

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие · 9

Благодарности · 15

Введение. Применение экономической логики
к праву · 17

ЧАСТЬ I. СОБСТВЕННОСТЬ · 35

Глава 1. Следует ли разрешить продажу
человеческих органов? · 37

Глава 2. Может ли кто-то владеть солнечным
светом? · 53

Глава 3. Должно ли право принудительного
отчуждения частной собственности быть
доступно частным компаниям? · 71

Глава 4. Приведет ли обмен файлами к краху
музыкальной индустрии? · 93

ЧАСТЬ II. ДОГОВОРЫ · 117

Глава 5. Должны ли суды поощрять нарушение
договора? · 119

Глава 6. Должны ли суды аннулировать пункт
договора, который они считают
недобросовестным? · 150

ЧАСТЬ III. ДЕЛИКТЫ · 171

Глава 7. Должна ли деликтная ответственность регулироваться правилами ответственности при наличии вины или без вины? · 173

Глава 8. Должны ли фирмы нести ответственность за качество товаров? · 209

Глава 9. Приводит ли ответственность за врачебную ошибку к тому, что врачи оказывают слишком много медицинской помощи? · 241

ЧАСТЬ IV. ПРЕСТУПЛЕНИЕ И НАКАЗАНИЕ · 263

Глава 10. Рациональны ли преступники? · 265

Глава 11. Сокращает ли тюремное заключение преступность путем сдерживания или путем физического предотвращения совершения преступлений? · 298

Глава 12. Является ли расовое профилирование недискриминационной стратегией полицейской охраны общественного порядка? · 322

Глава 13. Пристрастны ли судьи при вынесении приговоров? · 346

ЧАСТЬ V. ПОВЕДЕНЧЕСКОЕ «ПРАВО И ЭКОНОМИКА» · 369

Глава 14. Как поведенческая экономическая теория содействует экономическому анализу права? · 371

*Посвящается всем Уинтерам
(в порядке появления):
Сэму, Пэм, Алану, Крису,
Брэду, Крейгу, Джени и Томасу*

*И памяти моей матери,
Берты Уинтер
(1925–2015)*

Предисловие

Мое знакомство с экономическим анализом права произошло в последний год моего обучения в бакалавриате. Я только что перевелся из Трентского университета в Питерборо, Онтарио в гораздо более крупный Университет Западного Онтарио, в городе Лондон. В то время на получение степени бакалавра в Канаде уходило три года, а четвертый год необходим был для того, чтобы получить право обучаться по программе последипломного образования. У меня была степень бакалавра экономики, и год обучения в Университете Западного Онтарио нужен был, чтобы получить право на обучение в его аспирантуре.

У меня была хорошая подготовка по основам экономической теории — микро- и макроэкономике, эконометрике и математической экономике, — и я решил записаться на курс, который казался, судя по его описанию, куда менее формальным, чем те, к которым я привык: «право и экономика». Курс вели Стэн Лейбовиц и Джон Палмер — два экономиста, которые придавали особое значение менее формальным аспектам экономического анализа. Хотя этот курс мне очень понравился, и мне не терпелось изучать аспирантские курсы по этой дисциплине, но там, где я решил получить свою ученую степень — в Рочестерском университете, — мне не представилось такой возможности. В то время в Рочестере не было курсов по «праву и экономике» для аспирантов.

Вместо этого основной областью моего исследования стала теория отраслевых рынков и антимонопольное регулирование, но когда я начал работать преподавателем, я вызвался вести курс «право и экономика». На данный момент я преподаю этот курс уже почти тридцать лет.

Одна из проблем, с которыми я сталкиваюсь в преподавании этого курса в Университете Огайо, заключается в том, что участие в нем требует лишь одного — знание основ микроэкономики. По сути, мне обычно достается группа студентов, состоящая из представителей разных дисциплин, зачастую слабо подготовленных в области экономической теории, особенно на промежуточном уровне, и со слабыми знаниями в области статистики или математики. Со временем я разработал такой курс, который учитывает интересы этой особой группы студентов. Это по-прежнему очень сложный курс — не потому, что я использую много графиков или математики, а потому что я раскрываю перед студентами экономическую логику в той форме, в которой она, на первых порах, почти всегда им чужда.

Хотя за эти годы я использовал различные учебники, я обнаружил, что многие студенты испытывают с ними трудности. Конечно, во многих областях далеко не редкость, что обычный студент не «получает удовольствия» от чтения учебника. Это одна из причин, почему я всегда предпочитал готовить конспекты лекций на основе журнальных статей и препринтов и использовал учебник как дополнение к лекции, а не как замену ей. С годами мои лекционные записи стали более проработанными и полными по вопросам, преподавать которые мне нравится, и я отошел от официальных учебников, предпочитая давать своим студентам материалы для чтения, составленные из отрывков по-

литических или публицистических статей, выдержек из судебных решений и множества материалов, взятых из сети, например, из блогов по экономике и праву.

Представленные в этой книге вопросы отражают суть моего подхода к преподаванию «права и экономики». Когда я знакоблю студентов с новой проблемой, мне нравится предлагать им краткое изложение фактов судебного дела или истории из новостей, а потом предоставлять им возможность обсудить их собственные взгляды на эту проблему. Затем я знакоблю их либо с мнением суда, либо с какими-то мерами государственной политики, и после еще одного обсуждения применяю экономическую логику к рассматриваемой проблеме. Моя основная цель состоит в том, чтобы предоставить студентам всесторонний экономический анализ проблемы, и я уделяю особое внимание позициям современных исследователей по ее теоретическим, эмпирическим и политическим аспектам. Обычный студент моего класса не подготовлен к чтению статей в академических журналах, что было бы необходимо для этого анализа, поэтому мне нравится извлекать из этих статей их интуитивно понятную основу и делать материал более доступным для студентов.

Хотя я и рассматриваю в этой книге много судебных дел, важно подчеркнуть, что это ни в коем случае не сборник прецедентов. Многие из серьезных правовых проблем, поднятых в этих делах, имеют мало общего с экономическим анализом. Судебные дела и примеры, которые я привожу, направлены только на то, чтобы побуждать к экономическому анализу проблемы, а не к правовому анализу, и их выбор необязательно обусловлен их правовой или исторической значимостью. Иногда дело является важной частью последующего экономическо-

го анализа, а в других случаях оно лишь знакомит с проблемой, но далее почти не обсуждается.

Сложность при написании книги такого объема состоит в том, чтобы решить, какие проблемы *исключить*. Мне не составило труда соблюсти требование договора о предельном количестве слов, при этом многие интересные и важные проблемы не прошли отбор. У каждого преподавателя есть излюбленные темы, которые ему нравится преподавать, и, без сомнения, многие из них не будут включены в эту книгу. Я не включил даже некоторые из моих самых любимых вопросов, например, *droit de suite* (право получения гонорара с публикуемых или исполняемых произведений) в праве собственности и «*привлекающий источник опасности*» в деликтном праве. Конечно, есть определенные ключевые темы, которые должны быть включены в любой нормальный учебник по «праву и экономике», и именно поэтому я решил сосредоточиться на большой четверке: собственность, договоры, деликты и уголовные преступления.

Принимая решение о том, какие именно вопросы включить, я следовал простому правилу — использовать то, что, как я знаю, работает лучше всего. Все эти вопросы успешно обсуждались в классе, в некоторых случаях — на протяжении многих лет, в других случаях — лишь несколько раз, поскольку мне нравится постоянно обновлять свой курс. Обычно в моем классе менее двадцати студентов, поэтому мне повезло, что я могу проводить в классе основательные дискуссии. В целом мои студенты находят эти вопросы весьма интересными, особенно когда перед ними открываются новые способы размышлять о них. Я общался также с некоторым числом студентов, которые отправились получать юридическое образование, и они сообщают, что мой курс пригодился им в школе права.

Один из способов, с помощью которых я попытался включить в эту книгу больше проблем, не увеличивая значительно количество слов, состоял в том, чтобы поместить важные идеи в вопросы для обсуждения в конце каждой главы. Типичный вопрос требует от студента выйти за рамки анализа, предложенного в главе. Например, в главе, посвященной авторскому праву (гл. 4), я намеренно опустил обсуждение важной проблемы — доктрины *добросовестного использования*. Вместо этого я оставил это в качестве вопроса для обсуждения, чтобы студенты над ним подумали. Эти вопросы для обсуждения, таким образом, можно использовать как тему для дискуссии в классе, предложить в качестве домашнего задания, использовать как экзаменационные вопросы, или они могут стать основой дополнительного лекционного материала.

Я попытался так написать книгу, чтобы она могла охватить множество стилей преподавания. Некоторым преподавателям нравится готовить лекционные материалы непосредственно на основе учебника, и, если это общепринятый учебник, моя книга может быть использована в качестве дополнительной литературы. В этом случае преподаватель может дать задание прочитать дополнительные материалы, которые очень близко соответствуют основному учебнику (с точки зрения охватываемых тем), но при этом предлагают студентам рассмотреть несколько иные судебные дела и проблемы. Если профессор не опирается на учебник при составлении конспекта лекций, а вместо этого в большей степени опирается на научные статьи, то судебные дела и проблемы в моей книге сочетаются именно с таким научным материалом. А если курс разработан как семинар и особое внимание уделяется активному участию в семинаре, моя книга особенно пригодится для серьезного обсуждения.

Кроме того, моя книга рассчитана на самые различные уровни подготовки студентов. Это позволяет преподавателю решить, как лучше всего представить лекционный материал. Если у студентов есть достаточная специальная подготовка, преподаватель может использовать графики, алгебру или вычисления, когда представляет более формальный материал, а мой текст использовать скорее в качестве интуитивно понятного материала. Если студенты способны понять эмпирический анализ, то многие из эмпирических научных статей, которые я обсуждаю и цитирую, могут быть рассмотрены более подробно. Более того, если преподаватель тяготеет скорее к институциональным аспектам права, то эта книга может предоставить краткое введение в его экономический аспект.

Как и во всех своих работах по экономической теории государственной политики, я стараюсь сделать научный материал интересным, сложным в интеллектуальном плане и, что важнее всего, полезным для широкой аудитории, в данном случае — для студентов бакалавриата. Экономический анализ права — это увлекательная область, и если вдохновлять студентов на то, чтобы они задумывались о применении экономической логики теми способами, которые они раньше не рассматривали, то аудиторные занятия часто могут стать очень интересными. Я надеюсь не только на то, что другие преподаватели сочтут эту книгу полезной для своих курсов, но и что их студенты «получат удовольствие» от ее чтения.

Благодарности

Я особенно благодарен своему редактору Джо Джексону. Я долгое время размышлял об этом проекте и сначала попытался договориться об издании книги с крупным издательством учебников. Хотя к книге и был проявлен интерес, но издатели хотели, чтобы я предоставил большое количество дополнительных электронных материалов. Я же просто хотел написать книгу, а не создать видеоигру. Джо принял этот проект таким, каким он был на самом деле — книгой для студентов, которую действительно нужно было читать. Хотя было немного страшно писать книгу по «праву и экономике» для издательства Чикагского университета, но поддержка и энтузиазм Джо — с того момента, когда я отправил свое предложение, и до того дня, когда я выслал окончательный вариант рукописи, — превратили все это для меня в крайне приятный писательский опыт.

Это мой третий проект вместе с издательством Чикагского университета, и я всегда получаю огромную поддержку всех сотрудников. Я хотел бы поблагодарить за этот проект Лесли Керос, проделавшую исключительную работу по техническому редактированию моей рукописи, и Мелинду Кеннеди, которая действительно прислушалась к некоторым из моих маркетинговых идей. И я хочу также поблагодарить за работу над этим проектом всех тех, с кем я не говорил лично или с кем лично не знаком.

Многие из моих лучших студентов оказывали мне помощь в проведении исследований в течение последних нескольких лет. Я хотел бы отдельно поблагодарить Кэтрин Копас, Криса Денарта, Томаса Ирвина, Дастина Кэлли, Мэтью ле Бара, Фен Яо Ли и Коннора Шварца.

Лишь несколько друзей видели черновую версию рукописи и предложили некоторые конструктивные комментарии. Я благодарю Гвилл Аллен, Гленна Датчера и Томаса Рухти. Я хочу также поблагодарить Стива Шавеля, который не пожалел своего времени и ответил на несколько электронных писем, которые я ему отправил.

И, как всегда, я хотел бы поблагодарить за поддержку свою семью, особенно Томаса — за то, что пока он играл со своим планшетом, я мог работать дома, и Джени, за ее непоколебимую поддержку и любовь.

ВВЕДЕНИЕ

Применение экономической логики к праву

ОДИН из способов познакомиться с экономическим подходом к праву (и социальным вопросам в целом) — это представить экономический анализ в виде трех основных этапов (Winter 2013):

1. Определение теоретических компромиссов, присутствующих в рассматриваемой проблеме.
2. Если это возможно, эмпирическое измерение компромиссов, выявленных на первом этапе.
3. Обсуждение социальной политики, основанное на этапах 1 и 2.

Несколько кратких примеров некоторых из проблем, представленных в этой книге, помогут пояснить ключевые аспекты этих этапов.

Теория

Для любой социальной проблемы, которую вы можете себе представить, обязательно будут существовать компромиссы, или издержки и выгоды, которые нужно будет учесть. Иногда основные компромиссы достаточно очевидны. Увеличение численности местного подразделения полиции приносит выгоду в виде снижения уровня преступности, но оно связано и с издержками, вызванными наймом больше-

го числа сотрудников полиции (см. гл. 10). Основная выгода от авторского права в том, что оно может действовать созданию интеллектуальной собственности, защищая финансовые выгоды автора от потерь вследствие пиратских копий. С другой стороны, наиболее серьезные издержки авторского права заключаются в том, что оно наделяет создателя некоторой монопольной властью, что может привести к повышению цен, которое, возможно, удержит некоторых потребителей от покупки товара (гл. 4).

Другие компромиссы распознать сложнее, особенно непрофессионалу. Закон о трех преступлениях, который очень строго наказывает уголовных преступников, совершивших третье преступление, даже за мелкие преступления, может привести к росту числа убийств (гл. 11). Закон о врачебной ошибке, возможно, заставит врачей повысить уровень медицинского обслуживания, который они предоставляют своим пациентам, даже когда это дополнительное обслуживание не улучшает состояния здоровья и не рекомендовано самими медицинскими работниками (гл. 9).

Именно на первом этапе начинается экономический анализ. Даже те исследователи, которые в своих исследованиях уделяют основное внимание двум другим этапам, должны всегда в некоторой степени учитывать компромиссы, лежащие в основе эмпирической работы или политического анализа, которые относятся к изучаемой проблеме. Экономистов учат распознавать те компромиссы, которые немногие другие специалисты могут учесть. Но как сопоставить эти компромиссы, и какие из них наиболее важны для той или иной рассматриваемой проблемы, — все это в конечном счете требует какой-то эмпирической проверки и количественного анализа. Это подводит нас к следующему этапу.

Доказательство

Некоторые из наиболее горячих споров в области экономического анализа права (и в экономике в целом) связаны с разногласиями в отношении объяснения эмпирических данных. Нередко можно найти большой объем данных, которые подтверждают какую-то гипотезу, и при этом обнаружить множество других данных, которые эту гипотезу опровергают. Если вы попытаетесь определить, наносит ли обмен компьютерными файлами серьезный ущерб музыкальной индустрии, то данные будут неоднозначными (гл. 4). Если вы попытаетесь определить, является ли расовое профилирование эффективным полицейским методом снижения преступности или всего лишь проявлением расовой предвзятости сотрудников полиции, то данные будут неоднозначными (гл. 12). Если вы попытаетесь определить, сдерживает ли смертная казнь убийства — возможно, наиболее обсуждаемый вопрос в «праве и экономике», — то данные будут неоднозначными (гл. 10). В чем причина подобного заметного отсутствия согласия между этими эмпирическими исследованиями? Причин несколько.

Для эмпирического анализа необходимы данные, которые могут быть получены из нескольких источников, например, опросов, наблюдаемой рыночной информации и контролируемых экспериментов. К сожалению, данные часто трудно собирать, и в результате они часто измеряются неточно. Возможны также разные способы измерения одной и той же переменной, что приводит к вопросу о том, какой способ наиболее подходит для использования. Более того, реальный мир огромен, и его сложно измерять; то есть для каждой данной пробле-

мы может существовать большое число переменных, значимых для анализа. В связи с этим большое число данных, которые были бы необходимы для точного измерения соотношения выгод и издержек, может быть просто недоступно. Наконец, и, возможно, это важнее всего, существует множество правильных подходов к эмпирическому анализу. Различные статистические методы и различные способы организации данных могут быть использованы для проверки одной и той же гипотезы. Это разнообразие эмпирических методологий неизбежно приводит к разнообразию результатов.

Необходимо также учесть сложности, которые встречаются в эмпирическом анализе. Одна из таких проблем касается учета *искажающих факторов*. Для того чтобы определить, склонны ли судьи выносить разные приговоры чернокожим и белым мужчинам или выносить разные приговоры мужчинам и женщинам, легко сравнить средние сроки тюремного заключения по расовым или гендерным категориям (гл. 13). Вы, скорее всего, обнаружите, что у чернокожих мужчин более длительные сроки тюремного заключения, чем у белых мужчин, а сроки тюремного заключения у мужчин длиннее, чем у женщин. Но есть два очевидных искажающих фактора (среди нескольких прочих), которые также влияют на длительность тюремного заключения и должны быть приняты в расчет: серьезность преступления правонарушителя и его криминальное прошлое. Если группа, которая получает более длительные сроки тюремного заключения, в среднем также совершает более серьезные преступления и имеет более богатое криминальное прошлое, то возможно, именно эти факторы играют решающую роль в объяснении длительности сроков тюремного заключения. Важно отметить, что эти искажаю-

щие факторы не исключают возможности судебской предвзятости. Напротив, учет этих факторов позволяет исследователю быть более уверенным в том, что результат можно объяснить с помощью рассматриваемой переменной, например, предвзятости судей, а не этими другими факторами.

Другая проблема, которая часто встречается в эмпирическом анализе, — это *обратная причинно-следственная связь*. Одно простое предсказание в борьбе с преступностью утверждает, что если нанять больше сотрудников полиции, то уровень преступности упадет (гл. 10). Причинно-следственная связь, поэтому, такова, что большее число полицейских приводит к меньшему числу преступлений. С другой стороны, несложно также предсказать, что если повысится уровень преступности, могут быть наняты дополнительные сотрудники полиции. Теперь причинно-следственная связь такова: большее число преступлений приводит к большему числу полицейских. Без правильного учета подобной обратной причинно-следственной связи исследование, пытающееся определить, является ли наем сотрудников полиции разумным подходом к сдерживанию преступности, может обнаружить, что большее число полицейских ведет к *росту* преступности. Но этот результат может возникнуть из-за обратной причинно-следственной связи, а не из-за того, что было опровергнуто предсказание о том, что рост числа полицейских приведет к снижению преступности.

Подобные проблемы хорошо известны всем, кроме совсем уж неумелых исследователей, поэтому случаи, когда на них не обращают внимания в эмпирических исследованиях, редки. Реальная проблема заключается в том, что могут быть разногласия по поводу того, какие из искажающих факторов наиболее важны и должны быть учтены, а так-

же как именно нужно исправлять проблему обратной причинно-следственной связи. Одновременно с другими проблемами, рассмотренными выше, существуют и искренние различия в том, как исследователи подходят к эмпирическому анализу, которые регулярно приводят к неоднозначным результатам по многим, если не по всем, социальным вопросам. Но может быть и еще хуже. Что если предвзятость исследователя *недобросовестна*?

Рассмотрим следующие гипотетические ситуации:

1. Американская ассоциация звукозаписывающей промышленности финансирует исследование, которое приходит к выводу, что обмен музыкальными файлами подрывает музыкальную индустрию.
2. Американская медицинская ассоциация финансирует исследование, которое в конце концов выясняет, что реформа деликтного права, уменьшающая бремя ответственности за врачебную ошибку, улучшает состояние здоровья пациентов.
3. Группа, выступающая в поддержку смертной казни, финансирует исследование, которое в конечном счете обнаруживает, что вынесение смертных приговоров уменьшает число убийств.

Насколько вы доверяете результатам этих исследований? Доверяли бы вы больше этим результатам, если бы они *не* финансировались этими группами?

Иногда ученых, занимающихся эмпирическими исследованиями, критикуют за то, что на них оказывает влияние их источник финансирования. Но даже без стороннего финансирования предвзятость исследователя все еще может влиять на эмпирическое исследование. Если исследователь, не получающий финансирования и поддерживающий смертную

казнь, выясняет, что смертный приговор уменьшает число убийств, должен ли быть оставлен без внимания этот результат? Если тот же исследователь обнаруживает, что смертный приговор не снижает числа убийств, следует ли относиться к этому результату с большей серьезностью, чем в случае, когда он получен другим исследователем, про которого известно, что он занимает нейтральную позицию? Насколько важно оценивать предвзятость исследователя, каковы бы ни были ее причины, для определения чистоты эмпирических результатов?

Сложность в учете предвзятости исследователя не в том, что она может оказаться проблемой, но в том, что она *всегда* может быть проблемой. Можно ли быть до конца уверенным, что исследователь совершенно непредвзят? Конечно, целесообразным было бы требовать от исследователей, чтобы те раскрывали источники своего финансирования, если таковые имеются, но еще важнее, чтобы исследователи открыто сообщали о своих *данных*. Повысить доверие к результатам эмпирических исследований можно, если дать другим возможность проверить чистоту данных, воспроизвести результаты и протестировать надежность результатов с помощью различных статистических операций. Для этих целей важно, чтобы исследователи *обменивались* данными.

У исследователей всегда была возможность сделать свои данные доступными для других, но до недавнего времени их редко заставляли делать это. В настоящее время нет сложностей с передачей больших компьютерных файлов, и многие научные журналы теперь в качестве условия публикации требуют от исследователей, чтобы те передавали свои данные. Рассмотрим, к примеру, заявление редакторов журнала *Journal of Law and Economics*, ведущего журнала в этой области:

Политика *Journal of Law and Economics* состоит в том, чтобы публиковать статьи, только если использованные в анализе данные четко и точно подтверждены документами и доступны любому исследователю в целях повторения исследования. Авторы принятых статей, содержащих эмпирические исследования, моделирование или экспериментальные исследования, должны перед публикацией предоставить журналу данные, программы и другие детали расчетов, достаточные для того, чтобы было возможно повторить исследования. Они будут размещены на сайте журнала JLE. В случае, если данные, использованные в статье, являются чьей-либо собственностью или по каким-либо другим причинам вышеизложенные требования не могут быть выполнены, редакторов следует известить об этом в момент подачи статьи (сайт журнала JLE).

Хотя подобные меры и могут сделать менее острой проблему необъективности исследователей, но они не способны помочь в случае отсутствия согласия, которое является обычным следствием эмпирических исследований. Однако важно заметить, что разногласия по поводу этапа 2 практически не снижают ценности экономической логики. Есть обоснованные и бурные разногласия по поводу того, как измерять соотношения издержек и выгод, но это просто неизбежное следствие самого характера эмпирической работы. Любая научная дисциплина, которая пытается применять эмпирический анализ к политическим вопросам, будет вынуждена столкнуться с теми же проблемами.

Этапы 1 и 2 обычно являются неотъемлемыми частями этапа 3, политического этапа, но не наоборот. Экономический анализ, даже анализ правовых норм «реального мира», не обязательно должен включать

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