

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ.....	6
ЧАСТЬ ПЕРВАЯ. ЭКОНОМИКА	
I. ПРАВО И ЭКОНОМИКА: ОТ БЕНТАМА К БЕККЕРУ	37
II. РЫНОК СЛОВ	70
III. НОРМАТИВНОЕ ПРАВО И ЭКОНОМИКА: ОТ УТИЛИТАРИЗМА К ПРАГМАТИЗМУ	106
ЧАСТЬ ВТОРАЯ. ИСТОРИЯ	
IV. ЗАВИСИМОСТЬ ПРАВА ОТ ПРОШЛОГО	157
V. ИСТОРИЗМ В ПРАВОВЕДЕНИИ: АКЕРМАН И КАН.....	185
VI. САВИНЬИ, ХОЛМС, ПРАВО И ЭКОНОМИКА ВЛАДЕНИЯ.....	209
ЧАСТЬ ТРЕТЬЯ. ПСИХОЛОГИЯ	
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
ЧАСТЬ ЧЕТВЕРТАЯ. ЭМПИРИЗМ	
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 юристами¹, 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 бессодержательная². 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 неполным³. Акцент на экономике и на потребности в более эмпирическом

¹ 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.

² 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.

³ 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 большим 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 энциклопедии⁴ 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

⁴ 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 транзакций слишком высоки, — «имитация рынка» через объявление результата, который мог бы быть получен, если бы рыночные транзакции были возможны⁵. 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 Коуза⁶. Теорема Коуза утверждает, что, когда рыночные транзакционные издержки равны нулю, установленное законом первоначальное распределение прав никак не влияет на эффективность, поскольку, если это распределение неэффективно, стороны могут его исправить при помощи транзакции, 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 транзакционные 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 транзакционные 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 транзакций, 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.

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

⁶ 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 правописание. 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 Маккиннотт, 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 правописание». 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 геях»), 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 книгах⁷, 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 Тайера⁸, а среди ее сторонников

⁷ 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.*

⁸ *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 право⁹. 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 налоги¹⁰. 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

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

¹⁰ 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 обсуждаться¹¹.

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 книгах¹². 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

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

¹² 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 книгах¹³.

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 образовании¹⁴ и, наконец, подъемом других форм теории права,

¹³ См.: Posner R.A. The Problems of Jurisprudence; The Problematics of Moral and Legal Theory.

¹⁴ Эта слабость частично связана с исторически присущим этой области левачким 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 права¹⁵.

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 книге¹⁶, 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-

¹⁵ 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.

¹⁶ 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 профессорско-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 работе¹⁷ 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 труп 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-

¹⁷ 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 работе¹⁸ 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, регулирующему 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.

¹⁸ В особенности в: *Posner R.A. Sex and Reason and 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 юристов¹⁹. 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 Хэндом²⁰, а до

¹⁹ 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.*

²⁰ 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 обеспечении²¹.

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

²¹ *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 ней²². «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

²² 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 беспамьства увлечены судами и не видят почти ничего, кроме вызывающего их восхищение решения дел в порядке конституционного надзора»²³. Они так мало интересуются законодательством, 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.

²³ *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.

Конец ознакомительного фрагмента.

Приобрести книгу можно

в интернет-магазине

«Электронный универс»

e-Univers.ru