие органы были полностью упразднены или их полномочия были ограничены.

Эти исследования существенно ослабили последующие амбиции в том, что касается расширения регулирования. В области антимонопольного законодательства с середины 1970-х годов Верховный суд США радикально пересмотрел свой подход к антимонопольному анализу, по существу, приняв подход Чикагской школы Аарона Директора. На это изменение в доктрине Верховного суда большое влияние оказал мой покойный коллега Роберт Х. Борк, который сначала работал научным сотрудником при Аароне Директоре, а позднее, что немаловажно, стал генеральным солиситором, а также Ричард А. Познер, который также многому научился у Директора.

Все эти разнообразные интеллектуальные достижения способствовали утверждению функционального подхода к праву, и основным инструментом реализации этого функционального подхода стал экономический анализ. В силу его доминирования на теоретическом уровне, в силу его эмпирического превосходства в понимании эффектов права по сравнению с любым другим подходом и, в гораздо меньшей степени, в силу убеждения многих его сторонников в том, что рыночные решения о распределении ресурсов предпочтительнее правительственных решений, экономический анализ права стал преобладающим интеллектуальным подходом как к пониманию содержания права, так и к разработке будущего права и в правительстве, и в научных кругах.

Взлет экономической теории права был впечатляющим. Исключительно для справки: в 1960 году, во времена «Некоторых мыслей о распределении рисков» Калабреззи и «Проблемы социальных издержек» Коуза, среди штатных преподавателей Гарвардской школы права не было ни одного экономиста и был только один сотрудник, которого можно

было бы назвать юристом-экономистом². На юридическом факультете Чикагского университета работал один экономист³ и не было ни одного юриста-экономиста. В Стэнфордской юридической школе не было экономистов, а был только один юрист-экономист⁴. В Йельском университете был один экономист и один юрист-экономист⁵.

Три десятилетия спустя, на момент основания Американской ассоциации права и экономики в 1991 году, в Гарварде работали три штатных экономиста⁶ и три юриста-экономиста⁷. В Чикаго было два штатных экономиста⁸ и семь юристов-экономистов⁹. В Стэнфорде было три экономиста¹⁰ и четыре юриста-экономиста¹¹, а в Йельском университете было три экономиста¹² и шесть юристов-экономистов¹³.

Сегодня, когда я в 2019 году пишу эти сроки, в Гарварде имеется шесть штатных экономистов с докторской степенью¹⁴ и восемь юристов-эконо-

2. Под этим я подразумеваю юриста, основной интеллектуальной методологией которого является экономический анализ: в Гарварде это был Дональд Тернер, который имел докторскую степень по экономике, но писал исключительно на юридические темы.
3. Аарон Директор, не имевший докторской степени.
4. Бакстер.
5. Уорд С. Боуман — младший, который не имел докторской степени, но был штатным экономистом, и Гвидо Калабреззи.
6. Шавелл, Бебчак и Каплоу.
7. Арида, Джексон и Краакман.
8. Коуз, не имевший докторской степени, и Ландес.
9. Бэрд, Дам, Эпштейн, Фишель, Мейси, Миллер и Пикер.
10. Кэмпбелл, Полински и Стрнад.
11. Бакстер, Гилсон, Грундфест и Скотт.
12. Хансманн, Клеворик и Роуз-Акерман.
13. Калабреззи, Элликсон, Дж. Прист, Романо, Шварц и Винтер.
14. Бар-Гилл, Бебчак, Эльхауг, Каплоу, Шавелл и Спайер.

мистов¹⁵, в Чикаго — два экономиста с докторской степенью¹⁶ и одиннадцать юристов-экономистов¹⁷, в Стэнфорде — четыре экономиста с докторской степенью¹⁸ и восемь юристов-экономистов¹⁹, а в Йеле семь экономистов с докторской степенью²⁰ и восемь юристов-экономистов²¹. Американская ассоциация права и экономики, созданная, опять же, в 1991 году, насчитывает 656 членов.

-
15. Коутс, Фрид, Хэй, Джексон, Краакман, Рамсейер, Ситкофф и Смит.
 16. Бен-Шахар и Ландес (на пенсии, но все еще числятся среди сотрудников).
 17. Бэрд, Бернштейн, Дам (на пенсии), Феннелл, Фишель (на пенсии), Хемель, Левмор, Пикер, Э. Познер, Страхиловиц и Вайсбах.
 18. Донохью, Полински, Стрнад и Сайкс.
 19. Бэнкман, Красвелл (на пенсии), Дейнс, Грундфест, Кесслер, Лемли, Скотт (на пенсии) и Триантис.
 20. Эйрс, Хансманн, Джоллс, Клеворик, Лискоу, Листокин и Роуз-Акерман.
 21. Калабреззи, Элликсон, Мейси, Морли, К. Прист, Дж. Прист, Романо и Шварц. В других крупных юридических школах дело обстояло примерно так же. В Мичигане, например, в 1960 г. не было ни одного доктора экономических наук и только два юриста-экономиста (Каупер и Оппенгейм, оба преподавали антимонопольное право); в 2019 г. — один экономист с докторской степенью (Фокс) и три юриста-экономиста (Крейн, Каупер и Лог). В Нью-Йоркском университете в 1960 г. не было экономистов — докторов наук и был один юрист-экономист (Шварц, преподавал антимонопольное право); в 2019 г. — три доктора (Фердзон, Кахан и Корнхаузер) и тринадцать юристов-экономистов (Адлер, Арлен, Дэвис, Ферст, Фокс, Гейстфельд, Хемпхилл, Мариотта-Ваглер, Миллер, Ревес, Рок, Шарки и Шавиро). В Пенсильванском университете в 1960 году не было докторов наук и было два юриста-экономиста (Хенкин и Шварц, оба преподавали антимонопольное законодательство); в 2019 г. — два доктора (Чан и Сантирико) и девять юристов-экономистов (Бейкер, Фиш, Гельбах, Ховенкамп, Мундхейм, Парчамовский, Вакс, Ю и Вахтер).

Изучение и преподавание экономической теории права получило широкое распространение и в других странах. Помимо Американской ассоциации права и экономики, сегодня существуют Европейская ассоциация права и экономики, Латиноамериканская и Иберийская ассоциация права и экономики, Австралийская ассоциация права и экономики, Канадская ассоциация права и экономики, Ассоциация права и экономики Новой Зеландии, Ассоциация права и экономики Среднего Запада, Бразильская ассоциация права и экономики, Азиатская ассоциация права и экономики, Израильская ассоциация права и экономики, Немецкая ассоциация права и экономики, Итальянское общество права и экономики, Испанская ассоциация права и экономики, Греческая ассоциация права и экономики и Польская ассоциация права и экономики.

Эта книга прослеживает развитие экономического анализа права в период его становления. Она пытается объяснить его истоки, когда в правовой системе начал возникать функциональный подход к праву. В ней характеризуется влияние Великой депрессии и расширения государственной власти на продвижение функционального подхода. Затем в ней рассматривается деятельность Аарона Директора в конце 1950-х годов, направленная на то, чтобы превратить экономический анализ в средство понимания влияния нормативно-правовой системы на распределение ресурсов в обществе.

Затем книга обращается к другим интеллектуальным отцам-основателям этой области — Рональду Коузу, Гвидо Калабрези и Ричарду Познеру — и пытается объяснить значение их деятельности. В книге также обсуждаются усилия Роберта Борка и Генри Манна, направленные на расширение влияния экономического анализа права на государственную

Конец ознакомительного фрагмента.
Приобрести книгу можно
в интернет-магазине
«Электронный универс»
e-Univers.ru