Дэвид Д. Фридман

Порядок в праве

Какое отношение экономика имеет к праву и почему это важно

право и экономика

Издательство Института Гайдара

Дэвид Д. Фридман — американский экономист, физик, правовед и теоретик либертарианства. В 1965 году закончил с отличием Гарвардский университет, получив степень бакалавра по химии и физике. Защитил диссертацию по теоретической физике (1971) в Чикагском университете. С 2000 по 2002 г. работал в *New America Foundation*. В настоящее время — профессор права в университете Санта-Клары и главный редактор журнала *Liberty*. Известен работами по теории рыночного анархизма, изложенной в самой популярной его книге «Механика Свободы» (1973, переиздана в1989 и 2014). Автор книг: «Теория цен: краткий экскурс» (1986), «Скрытый порядок: экономика повседневной жизни» (1996) и «Несовершенное будущее» (2008).

Дэвид Фридман объясняет, что́ экономическая теория добавляет к пониманию права и как понятия рациональности, ценности и транзакционных издержек могут в конечном счете выявить скрытое единство разных разделов права. Независимо от того, идет ли речь о предельной профилактике правонарушений, разрешении споров между фермерами и железными дорогами или о социальных функциях авторского права, Фридман дает неспециалистам исчерпывающее изложение своего юридического предмета.
Ричард А. Эпштейн, Чикагский университет

Сначала излагаются принципы и ценности экономического анализа права, а затем этот подход иллюстрируется и выдвигаются доводы в его защиту в живой и компетентной манере. Возможно, эта книга не сможет убедить любого читателя в том, что экономика дает ключ к пониманию права, но аргументы приводятся в ней со знанием дела и очень решительно.
The Law and Politics Book Review

ИЗДАТЕЛЬСТВО
ИНСТИТУТА
ГАЙДАРА

ПОРЯДОК В ПРАВЕ

David D. Friedman

Law's Order

What Economics Has to Do with Law and Why It Matters

PRINCETON UNIVERSITY PRESS
PRINCETON, NEW JERSEY · 2000

Дэвид Д. Фридман

Порядок в праве

Какое отношение экономика имеет к праву и почему это важно

Перевод с английского
Инны Кушнаревой

Под научной редакцией
Марины Одинцовой

ИЗДАТЕЛЬСТВО ИНСТИТУТА ГАЙДАРА
МОСКВА · 2017

УДК 34
ББК 67.404
Ф88

Фридман, Д.

Ф88 Порядок в праве. Какое отношение экономика имеет к праву и почему это важно [Текст] / пер. с англ. И. Кушнаревой; науч. ред. перевода М. Одинцова. — М.: Изд-во Института Гайдара, 2017. — 576 с.

ISBN 978-5-93255-494-4

Опираясь на многочисленные примеры из обычной жизни, обладающий глубоким знанием метода Чикагской школы экономист Дэвид Д. Фридман энергично выступает в поддержку экономического подхода к праву. Он разъясняет отношения между правом и экономикой понятным языком, доступным студентам, юристам и читателям-неспециалистам, нисколько при этом не жертвуя интеллектуальным весом представленных идей. Фридман идеально подходит для того, чтобы говорить от имени этого подхода к праву, который вызывает споры не потому, что опровергает выводы традиционных правоведов, а потому, что он меняет саму суть их аргументов. Кроме того, в отличие от традиционных доктрин, экономика предлагает единый подход, применяющий одни и те же теоретические идеи к пониманию и оценке правовых норм договорного, уголовного, деликтного права, права собственности и любых других категорий права, как в современной Америке, так и в другие времена и в других местах, — а также систем негосударственных норм, таких как социальные нормы.

УДК 34
ББК 67.404

ISBN 978-5-93255-494-4

Copyright © 2000 by Princeton University Press

Все права сохранены. Никакая часть данной книги не может быть воспроизведена в какой бы то ни было форме с помощью каких-либо электронных или механических средств, включая изготовление фотокопий, запись, поиск и хранение информации, без письменного разрешения издателя.

© Издательство Института Гайдара, 2017

Содержание

Введение · 9

Глава 1. Какое отношение экономическая наука имеет к праву? · 17

Глава 2. Эффективность и все такое · 35

Глава 3. Что не так с миром? Часть 1 · 51

Глава 4. Что не так с миром? Часть 2 · 65

Глава 5. Определение и защита прав: собственность, ответственность и спагетти · 84

Глава 6. О горящих домах и взрывающихся бутылках колы · 111

Глава 7. Бросание монеты и автомобильные аварии: *ex post* против *ex ante* · 130

Глава 8. Игры, торг, блеф и прочие сложности · 147

Глава 9. Столько, сколько стоит ваша жизнь · 166

Интермеццо. Вкратце об американской правовой системе · 180

Глава 10. Мое, твое и наше: экономика права собственности · 195

Глава 11. Облака и колючая проволока: экономика интеллектуальной собственности · 222

Глава 12. Экономика договора · 253

Глава 13. Брак, секс и дети · 299

Глава 14. Деликтное право · 329

Глава 15. Уголовное право · 392

Глава 16. Антимонопольное законодательство · 431

Глава 17. Другие пути · 467
Глава 18. Вопрос, который ставит в тупик: уголовное преступление или деликт · 500
Глава 19. Эффективно ли общее право? · 530

Эпилог. Чем мы занимались в предшествующих девятнадцати главах, или Описание слона · 551

Эта книга посвящается
Аарону Директору и Рональду Коузу
с любовью и уважением

Введение

Чем я занимаюсь?

Если бы в мире жил всего один человек, у него было бы много проблем, но ни одна из них не была бы правовой. Добавьте второго обитателя, и мы получаем возможность конфликта. Мы оба пытаемся сорвать одно и то же яблоко с одной и той же ветки. Я преследую оленя, которого ранил, но обнаруживаю, что вы его уже убили, разделали и собираетесь приготовить и съесть.

Очевидное решение — насилие. Это не очень хорошее решение; если мы его применим, наш маленький мир может сократиться до одного человека или вообще обезлюдеть. Более удачное решение, которое нашли все известные доселе человеческие общества, — система правовых норм, явных или неявных, некоторый относительно мирный способ определения в случае конфликта желаний, кто и что должен делать и что случится, если он этого не сделает.

Наиболее привычные для нас правовые нормы — это законы, созданные законодателем, исполнение которых обеспечивают суды и полиция. Но даже в нашем обществе значительная часть права — это результат деятельности не законодателей, а судей, запечатленный в прошлых прецедентах, определяющих, как будут рассматриваться будущие дела; соблюдение закона обеспечивают в значительной степени частные стороны, такие

как жертвы несчастного случая и их адвокаты, а не полиция; и значительная совокупность правовых норм принимает форму не законов, а частных норм, исполнение которых обеспечивается в частном порядке.

Отдаляясь во времени и пространстве, мы сталкиваемся с гораздо большим разнообразием как источников правовых норм, так и способов обеспечения их исполнения. Если рассматривать все системы правовых норм, встречающиеся повсеместно и во все времена, то способы создания и обеспечения исполнения правовых норм в Америке в текущем столетии — это просто факты, одно из множества вероятных решений проблемы конфликта между людьми, одна из многих возможных систем правовых норм. Основное внимание в этой книге уделяется последнему столетию или последним двум столетиям англо-американского права, не потому, что оно важнее других правовых систем, а потому, что автор, большинство читателей и ученых, о чьих идеях я буду здесь говорить, знают об этой правовой системе больше, чем о правовых нормах гомеровской Греции, Папуа — Новой Гвинеи, Исландии периода саг или округа Шаста в Калифорнии. Но идеи, которые я обсуждаю, применимы к этим системам не в меньшей степени, чем к нашей, — в чем мы убедимся, когда вкратце обсудим некоторые из них в главе 17.

Есть много способов рассмотрения правовой системы, среди которых можно встретить точку зрения историка права, философа права или юриста, желающего найти аргументы, с которыми согласится суд, или составить договор, который будет иметь исковую силу. Эта книга написана экономистом. Мой подход состоит в попытке понять системы правовых норм с точки зрения того, к каким последствиям они приведут в мире, где рациональные индивиды согласовывают свои действия с правовыми нормами, с которыми они сталкиваются.

Хотя это не единственный возможный подход, он имеет очень широкое применение. Правовые нормы существуют, по крайней мере в значительной степени, для того, чтобы изменить поведение людей, на которых они воздействуют. Ограничение скорости возникает потому, что необходимо, чтобы люди ездили медленнее. Правовая норма, в соответствии с которой любая неясность в договоре должна быть истолкована против той стороны, которая составляла договор, существует для того, чтобы договоры составлялись более тщательно.

Экономический подход работает в двух направлениях. Если исходить из цели, он предлагает способ оценки правовых норм, способ решить, насколько хорошо они достигают этой цели. Если исходить из правовой нормы, точнее, из системы правовых норм, он предоставляет способ их понимания — позволяет понять, на достижение какой цели они были направлены.

Основная предпосылка экономической науки — *рациональность*: поведение лучше всего можно понять с точки зрения целей, которые оно намеривается достичь. Вторая предпосылка, которая красной нитью проходит через всю книгу, состоит в том, что системы правовых норм или по крайней мере большие системы правовых норм имеют смысл — их можно понять как инструменты с определенными целями. Предпосылка о рациональности не будет подвергаться здесь сомнению, хотя по этой теме существует обширная литература, из которой наибольший интерес, на наш взгляд, представляют недавние работы по эволюционной психологии. Вторая предпосылка будет рассматриваться неоднократно. Один из вопросов, постоянно возникающих в этой книге: в какой степени наблюдаемые нами правовые нормы могут быть объяснены как инструменты, в частности как инструменты, предназначенные для достижения определенной цели, экономической эффективности, которую эко-

номический анализ чаще всего им приписывает? В главе 19 я обобщаю все свидетельства и выношу неоднозначный приговор.

Что с этим не так?

Система правовых норм не является исключительно результатом сознательного человеческого замысла, возможно, даже является им лишь в малой своей части. В значительной мере она представляет собой незапланированный результат большого числа независимых решений законодателей, ведущих торг вокруг отдельных положений закона, или судей, пытающихся вынести и обосновать приговор в конкретных делах. Таким образом, у подобной системы, возможно, нет цели, которую мы могли бы обнаружить. Нет гарантии, что мы сможем понять смысл любой конкретной системы правовых норм, поскольку нет гарантии, что в ней есть смысл. Люди от рождения наделены превосходной способностью к обнаружению закономерностей — настолько хорошей, что мы можем найти закономерности не только там, где их не заметит совершенный компьютер, но даже там, где их нет. Один из вопросов, которые вы должны себе задавать, в особенности приближаясь к концу этой книги: в какой степени экономика открывает порядок в праве, а в какой она сама ему его приписывает?

Одно из возражений против экономического подхода к пониманию логики права состоит в том, что в праве может и не быть логики, которую нужно понять. Еще одно возражение, совершенно иного толка, заключается в том, что в праве есть собственная логика, но она имеет отношение или по крайней мере должна иметь отношение не к экономической эффективности, а к справедливости. Мы наказываем преступников не для того,

или по крайней мере не только для того, чтобы достичь хороших результатов, но потому, что преступники заслуживают наказания. Мы требуем от причинителей вреда, чтобы они возмещали убытки своих жертв не потому, что это дает людям стимул не становиться причинителями вреда, но потому, что справедливость требует, чтобы человек, причинивший ущерб, заплатил за него. На том же самом основании мы настаиваем на том, что ребенок должен убрать за собой, если он устроил беспорядок.

На эту весьма убедительную аргументацию у меня есть два ответа. Первый состоит в том, что справедливость не дает удовлетворительного объяснения права, как потому, что есть на удивление широкий круг правовых вопросов, к которому она не имеет никакого отношения, так и потому, что у нас нет соответствующей теории, объясняющей, что делает одни правила справедливыми, а другие несправедливыми. В значительной степени наше интуитивное понимание справедливости — следствие, а не причина; мы полагаем, что правила справедливы просто потому, что нас так воспитали.

Мой второй ответ заключается в том, что во многих, хотя, вероятно, не во всех случаях оказывается, что правила, которые мы поддерживали, как нам казалось, потому что они справедливы, на самом деле эффективны. Для большей ясности я решил полностью пренебречь вопросами справедливости в моем анализе. Оценивая, в какой степени правовым нормам удается давать каждому то, что он хочет, и судить их соответственно, я ставлю на одну доску и мое желание сохранить свою собственность, и желание вора ее отнять. Тем не менее вы увидите, что многое из того, что внешне кажется справедливым — например, законы против воровства и требование о том, чтобы люди, устроившие беспорядок, убирали за собой, — в итоге оказывается эффективным. Думаю, это интересно.

И для кого я это делаю?

Эта книга предназначена для трех разных читательских аудиторий. Первая — общеизвестный умный неспециалист, кто-то, считающий, что было бы интересно кое-что узнать о праве и экономике и о том, какое отношение они имеют к друг к другу, к нему и к миру, в котором он живет, и потому читает эту книгу примерно по тем же причинам, по которым я читаю «Эгоистичный ген» или «Красную королеву». Вторая группа — профессиональные юристы, которые хотели бы узнать побольше об экономическом подходе к их области. Третью группу составляют студенты, скорее всего, учащиеся на экономическом факультете или в школе права, читающие эту книгу, потому что им задал ее читать их преподаватель, — я надеюсь, что в итоге они решат, что это не единственная причина, чтобы ее прочесть.

Когда пишешь для разных читательских аудиторий, одна из проблем заключается в том, что они нуждаются в разных книгах. Студенты, особенно студенты-юристы, так же как в некоторой степени профессиональные юристы, ожидают, что в книге будут научный аппарат, состоящий из примечаний, ссылок на судебные дела, обширная библиография и тому подобные вещи, которые умный неспециалист сочтет слишком громоздкими и излишними. Я решил эту проблему, перенеся научный аппарат в киберпространство. Эта книга написана для неспециалистов, в ней нет примечаний и совсем мало ссылок на судебные дела или на литературу. Вместе с ней я разработал вебсайт, содержащий, как я надеюсь, все, что студент или профессиональный юрист сочтет недостающим в бумажной книге, которую он сейчас держит в руках: http://www.daviddfriedman.com/laws_order/.

Одна из причин, по которой я написал книгу именно так, состоит в том, что я испытываю сме-

шанные чувства в отношении научного аппарата, даже в академическом контексте. Конечно, полезно иметь под рукой указатели, ведущие к судебным делам, статьям и тому подобным вещам. Но эта книга в основе своей посвящена структуре идей, а эту структуру очень легко потерять из виду в лабиринте академических деталей — легко потерять не только читателю, но и самому автору. Я до сих пор с отвращением вспоминаю первую главу ранней книги по этой теме, всю испещренную крючками, на которые вешались примечания, и не содержавшую практически ни единого предложения, которое сообщало бы реальную информацию читателю, не знавшему заранее, чему должна научить эта книга.

Я надеюсь, что, сведя книгу к ее сути и воспользовавшись современной технологией, позволяющей убирать все куда-то в другое место, чтобы не мешалось, но в то же время было под рукой, я смог получить выгоды от научного аппарата без его издержек. В то же время я создал для себя пространство, в котором я могу постоянно все пересматривать и дополнять, но так, чтобы не пришлось тратить деньги на печатание новых изданий. Читатели, которые захотят мне помочь в этом процессе, найдут адрес моей электронной почты на веб-странице книги.

И наконец, дорожная карта

Есть два способа организовать экономический анализ права: экономический или юридический, по экономическим идеям или по разделам права. В этой книге я применяю оба. Первая часть книги описывает в общих чертах основные экономические концепции (рациональность, экономическую эффективность, внешние эффекты, ценность жизни, экономическую теорию распределения рис-

ков и так далее), которые могут быть использованы для понимания широкого круга правовых вопросов. За ними следует интермеццо на одну главу, где я кратко описываю устройство нашей правовой системы, прежде всего для тех читателей, которые не являются ни юристами, ни студентами школ права. Во второй части экономика применяется к анализу ключевых разделов права — грубо говоря, к курсам, которые студент-юрист слушает в первый год обучения, — и она соответствующим образом организована.

В заключительной части то, что мы до этого узнали, находит самое разнообразное применение: есть глава о правовых системах, сильно отличающихся от нашей (включая ту, что расположена в нескольких часах езды от того места, где я нахожусь); глава, посвященная вопросу о том, почему у нас две правовые системы (деликтное право и уголовное право), выполняющие разными способами примерно одну и ту же функцию, и не следует ли нам избавиться от одной из них; и глава, рассматривающая доводы в поддержку и против утверждения о том, что право, по крайней мере то, что создается решениями судей, экономически эффективно. Эта книга завершается заключительной главой, в которой я пытаюсь резюмировать то, что мы узнали о системах правовых норм.

ГЛАВА 1

Какое отношение экономическая наука имеет к праву?

Вы живете в штате, в котором самое суровое наказание за уголовное преступление — пожизненное заключение. Учитывая, что вооруженное ограбление — очень тяжкое преступление, кто-то предлагает ввести за него пожизненное заключение. Специалист по конституционному праву спросит, как это соотносится с запретом на жестокие и необычные наказания. Философ права задаст вопрос о том, справедливо ли это.

Экономист укажет, что если наказание за вооруженное ограбление и вооруженное ограбление с убийством будет одинаковым, то дополнительное наказание за убийство будет равно нулю, и спросит, действительно ли мы хотим, чтобы грабители оказались заинтересованы в убийстве своих жертв.

Вот как экономическая наука связана с правом. Экономическая наука, чей предмет на самом глубоком уровне не деньги или экономика, а последствия рационального выбора, — важнейший инструмент, позволяющий просчитать последствия правовых норм. Знание последствий, к которым приведут правовые нормы, играет центральную роль как в понимании правовых норм, которые мы имеем, так и в решении о том, какие правовые нормы нам следует иметь.

Основная предпосылка экономического подхода к праву и ко всему остальному состоит в том, что люди рациональны. Человек стал уличным грабителем по той же причине, по которой я стал экономистом: учитывая его вкусы, возможности

и способности, это наиболее привлекательная из доступных ему профессий. То, какие законы принимаются, как они толкуются и как применяются, в конечном счете зависит от того, какое поведение отвечает рациональным интересам законодателей, судей и полиции.

Рациональность не означает, что грабитель составляет сложную таблицу с колонками издержек и выгод, прежде чем решит ограбить ваш дом. Вооруженный грабитель не анализирует, как убийство жертвы повлияет на вероятность того, что его поймают, уменьшит ли оно ее на 10 или 20%. Но если очевидно, что оно уменьшит риск быть пойманным, не увеличив наказание, он, вероятнее всего, нажмет на курок.

Даже в этом более слабом смысле люди не всегда рациональны. Я, например, порой подкладываю себе лишнюю порцию спагетти, хотя, тщательно просчитав долгосрочные интересы, я должен был бы от нее отказаться. Мне хорошо известна моя нерациональность, и я могу принять меры для борьбы с ней. Обнаружив, что чашка с картофельными чипсами, стоявшая поблизости, таинственным образом опустела, я по крайней мере из предосторожности уберу ее подальше.

Но я недостаточно хорошо знаю других людей — широкие массы людей, к которым должен применяться экономический анализ права, — недостаточно, чтобы включить их проявления нерациональности в мой анализ того, как правовые нормы воздействуют на их поведение. Я знаю о них только то, что, как и я, они имеют цели, которые хотят достичь, и, как правило, стремятся, хотя и не всегда, правильно выбирать способы их достижения. Это предсказуемый элемент поведения человека, и именно на нем строится экономика.

Должны ли лица, совершившие вооруженное ограбление, получать десять лет или пожизненный срок, — не столь животрепещущий вопрос для боль-

шинства из нас. Гораздо важнее вопрос о критерии доказанности. Насколько обоснованными должны быть доказательства против вас, чтобы вас признали виновным в преступлении или чтобы вы проиграли гражданский иск и должны были возместить убытки?

Есть искушение сказать, что никого нельзя наказывать до тех пор, пока мы не будем уверены, что он виновен. Но при таком критерии никто никогда не получит наказания; даже наиболее обоснованное доказательство только устанавливает вероятность. Даже признание не является абсолютным доказательством вины. Хотя наша правовая система больше не допускает пыток, она разрешает сделки о признании вины, и невиновный ответчик может предпочесть риску длительного тюремного заключения по обвинению в совершении тяжкого преступления признание вины по обвинению в менее тяжком преступлении. Научное доказательство тоже не является окончательным: даже если у нас есть точное соответствие между ДНК подозреваемого и ДНК преступника, всегда остается возможность того, что кто-то в лаборатории совершил ошибку или у подозреваемого есть однояйцевый близнец, о котором он ничего не знает. Если мы хотим хотя бы кого-то осудить, мы должны сделать это на основе доказательства, не дотягивающего до абсолюта.

Но насколько не дотягивающего? Повышение критерия доказанности сокращает вероятность осуждения невиновного подсудимого, но увеличивает вероятность оправдания виновного. Стоит ли это делать, зависит от относительных издержек этих двух видов ошибок. Если, как писал Блэкстоун более двухсот лет назад, лучше освободить десять виновных, чем осудить одного невиновного, то мы должны повышать критерий доказанности до тех пор, пока не будем спасать одного невиновного ответчика ценой освобождения не более

чем десяти виновных. По всей видимости, в итоге мы получим весьма высокий критерий.

Фактически законодательство в Соединенных Штатах и в других подобных системах требует высокого критерия доказанности («при отсутствии разумного сомнения») в уголовных делах, но лишь низкого критерия («наличие более веских доказательств») в гражданских. Почему? Нельзя просто сказать, что мы с большей осторожностью осуждаем за уголовные преступления, поскольку эти наказания более строгие. В конце концов, присуждение миллионного возмещения убытков для большинства из нас — гораздо более суровое наказание, чем неделя в тюрьме.

Экономическая наука подсказывает простое объяснение. Типичный результат проигранной тяжбы — выплата ответчиком денежной суммы истцу. Результатом осуждения за совершение уголовного преступления могут стать тюремное заключение или казнь. Высокий процент ошибок в гражданских делах означает, что бывает так, что я проигрываю иск, который должен был выиграть, и плачу вам какие-то деньги, а бывает, что вы проигрываете иск, который должны были выиграть, и платите какие-то деньги мне. В среднем само наказание не создает никаких чистых издержек, это просто перечисление денежных средств. Высокий процент ошибок в уголовных делах означает следующее: бывает, что меня повесят за убийство, которого я не совершал, а бывает, что вас повесят за убийство, которого не совершали вы. В уголовных делах, в отличие от гражданских, проигрыш одного человека не является выигрышем для другого. Наказание в основном представляет собой чистые издержки, а не трансферт, поэтому с ним следует быть осторожнее.

В качестве примера применения экономической теории к другому разделу права рассмотрим обязательную гарантию годности для проживания — пра-

вовую доктрину, в соответствии с которой некоторые суды решают, что квартиры должны отвечать установленным судом стандартам в отношении таких удобств, как отопление, горячая вода, иногда даже кондиционирование воздуха, независимо от того, оговариваются ли эти условия в договоре об аренде на самом деле, особенно в тех случаях, когда в договоре специально оговорено их отсутствие. Прямым следствием этой доктрины становится то, что некоторые арендаторы получают удобства, которые арендодатели в противном случае не стали бы предоставлять. В результате некоторым хозяевам от этого правила хуже, некоторым жильцам лучше. Кажется, что поддержка или оспаривание правила зависят от того, чью сторону вы занимаете.

Однако в долгосрочной перспективе наблюдается иной результат. Каждый договор об аренде автоматически включает гарантию качества. Это делает аренду более привлекательной для жильцов и более затратной для хозяев. Кривая предложения, кривая спроса и цена, арендная плата за квартиру, взлетают вверх. С точки зрения жильца, дело не в том, имеют ли для него ценность удобства, затребованные судом, но в том, оправдывают ли они те деньги, которые за них придется заплатить.

Ответ может оказаться отрицательным. Если бы ценность этих удобств для жильца была выше затрат хозяина на них, хозяева уже снабдили бы ими сдаваемое в аренду жилье и включили бы их в стоимость аренды. Если хозяину они обходятся дороже, а для жильца они менее ценны, тогда требование их предоставления и соответствующая корректировка арендной платы, скорее всего, приведут к тому, что и благосостояние хозяина, и благосостояние жильца ухудшится. Особенно высока вероятность ухудшения положения малоимущих жильцов, потому что именно они едва ли будут ценить дополнительные удобства по более высокой цене. Циничный наблюдатель мог бы сделать вы-

вод, что истинная цель этой доктрины — вытеснить бедняков из тех территориальных образований, которые применяют эту доктрину, сделав незаконной предоставление в аренду жилья того качества, которое они могут себе позволить.

Если мой анализ последствий этой правовой доктрины показался неубедительным, рассмотрим аналогичный пример закона, требующего, чтобы все автомобили были оснащены люками на крыше и CD-плеерами. Одних клиентов, которые в любом случае заплатили бы за эти удобства, этот закон никак не коснется. Другие обнаружат, что получили удобства, которые они ценят ниже того, во что они им обходятся, и вынуждены расплачиваться за них более высокой ценой автомобиля.

Это краткий очерк экономической проблемы умеренной сложности, и результат не такой ясный, как может показаться из этого очерка. Если постараться, можно легко построить гипотетические ситуации, в которых ограничение условий аренды будет выгодно одним жильцам и хозяевам в ущерб другим, или большинству жильцов, или большинству хозяев. Если еще больше постараться, можно придумать ситуацию, в которой ограничение будет выгодно и жильцам, и хозяевам. Важно не то, хороши или плохи ограничения условий договора, а то, что невозможно оценить их последствия, рассматривая только условия, которые подвергаются ограничениям. Следует также учитывать, какое действие ограничения окажут на другие условия договора, в моем примере — на арендную плату.

Кажется, что в каждом отдельном деле на карту поставлено то, как правовая система поступит с этим особым набором событий, каждое из которых уже произошло. С этой точки зрения, обращенной в прошлое, зачастую трудно понять смысл действующего права. Причина не в том, что право лишено смысла, а в том, что мы смотрим в неверном направлении.

Например, предположим, что я воспользовался особенно удачной возможностью столкнуть моего богатого дядюшку со скалы. По исключительно неблагоприятному стечению обстоятельств оказавшийся поблизости человек, занимавшийся наблюдением за птицами, направил на меня камеру в самый неподходящий момент, в результате чего меня поймали, судили и признали виновным. На суде мой адвокат заявил, что мое преступление было вызвано соединением невероятного искушения (дядя был очень богат, я очень беден) и невероятно удачного случая — и что у меня только один богатый дядя. К тому же, если я буду осужден, едва ли будущие потенциальные жертвы отправятся со мной в горы. Следовательно, заявил он, суд должен признать меня виновным, а затем освободить. Что бы они ни сделали, я больше никого не убью, а если меня повесят или посадят в тюрьму, отметил мой адвокат, это не вернет моего дядю к жизни.

Вывод странный, но доводы кажутся логичными. Большинство правоведов ответят на это, что право озабочено не только последствиями, но и справедливостью. Мое освобождение не принесет вреда, но это, тем не менее, неправильно.

Экономист предложит другой ответ. Ошибка не в том, что мы смотрим на последствия, а в том, что мы смотрим не на те последствия, на убийство, которое уже произошло в прошлом, а не на убийства, которые могут произойти в будущем. Оставив меня безнаказанным, суд заявит о правовой норме, которая уменьшает риск наказания для других племянников, которые могут столкнуться в будущем с подобными искушениями. Казнь конкретного убийцы не вернет к жизни его жертву, но правовая норма, которую она установит, может удержать будущих убийц и спасти тех, кто мог бы стать их жертвами. *О правовых нормах следует судить по структуре стимулов, которые они создают, и по тому, как люди меняют свое поведение в ответ на эти стимулы.*

Уголовные преступления и договоры — не единственные разделы права, для которых может оказаться полезным экономический подход. Штрафы за превышение скорости задуманы не как своего рода нерегулярный налог, но как способ заставить автомобилистов ездить с меньшей скоростью. Деликтное право определяет то, что происходит с людьми, попавшими в аварию, и потому влияет на стимулы, связанные с действиями, которые могут привести или не привести к аварии, — например, технический осмотр тормозов, пьяное вождение, отказ от поездки на автомобиле. Гражданский процессуальный кодекс определяет, какого рода информацию участники процесса вправе требовать друг от друга, и тем самым влияет на стимулы фирм вести (или не вести) отчетность, расследовать (или не расследовать) проблемы, возникающие в связи с их продукцией, которые могут стать предметом тяжбы, судиться или не судиться. Законы о разводе определяют, при каких обстоятельствах вы можете расторгнуть брак, что само по себе становится одним из факторов, учитываемых при его заключении. Предметом экономического анализа права является право. Все право целиком.

Правильное применение взрывчатых веществ в юридической теории

Студент-физик, изучивший классическую механику и теорию электрических явлений, получил основы знаний, необходимых для того, чтобы иметь дело с практически любой проблемой физики, возникшей до начала XX века. Добавьте факты и математику — и все готово. Включите сюда теорию относительности и квантовую механику — и можете убрать оговорку «до начала XX века». Студент-экономист, освоивший теорию ценообразования, имеет основы знаний для того, чтобы заниматься по-

чти любой проблемой, на которую экономическая теория дает ясный ответ, поэтому многие из курсов, предлагаемых на экономическом факультете, представляют собой всего лишь применение теории ценообразования к таким областям, как транспорт, сельское хозяйство, торговля или право. Студент-юрист, научившийся разбираться в деликтном праве, имеет основы знаний для того, чтобы разбираться в деликтном праве. Если он захочет разобраться в уголовном праве, ему придется начать все сначала.

Экономическая теория меняет дело. Прочтя несколько следующих глав, вы получите набор интеллектуальных инструментов. В остальной части книги эти инструменты применяются к разным разделам права. Вы увидите, что, разобравшись с собственностью, договором или деликтом с точки зрения экономической теории, вы фактически уже проделали основную часть работы по пониманию любого из остальных разделов. Хотя каждый из них ставит некоторые специальные проблемы, основной анализ является общим для всех.

Это одно из объяснений противоречивого положения экономической теории внутри юридического научного сообщества. Она, с одной стороны, дает возможность разобраться в том, чем занимаются ученые-правоведы, а с другой — утверждает, что для того, чтобы правоведы могли до конца понять, чем они занимаются, они должны сначала изучить экономическую теорию. В мире идей, как и в мире геополитики, империализм зачастую не пользуется успехом у тех, кто становится его мишенью.

Вторая причина противоречивого положения экономического анализа заключается в том, что он порой приходит к выводам, с которыми многие правоведы не согласятся, — например, с тем, что законы, направленные на «защиту» арендаторов, могут ухудшить их положение. Ученых, приме-

няющих экономический анализ к праву, по обыкновению обвиняют в консерватизме, понимаемом не в буквальном смысле, как желание сохранить все без изменений (в этом смысле в любой области ученые-традиционалисты оказываются консерваторами, а те, кто бросает им вызов, — радикалами), но в современном политическом смысле.

В этом обвинении есть доля истины, особенно если заменить «консервативный» на «либертарианский». Отчасти это обусловлено тем, что экономист пользуется предпосылкой о том, что люди рациональны. Хотя эта предпосылка, как мы увидим, не устраняет всех причин для вмешательства в результаты работы рынка, многие из них она все-таки отменяет. И хотя рациональность — это оптимистичная предпосылка, когда она применяется к тем, кто предположительно действует в своих интересах (продает и покупает, подписывает договоры, заключает браки или разводится), она может быть пессимистичной в отношении людей, которые, как считается, должны действовать в интересах других, например в отношении судей или законодателей. Их рациональность может означать, что они рационально жертвуют интересами, которым они, как принято считать, должны служить, скажем, справедливостью и общественным благом, в угоду собственным личным интересам.

Но хотя экономисты с большей вероятностью, чем традиционные правоведы, получат одни ответы и не получат других, основной результат экономического анализа состоит не в изменении выводов, а в изменении аргументов — для обеих сторон спорного вопроса. Экономический анализ дает убедительный аргумент в пользу смертной казни как средства сдерживания преступлений, но, как мы увидим в главе 15, он точно так же дает дополнительный аргумент против смертной казни. Применительно к закону об арендодателях и арендаторах самое поразительное следствие состоит в том, что то, какие

правовые нормы вы предпочитаете, должно очень мало зависеть от того, о чьих интересах вы печетесь — арендодателя или арендатора. В большинстве случаев плохой закон ударит по обеим группам, а хороший им обеим поможет, по крайней мере в долгосрочной перспективе. Почти при каждом своем применении экономический анализ придает совершенно новую форму аргументам, из которых следуют юридические выводы. Как следствие, среди прочего, этот инструмент, или, если хотите, средство борьбы, оказывается полезен людям с самыми разными политическими программами.

Чему право может научить экономистов?

До сих пор я обсуждал экономический анализ права с точки зрения экономиста, желая показать моим коллегам-правоведам, почему они должны изучать экономику, если надеются понять право. Однако это не совсем одностороннее взаимодействие. Экономистам тоже есть чему поучиться.

Экономисты применяют свою общую теорию в основном к абстрактным понятиям, таким как собственность, обмен, фирмы, капитал, труд. Очень многое из того, чем занимаются юристы и профессора права, подразумевает работу с воплощениями этих понятий в реальном мире.

Экономист может говорить о ком-то, кто владеет участком земли, и предполагать, что на этом все заканчивается. Юрист, имеющий дело с собственностью, непосредственно сталкивается с тем фактом, что собственность на землю — непростая идея. Как то, что я владею участком земли, влияет на кого-то, кто хочет пролететь над моей землей, выкопать рядом с ней котлован, в который может сползти мой дом, пустить свой скот на мою землю и позволить ему съесть мои овощи, построить на своей земле конструкцию, которая затенит

мой бассейн? А если кто-то сделает что-то, что нарушает мои права собственности, что я имею право сделать — попросить его уйти, подложить ему мину или подать против него иск о возмещении убытков?

Эти проблемы возникают в реальных делах, с которыми приходится иметь дело судьям и адвокатам. Чем больше вы о них думаете, тем яснее становится, что вы владеете не участком земли, а пучком прав, относящихся к этому участку. Например...

Некто строит во Флориде новый отель, затеняющий бассейн отеля, расположенного ниже на берегу моря. Владельцы старого отеля подают иск о возмещении убытков. Традиционный экономический анализ утверждает, что они должны выиграть дело. Новый отель заставляет старый нести издержки; если застройщика признают ответственным, это заставит его учитывать эти издержки, — которые экономисты называют внешними издержками или *экстерналиями*, — при принятии решения о том, стоит ли строить новый отель.

Но, как указал Рональд Коуз в статье, в значительной мере заложивший основы экономического анализа права, это слишком простой ответ. Возможно, верно, что, если застройщик нового отеля не несет ответственности, ему не потребуется учитывать издержки, которые он создает, разместив свое строение в таком месте, где оно затеняет бассейн по соседству. Но если он *несет* ответственность, соседу на более раннем этапе не нужно учитывать издержки, которые он создает, разместив свой бассейн там, где здание, построенное в будущем на соседнем участке, может его затенить, и тем самым заставив владельца этого участка либо оставить его пустующим, либо застроить и выплатить убытки. Мы имеем не издержки, которые одна сторона заставляет нести другую, а издержки, созданные совместно решениями обеих сторон.

Решение этой проблемы, предложенное Коузом, частично состоит в том, чтобы сформулировать

ее не в терминах внешних издержек, а в терминах прав собственности. Одно из прав, имеющих ценность для владельцев обоих отелей, — это право собственности на поток солнечного света, который в настоящее время освещает бассейн. Если это право принадлежит владельцу земли, на которую сейчас падает солнечный свет, то есть владельцу старого отеля, тогда застройщика нового отеля может считать ответственным за нарушение этого права. Если не принадлежит, то нельзя. Право имеет ценность для владельцев обоих расположенных по соседству участков: одному владельцу оно необходимо, чтобы защитить свой бассейн, другому — чтобы иметь возможность построить здание, которое его затенит.

Решение, предложенное Коузом, — это не правовая ответственность, а обмен. Сформулируйте относящиеся к делу правовые нормы таким образом, чтобы одна из сторон имела бы очевидное право на поток солнечного света. Если для другой стороны это право ценнее, то есть если прибыль от строительства отеля выше затрат на перенос бассейна, она может его выкупить. Таким образом, Коуз, обратившись к реальным делам, в которых судам приходилось выбирать из конкурирующих видов землепользования, радикально пересмотрел экономический анализ внешних эффектов — тему, к которой мы еще вернемся в главе 4.

Как происходило развитие: три задачи права и экономики

Экономический анализ права включает три тесно связанных между собой задачи: предсказание последствий, которые будут иметь отдельные правовые нормы; объяснение, почему эти правовые нормы существуют; решение вопроса о том, какие правовые нормы должны существовать.

Первая задача наиболее очевидна. Хотя многие полагают, что последствия — не единственный фактор, определяющий, плох или хорош закон, мало кто считает, что последствия не важны. В той мере, в какой экономический анализ помогает нам постигать последствия законов и судебных решений, особенно неочевидные, он полезен любому, кто пытается создавать и понять право. Если введение смертной казни за вооруженное ограбление приведет к росту числа убийств — это довод, хотя необязательно решающий, против того, чтобы ее вводить. Если от ограничения условий аренды и хозяевам, и жильцам становится хуже — это довод, возможно даже решающий, в пользу того, чтобы позволить им самостоятельно договариваться друг с другом.

Вторая задача — использование экономической теории для объяснения существования правовых норм, которые мы наблюдаем. Это сложная проблема. Правовые нормы создаются законодательными органами и судами, а у нас нет удовлетворительной теории, экономической или какой-либо еще, которая бы объясняла поведение и тех, и других. С теоретической точки зрения этот проект относится к разделу экономики, который называется «теория общественного выбора» и который до сих пор находится на стадии формирования. В нем были сделаны интересные первые шаги, такие как модель бюро, максимизирующего бюджет, у Нискане-на и анализ Беккером политического рынка, на котором группы интересов конкурируют при принятии законов и более сплоченные и организованные группы обычно используют государство, чтобы получать выгоды за счет менее сплоченных и менее организованных групп, однако пока еще этот раздел не смог предложить до конца разработанную и общепринятую экономическую теорию управления.

Есть, однако, одна гипотеза в отношении права, сыгравшая центральную роль в развитии направ-

ления «право и экономика». Это тезис, которым мы обязаны Ричарду Познеру, о том, что общее право, то есть право, которое исходит не от законодателей, а основано на прецедентах, созданных судьями, принимающими решения по делам, чаще всего экономически эффективно. Я неявно опирался на эту гипотезу, когда объяснял разницу между критерием доказанности, необходимым для осуждения по уголовному делу, и тем, что требуется для осуждения по гражданскому делу; в моих аргументах принималось как само собой разумеющееся то, что правовые нормы устроены так, что достигается надлежащий компромисс между издержками ошибочного оправдания и издержками ошибочного осуждения.

Что дает основания предполагать, что правовые нормы таковы? Один ответ, предложенный Познером, состоит в том, что два главных вопроса, которые, как мы полагаем, должны беспокоить судей, — это эффективность (то, как правовые нормы влияют на размер пирога) и распределение (как они влияют на то, кому какой кусок пирога достанется). Общее право в основном состоит из правовых рамок для добровольных трансакций. Поэтому, как показывает приведенный пример договоров об аренде, влияние изменений в праве на распределение иллюзорно; когда мы заставляем изменить какое-то условие договора в интересах одной стороны, другие условия (такие как цена) сдвигаются в противоположном направлении, нивелируя воздействие на распределение. Если право трудно использовать для перераспределения, кажется вполне разумным, что судьи оставляют задачу перераспределения законодательным органам и сосредоточиваются на эффективности.

Другие предлагают совсем иной аргумент для того же самого вывода: неэффективные правовые нормы порождают тяжбы, а тяжбы в конечном счете приводят к изменениям в нормах. Если какая-то

норма общего права мешает людям делать что-то, в чем у них есть взаимная заинтересованность, они либо попытаются ее изменить, либо будут ее обходить. В конечном итоге они добьются успеха. Мы получим общее право, созданное «как бы невидимой рукой» для максимизации экономической эффективности.

Кроме этих теоретических доводов о том, почему мы могли бы ожидать эффективности от общего права, есть также эмпирический довод о том, что нормы общего права, которые мы наблюдаем в большинстве случаев, хотя и не во всех, были бы именно теми нормами, которые мы получили бы, попытавшись разработать экономически эффективную правовую систему. Чрезвычайно плодотворная карьера Познера как правоведа-теоретика состояла главным образом в накапливании подтверждений этого довода. В последующих главах мы будем, среди прочего, заниматься изучением этих подтверждений путем сравнения выводов экономической теории с законами, которые мы наблюдаем. В главе 19 мы вернемся к тезису Познера, чтобы подытожить теоретические и эмпирические аргументы за и против.

Тезис Познера об эффективности общего права естественным образом подводит к третьей, наиболее спорной части права и экономики — использованию экономического анализа для решения, каким должно быть право. Если мы заключим, что отдельная норма общего права, — например, обязательная гарантия пригодности для проживания, о которой говорилось выше, — экономически неэффективна, что она делает нас в итоге беднее, можно будет сделать вывод о том, что Познер ошибается. Кроме того, мы можем сделать из этого вывод, что мы должны изменить эту норму.

С точки зрения простой логики утверждать, что правовые нормы эффективны, и утверждать, что они должны быть эффективны, — разные вещи.

Можно считать, что законы должны быть эффективными, но не эффективны, или что они эффективны, но не должны быть таковыми, что при создании закона большее значение должно придаваться не экономической эффективности, а другим ценностям. Однако на практике эти два утверждения легко путают и часто объединяют. Познер выдвигает оба, хотя в обоих случаях с существенными оговорками.

Я неоднократно ссылался на «экономическую эффективность», не объясняя, что означают эти слова. В этом, как и во многих других случаях, опасно предполагать, что слово в его техническом употреблении имеет тот же смысл, что и в других употреблениях. Слово «strike» означает совершенно разные вещи в бейсболе, боулинге и в трудовых отношениях. «Эффективный» означает совершенно разные вещи применительно к моторам, работникам и экономикам.

Экономическую эффективность полезнее всего представлять себе как попытку экономиста прояснить смысл метафоры «размер пирога». Это сделать сложно потому, что относящийся к делу пирог — не один объект, который мы можем взвесить или измерить, а множество разных благ и услуг, издержек и выгод, разделенных между сотнями миллионов людей. Неясно, как все они могут быть приведены к общим единицам и суммированы для того, чтобы сказать, увеличит ли данное изменение правовых норм (или что-то еще) итоговую сумму или уменьшит. Решение этой проблемы будет предметом рассмотрения в следующей главе.

К этому моменту у вас мог возникнуть один вопрос: имеет ли все это какое-либо отношение к реальному миру? Один из возможных ответов на него — вернуться к двум примерам, с которых я начал данную главу: создание стимулов для грабителей к убийству своих жертв и удорожание квартир. Вы должны задавать вопрос не о том, убедил ли вас мой анализ в моей правоте — в конце

концов, я предложил всего лишь набросок аргументации, а о том, стали ли вы лучше понимать эти проблемы, чем понимали их до того, как прочли эту главу. Если ответ положительный, значит, экономический анализ права имеет некоторое отношение к реальному миру.

Второй способ ответить на этот вопрос — задуматься о том, действительно ли люди всегда рациональны. Если мы знаем, что от какого-то действия благосостояние какого-то человека увеличится, хорошая ли это причина — именно хорошая, а не бесспорная — для того, чтобы ожидать, что он его предпримет? Если ответ положительный, готовы ли вы его обобщить, распространив на полицию, судей, законодателей, взломщиков, уличных грабителей и потенциальных жертв? Если ответ по-прежнему положительный, значит, вы согласны с основной предпосылкой, на которой построена эта теория.

ГЛАВА 2

Эффективность и все такое

ПРАВОВЫЕ нормы влияют на множество людей самым разным образом. В таком большом и сложном обществе, как наше, можно быть уверенным наверняка, что принятие или отклонение какого-либо закона ухудшит благосостояние одних людей, включая тех, кто ничем не заслужил этого ухудшения, и улучшит благосостояние других, включая тех, кто ничем не заслужил этого улучшения. Как же в таком случае можно решить, каким должен быть закон?

Один из возможных ответов: мы должны иметь те законы, которые наилучшим образом отвечают нашим интересам, — приводит к тому, что люди получают результаты, наиболее близкие к желаемым. Естественно, встает проблема: как суммировать людей? Если закон приносит выгоду одним и ущемляет других, как бывает с большинством законов, то как решить, каков его конечный результат — потеря или приобретение, издержки или выгоды? Как положить на весы пирог, в котором содержится все, что происходит с каждым человеком на Земле или хотя бы в Соединенных Штатах, чтобы одним единственным способом измерить его размер?

I. Очень большой пирог и все мы в нем

Чуть менее столетия назад экономист по имени Альфред Маршалл предложил решение этой проблемы. Это не самое хорошее решение. Но оно

во многих, хотя и не во всех случаях лучше, чем любое другое решение, которое кто-либо с тех пор предлагал. Поэтому экономисты и в школах права, и на экономических факультетах продолжают использовать решение Маршалла, порой скрывая его за более поздними и (на мой взгляд) менее удовлетворительными объяснениями и оправданиями.

Аргументация Маршалла исходит из рассмотрения какого-либо изменения — введения или отмены тарифа, пересмотра налогового кодекса, перехода в деликтном праве от строгой ответственности к небрежности. В результате этого изменения чье-то благосостояние улучшается, чье-то — ухудшается. В принципе степень изменений можно измерить, спросив каждого, кого оно коснулось, сколько он готов заплатить, чтобы получить выгоду (если изменение улучшило его благосостояние) или избежать потери (если его благосостояние ухудшилось). Если сумма положительная, если общие выгоды больше общих потерь, мы можем считать это изменение экономическим улучшением; если она отрицательная — экономическим ухудшением.

В отношении этого способа оценки следует сделать несколько оговорок. Одна состоит в том, что мы принимаем оценку каждым человеком ценности тех вещей, которые на него влияют. Измеряя последствия легализации наркотиков для героиновых наркоманов, мы спрашиваем не о том, улучшит ли легальный доступ к героину их благосостояние, а о том, считают ли они сами, что он его улучшит, о том, сколько каждый героиновый наркоман заплатит, если потребуется, за легализацию героина. Вторая оговорка: мы сравниваем последствия для разных людей, используя доллары как общую единицу — не реально заплаченные или полученные доллары, а доллары как общую единицу измерения ценности, способ разместить все издержки и выгоды на одной шкале.

II. Как суммировать людей?

Эксперимент, в котором людям задают подобные вопросы, является воображаемым не только потому, что мы его не проводим, но и потому, что, если бы провели, едва ли люди сказали бы правду. Если кто-то спросит у вас, как сильно вы чего-то желаете, в ответ рациональнее значительно преувеличить ценность этой вещи в надежде, что вам ее дадут.

Мы получаем нужную информацию, не задавая вопросы, а наблюдая за поведением, за тем, сколько люди готовы отдать за вещи, и делая выводы на основе этих наблюдений. Я полагаю, что героиновые наркоманы готовы были бы заплатить существенную сумму за легализацию героина, потому что вижу, что они платят большие деньги за нелегальный героин. Экономисты называют этот подход «выявленными предпочтениями». Предпочтения выявляются через выбор.

Если вы по-прежнему недоумеваете, как вообще можно произвести оценку конечного результата некоторой правовой нормы для населения численностью несколько сотен миллионов человек, рассмотрим следующее, обманчиво простое применение подхода Маршалла:

> У Мэри есть яблоко. Джон хочет яблоко. Мэри оценивает яблоко в 50 центов, а это означает, что ей безразлично, будет ли у нее яблоко или 50 центов вместо него. Джон оценивает яблоко в 1 доллар. Джон покупает яблоко за 75 центов.

У Мэри больше нет яблока, но вместо него есть 75 центов, поэтому в чистом выражении ее благосостояние увеличилось на 25 центов, поскольку она оценивала яблоко всего в 50 центов. У Джона больше нет 75 центов, но есть яблоко, поэтому

его благосостояние увеличилось на 25 центов, поскольку он оценивал яблоко в 1 доллар. У обоих увеличилось благосостояние, общая выгода составляет 50 центов. Передача яблока была улучшением.

Точно так же она была бы улучшением ровно на ту же сумму, если бы Джон, опытный участник переговоров, сумел получить яблоко за 50 центов: он зарабатывает 50 центов, она ничего не зарабатывает, суммарная прибыль снова 50 центов. То же самое было бы, если Мэри умела бы лучше торговаться и продала бы яблоко за 1 доллар, за полную сумму, в которую его оценивал Джон.

Точно так же перемещение яблока было бы улучшением на ту же сумму, если бы Джон украл яблоко (нулевая цена) или если бы Мэри его потеряла, а Джон нашел. Благосостояние Мэри уменьшилось бы на 50 центов, благосостояние Джона увеличилось бы на 1 доллар, общая выгода составила бы 50 центов. Все это варианты эффективного размещения яблока: передача его Джону, который оценивает его дороже, чем Мэри. Они различаются распределением дохода, то есть тем, сколько денег в итоге получат Джон и Мэри.

Так как мы измеряем стоимость в долларах, легко спутать «получение ценности» с «получением денег». Но рассмотрим наш пример. Общая сумма денег не меняется, мы просто перераспределяем их между двумя лицами. Общее количество блага тоже не меняется, поскольку мы прерываем наш анализ после того, как Джон получил яблоко, но прежде, чем он его съел. Тем не менее общая ценность увеличилась на 50 центов. Она увеличивается, потому что одно и то же яблоко Джон оценивает дороже, чем Мэри. Перемещение денег не меняет общую ценность. Для всех один доллар — это один доллар.

Теперь мы расширим наш анализ, применив подход Маршалла не к трансакции (Джон покупает у Мэри яблоко), а к правовой норме. Это будет правило свободы торговли: любой владелец яблок

имеет право их продавать или не продавать на любых взаимоприемлемых условиях.

В нашем мире из двух человек результат эффективен. Если Джон ценит яблоко больше, чем Мэри, — Джон его купит; если Мэри ценит яблоко больше, она не будет его продавать. То же самое, если яблоко у Джона. Это эффективный исход, следовательно, свобода торговли — эффективное правило.

Теперь мы добавляем третью сторону, Анну, еще одну претендентку на яблоко Мэри.

Сначала предположим, что Анна очень любит яблоки, она готова заплатить 1 доллар 50 центов за штуку. Анна предлагает более высокую цену, чем Джон, и получает яблоко. Яблоко переходит от человека, который оценивал его в 50 центов, к человеку, который оценивает его в 1 доллар 50 центов, с чистой выгодой в 1 доллар и с распределением выгоды между Мэри и Анной в зависимости от того, кто из них умеет лучше торговаться. Этот исход лучше, чем тот, когда яблоко попадает к Джону с общей выгодой в 50 центов или остается у Мэри с нулевой общей выгодой. Свобода торговли по-прежнему представляется эффективным правилом.

Далее предположим, что Анна не так уж любит яблоки; она готова заплатить до 75 центов, но не больше. На этот раз Джон предлагает более высокую цену, чем Анна, и получает яблоко. Общая выгода (50 центов) выше, чем в случае, если яблоко попадет к Анне (тогда она была бы всего 25 центов) или останется у Мэри (снова ноль).

Исходя из этих примеров, вы можете убедиться, что в нашем мире с тремя лицами и одним яблоком свобода торговли — эффективное правило. Какие бы допущения о том, кто и насколько ценит яблоко, вы не делали, правило приводит к тому, что яблоко попадает к человеку, который ценит его наиболее высоко, тем самым максимизируя общую выгоду.

Это простой пример в очень маленьком мире, но его достаточно, чтобы проиллюстрировать основы того, как на практике работает подход Маршалла. Примеры зависели от конкретных допущений о том, кто и как оценивал яблоко, но сам аргумент — нет. Аргумент состоял не в том, что «Анна дороже всего оценивает яблоко, следовательно, правило эффективно», а в том, что «если Анна дороже всего оценивает яблоко, она его получит, что эффективно; если Джон оценивает яблоко дороже, он его получит, что эффективно».

Аргументы об эффективности правовых норм редко опираются на данные о том, насколько высоко разные люди оценивают вещи. Обычно мы стараемся учитывать все возможные или по крайней мере все вероятные оценки и искать правовую норму для всех них, в нашем случае — это свобода торговли. Когда это невозможно, мы получаем менее убедительные выводы, обычно в форме «если большинство людей... тогда правило X эффективнее, но если...».

Наш простой пример также иллюстрирует еще один важный момент: экономика занимается не деньгами, хотя с ними удобно заключать транзакции и удобно о них говорить. Тот же самый аргумент можно было бы отработать, потратив пару лишних страниц на объяснение, для мира, где деньги не были изобретены. В начале у Мэри есть яблоко. У Джона — буханка хлеба. У Анны — груша. У всех троих есть ножи для обмена. Никаких денег не требуется.

III. Всегда ли эффективность есть благо?

Подход Маршалла к определению экономической эффективности имеет два преимущества:

1. Порой он позволяет ответить на вопросы вроде «когда и почему в деликтном праве эффективна

строгая ответственность?» или «какова эффективная степень наказания за преступление?».

2. Хотя понятие «эффективности» не идентично понятиям «желательности» или «необходимости», оно достаточно к ним близко, чтобы ответ на вопрос «что эффективно?», по меньшей мере, имел некоторое отношение к ответу на вопрос «что нам следует делать?», хотя и не является идентичным ему.

Иначе говоря, «бóльшая эффективность» по Маршаллу имеет, по крайней мере, фамильное сходство с тем, что люди понимают под словом «лучше», и к тому же намного точнее и удобнее в применении. Однако фамильное сходство — не идентичность, как можно легко продемонстрировать, если мой шестилетний сын отправится с моим фото в паспорте в винный магазин. Прежде чем согласиться с тем, что идея экономической эффективности полезна, стоит обратить внимание на ее ограничения.

1. Она предполагает, что важнее всего последствия. Тем самым она исключает возможность оценки правовых норм на основе критериев, которые не исходят из последствий, например критерия справедливости.

Предположим, шериф видит, что толпа вот-вот расправится с тремя невиновными подозреваемыми в убийстве, и, чтобы решить проблему, заявляет (ложно), что у него есть доказательство вины одного из них, и стреляет в него. Если судить с точки зрения последствий и допустить, что более совершенного решения не было, это решение покажется несомненным улучшением — спасены две жизни. Тем не менее у многих из нас останутся серьезные моральные сомнения в отношении шерифа.

2. Эта концепция предполагает, что при оценке последствий правовой нормы для одного человека учитываемые ценности — это ценности самого этого человека, которые находят выражение в его

действиях, что нет существенного различия между ценностью инсулина и героина.

3. Она предполагает, что при суммировании ценностей разных людей мерилом может служить готовность платить, что 10 долларов, которые один готов заплатить за то, чтобы получить выгоду, уравновешивают 10 долларов, которые другой готов заплатить, чтобы избежать потерь. Но большинство из нас считает, что измеренный по некоторому более важному критерию, такому как счастье, доллар ценнее для одних, чем для других: ценнее для бедных, чем для богатых, ценнее для материалистов, чем для аскетов.

Если бы мы утверждали, что экономическая эффективность — идеальный критерий для оценки правовых норм, что любая норма, которая дает лучший исход по критерию Маршалла, всегда предпочтительнее, эти возражения носили бы серьезный, возможно, даже критический характер. Это не столь серьезные возражения, если мы утверждаем, что это только лучший критерий из имеющихся. Чтобы понять, почему это так, рассмотрим альтернативные критерии.

Утверждение, что мы должны выбирать справедливые нормы, хотя и вызывает положительные эмоции, недостаточно информативно. Экономическая ценность может выражать только часть того, что мы хотим получить от правовой системы, но экономическая теория, по крайней мере, говорит нам о том, как этого добиться. А последствия — важная часть того, что мы хотим. Доктрина *fiat justicia, ruat coelum* («пусть погибнет мир, но свершится правосудие»), по моему опыту, обычно провозглашается людьми, которые уверены, что на самом деле свершение правосудия не погубит мир.

В ходе изучения экономического анализа права мы будем наблюдать поразительное соответствие между справедливостью и эффективностью. Во многих случаях принципы, которые мы считаем

справедливыми, близко соответствуют правилам, которые, как мы обнаружим, эффективны. Примеры разнообразны, от «Не укради» и «Наказание должно соответствовать преступлению» до требования о том, чтобы уголовное наказание назначалось только при доказательстве вины за пределами разумного сомнения. Отсюда можно вывести смелую гипотезу: то, что мы называем принципами справедливости, на самом деле — практические правила получения эффективного результата, которые мы некоторым образом усвоили. Достаточное ли это объяснение справедливости — решать вам.

Определение ценности, исходящее из того, что я готов сделать, чтобы ее получить, не всегда дает правильный ответ, но непонятно, как получить более совершенное определение. Если ценность для меня определяется не на основе моих действий, то из практических соображений, чтобы контролировать то, что в итоге произойдет, она должна определяться исходя из действий кого-то другого. Пока статуя правосудия остается на своем пьедестале, а не сходит с него, чтобы вершить справедливость, действия людей — единственное средство, которое может двигать миром. Тогда встает проблема найти «кого-то другого», кто лучше меня разбирается в моем интересе и кому можно доверить его осуществление.

Последнее возражение против эффективности — то, что она не учитывает разную ценность доллара для разных людей, — возможно, самое серьезное. Маршалл отвечал на это, что большинство вопросов экономики затрагивают выгоды и издержки больших и разнородных групп людей, поэтому различия в индивидуальной ценности денег (говоря языком экономики, «предельной полезности дохода»), скорее всего, будут усреднены.

На первый взгляд кажется, что этот довод неприменим к праву; принято считать, что одни правовые нормы благоприятствуют богатым, другие —

бедным, поэтому оценка правовых норм с точки зрения того, как они действуют на стоимость в долларах, может отличаться от оценки с точки зрения того, как они воздействуют, например, на общее счастье. Но первые впечатления часто обманчивы. Экономический анализ учит нас в том числе и тому, что очень трудно использовать общие правовые нормы для перераспределения богатства, что законы «в пользу богатых» и «в пользу бедных» не работают ни на тех, ни на других.

Один пример тому мы видели в предыдущей главе, в контексте обязательной гарантии пригодности для проживания — доктрины, которую многие люди, включая судей, считали способом улучшить положение малоимущих жильцов за счет их домохозяев. Изменение одного из условий договора в одном случае для одного жильца может принести выгоду этому жильцу, но, если правовые нормы последовательно меняют одно условие в интересах одной стороны, другие условия тоже начинают меняться. Если рассматривать взятое в отдельности дело с точки зрения подхода, обращенного в прошлое, покажется, что перераспределение от одной стороны к другой — это выход; если рассматривать влияние правовой нормы на то, как будут действовать затронутые этим изменением стороны в будущем, может оказаться, что это не так.

Рассмотрим в качестве крайнего случая закон, «выгодный» малоимущим арендаторам, который предусматривает, что домовладелец не может в судебном порядке заставить их выполнять условия договора аренды. Следствием подобного закона станет меньшее число людей, готовых сдавать жилье малоимущим арендаторам: какой смысл сдавать кому-то квартиру, если вы знаете, что у вас нет способа взыскать с него арендную плату?

Это вовсе не мнимый довод. Он в достаточной степени соответствует тому подходу, который в XVIII веке применялся к защите женщин. В боль-

шинстве случаев замужние женщины не имели права заключать имеющие обязательную силу договоры, поэтому не могли участвовать во многих видах экономической деятельности. Когда в XIX веке от этой доктрины отказались, это улучшило положение как женщин, так и мужчин, желавших заниматься бизнесом с женщинами. Если, как подсказывают эти примеры, большинство юридических вопросов в конечном счете касается эффективности, а не распределения дохода, разработка закона таким образом, чтобы он максимизировал эффективность, может быть хорошим, хотя и не идеальным способом максимизировать счастье.

Альтернативный довод в пользу эффективности права состоит в том, что, даже если правовые нормы можно использовать в целях перераспределения, есть более совершенные инструменты, например налогообложение. Если это так, тогда разумнее использовать правовую систему для максимизации размера пирога, а задачу его раздела поручить законодательным органам и налоговой службе.

Мой вывод состоит в том, что эффективность в определении Маршалла дает полезный, хотя и не совсем совершенный, метод оценки правовых норм и их результатов. Вы можете счесть, что этот вывод полезно принять в качестве рабочей гипотезы при чтении данной книги, но при желании можете отказаться от него в конце.

До сих пор я обсуждал экономическую эффективность как нормативный критерий, способ решить, каким должен быть закон, — то, что я выше описывал как третью, наиболее спорную задачу экономического анализа права. В контексте первых двух задач, понимания последствий правовых норм и понимания того, почему существуют конкретные правовые нормы, возражения, которые я обсуждаю, не имеют большого значения. Последствия законов определяются не тем, что люди должны ценить, а тем, что они ценят, поскольку именно это определяет их

действия. А в механизме, создающем законы, ценность, измеряемая в долларах, полезнее, чем ценность, измеряемая в абстрактных единицах счастья. При найме адвоката или подкупе законодателя доллар богатого человека значим так же, как и доллар бедного, поэтому если исходы определяются своего рода суммарной ценностью, то ценность, выраженная в долларах, кажется более удачным кандидатом.

IV. Альтернативы Маршаллу или ковры, под которые можно замести мусор

Современные экономисты часто пытаются избежать проблем, присущих подходу Маршалла, пользуясь иным определением экономического улучшения, которым мы обязаны итальянскому экономисту Вильфредо Парето. Парето избегал проблемы выбора между выгодами для одних и потерями для других, определяя улучшение как изменение, которое кому-то приносит пользу и никому не приносит вреда. К сожалению, этот подход устраняет не только проблему, но и решение. Вернемся к нашему маленькому миру. Пока у нас только два человека, свобода торговли эффективна независимо от того, используем ли мы определение Маршалла (суммарная выгода) или Парето (некоторая выгода, никаких убытков). При любой цене от 50 центов до 1 доллара и Мэри, и Джон получают выгоду.

А теперь вернем в наш мир Анну, которая оценивает яблоко всего лишь в 75 центов. Анна предлагает из принципа женской солидарности новую правовую норму: женщины могут торговать только с женщинами. Переход от гендерной солидарности к свободе торговли создает чистую выгоду по критерию Маршалла, поскольку означает, что яблоко достанется Джону, а не Анне, а он оценивает его выше, чем она. Но от этого ухудшается благосостояние Анны, поэтому, по Парето, это не считается улучшением.

Проблемы с подходом Парето усиливаются, когда мы добавляем еще несколько сотен миллионов людей. В сложном обществе крайне маловероятно, что изменение правовых норм принесет только выгоды и никаких издержек. Даже самый большой энтузиаст свободной торговли (я, например) не станет отрицать, что отмена тарифов может ухудшить чье-то благосостояние. Если мы хотим дать общую оценку последствий подобных изменений, нам никуда не деться от проблемы сопоставления выгод для одних и потерь для других, — проблемы, которую Маршалл пусть и не идеально, но решает, а Парето избегает. Поэтому я (как и другие экономисты, которые постоянно это делают, хотя и не всегда об этом говорят) буду использовать именно определение экономических улучшений и эффективности правовых норм по Маршаллу.

Читатели, которых интересует более подробное обсуждение этих вопросов, найдут его в других моих книгах, включая ту, что выложена на моем сайте. Надеюсь, что того, что я здесь изложил, будет достаточно, чтобы показать читателям, имеющим экономическую подготовку, почему я считаю подход Парето, который они встречали в своих учебниках, возможно, вместе с его усовершенствованными вариантами у Хикса и Калдора, не решением, а уклонением от решения проблемы оценки изменений, оказывающих разнообразное влияние на большое число людей.

Простой довод в пользу принципа невмешательства в экономику

Приведенное выше обсуждение предлагает простое решение проблемы создания эффективных правовых норм — частная собственность плюс свобода торговли. Всё является чьей-то собственностью. Все имеют право свободно покупать или продавать

на любых условиях, приемлемых для покупателя и продавца.

Сам собой напрашивается вывод, что необходимо включить сюда не только торговлю яблоками, но и их выращивание. Любое новое благо принадлежит тому, кто его произвел. Следовательно, если затраты на производство блага, суммарная стоимость всех необходимых вложений, ниже, чем его ценность для того, кто ценит его больше всех, тот, кто сделает вложения, произведет благо и продаст его покупателю, предложившему самую высокую цену, внакладе не останется. Все блага не только будут использоваться наиболее ценным образом, они также будут производиться тогда и только тогда, когда их ценность для тех, кто оценивает их выше всего, будет больше, чем затраты на их производство для тех, кому их легче всего произвести.

Если бы это была книга о теории ценообразования, в следующих семи главах я бы занимался развитием логики этого аргумента применительно к более сложному миру, в котором есть фирмы, капитал, международная торговля и великое множество других сложностей; заинтересованные читатели могут найти обсуждение этой темы в главах 3–9 моей книги «Скрытый порядок». Вместо этого я здесь просто сделаю допущение, что базовая логика этого довода в пользу свободы торговли (в более широком смысле — политики частной собственности и узаконенного принципа невмешательства в экономику) ясна, и перейду к краткому очерку ее ограничений.

Что не так с простым доказательством принципа невмешательства

Приведенные выше доводы основаны на множестве упрощающих предпосылок. Одна из самых важных — предпосылка о том, что все трансак-

ции добровольные. Она важна по двум причинам. Во-первых, добровольный обмен выгоден сторонам, которые в него вступают, в противном случае они бы в него не вступали. Во-вторых, хотя благосостояние третьего лица может от этого уменьшиться, — благосостояние Анны, если Джон предложит более высокую цену за яблоко, — эта потеря может оказаться меньше выгоды, полученной сторонами, заключившими сделку, поскольку в противном случае Анна предложила бы более высокую цену и получила бы яблоко.

Я еду на автомобиле по улице: и автомобиль, и бензин были получены путем добровольного обмена. Но этого нельзя сказать об отношениях между мной и пешеходами, которых я могу сбить, или владельцами домов, в сторону которых дует ветер, поэтому они вынуждены вдыхать мои выхлопные газы. Точно так же не являются добровольными отношения между мной и вором, укравшим колпаки с моих колес.

Вторая предпосылка, подразумеваемая в этом аргументе, заключается в том, что трансакции не связаны с издержками: если Джон оценивает яблоко выше, чем Мэри, он в итоге его купит. Но предположим, что Мэри считает, что Джон готов отдать за яблоко 1 доллар 50 центов, тогда как он готов заплатить только 1 доллар. Она предложит продать яблоко за 1 доллар 25 центов, он откажется платить, и яблоко останется у Мэри. То же самое может произойти, если все будут безошибочно угадывать, кто во сколько оценивает яблоко. Мэри установит цену в 99 центов, рассчитывая забрать себе всю выгоду от трансакции, а Джон из тех же соображений предложит всего 51 цент. И даже если яблоко попадет в правильные руки, полный анализ все равно должен включать затраты на то, чтобы оно в них попало.

По этим и другим причинам простой довод в пользу узаконенного режима невмешательства

в экономику — это только начало анализа. В следующих нескольких главах мы увидим несколько способов, при помощи которых экономическая теория и правовая система могут иметь дело с более сложной и реалистичной картиной.

Дополнительная литература

Общие доводы в пользу эффективности рыночных соглашений можно найти во множестве работ, включая следующие:

Friedman D. Price Theory: An Intermediate Text. Cincinnati: Southwestern. 1990. Доступна на веб-сайте.

Friedman D. Hidden Order: The Economics of Everyday Life. New York: Harper Collins, 1996.

ГЛАВА 3

Что не так с миром? Часть 1

Две следующие главы посвящены двум очень простым вопросам. Первый вопрос: при каких условиях рациональные индивиды, каждый из которых действует правильно в своих интересах, получают неэффективный результат? Иначе говоря, при каких условиях индивидуальная рациональность не приводит к групповой рациональности — к наилучшему исходу для группы (наилучший исход определяется в терминах экономической эффективности)? Второй вопрос: как можно с этим бороться, в частности какие правовые нормы можно разработать, чтобы минимизировать эти проблемы?

Начнем с самого простого случая — с ситуации, в которой я несу все издержки и получаю все выгоды, которые порождают мои действия; я могу делать все что угодно, и никому от этого не станет ни лучше, ни хуже. Как рациональный агент, я выбираю то, что максимизирует мою чистую выгоду. Чистая выгода для всех — это моя чистая выгода плюс чистая выгода для всех остальных. Поскольку мои действия максимизируют первую и никак не влияют на вторую, они тем самым максимизируют общую величину.

В качестве простого примера рассмотрим мое решение о том, в какую компьютерную игру играть сегодня вечером. У меня уже есть все варианты игр, поэтому мое решение никак не повлияет на доходы компаний-производителей. Мой кабинет находится достаточно далеко от спален, поэтому мое реше-

ние никак не повлияет на сон моей жены или детей. Оно влияет только на меня, и потому, поскольку я рационален, я выбираю игру, которая в данный момент кажется мне наиболее увлекательной.

Мы можем расширить наш пример, рассмотрев случаи, в которых мои действия влияют на других людей, но это влияние взаимно компенсируется. Предположим, я решаю выставить свой дом на продажу. Одним из результатов этого будет то, что мой сосед выручит за свой дом на 5 тысяч долларов меньше, чем получил бы, если бы я не продавал дом, потому что ему пришлось снизить цену, чтобы покупатель вместо его дома не купил мой. В результате моих действий благосостояние моего соседа уменьшилось на 5 тысяч долларов, но благосостояние человека, который купил дом дешевле, увеличилось на 5 тысяч, поэтому итоговое воздействие на других людей равно нулю. Подобные воздействия называются «денежными» или «трансфертными» экстерналиями — последствиями для других людей, которые приводят к чистому трансферту между ними, но не к чистым издержкам для них. Поскольку я не создаю для других чистых издержек, когда совершаю действия, максимизирующие мою чистую выгоду, тем самым я максимизирую чистую выгоду для всех.

Ситуации, в которых индивидуальная рациональность ведет к групповой рациональности, на удивление часто встречаются в рыночных условиях. На конкурентном рынке цена, по которой продается какой-либо продукт, одновременно равна и издержкам его производства (точнее, издержкам производства еще одной единицы товара — *предельным издержкам*), и ценности его потребления для покупателя (точнее, ценности потребления еще одной единицы товара — *предельной ценности*). Когда вы покупаете яблоко или час работы на конкурентном рынке, уплаченная вами цена просто возмещает затраты продавца; когда вы продаете яблоко или час

работы, то, что вы получаете, просто измеряет ценность для покупателя того, что вы ему продали. В итоге через цены вам передаются все издержки и выгоды, связанные с вашими действиями. Таким образом, когда вы принимаете решение, максимизирующее вашу выгоду, вы тем самым принимаете решение, максимизирующее общую чистую выгоду. Именно этот факт лежит в основе доказательства того, что рынок совершенной конкуренции производит эффективный результат. Подробности можно найти в хорошем учебнике по теории цен.

Хотя такие ситуации встречаются часто, они отнюдь не универсальны. Когда мой сталелитейный завод производит тонну стали, я оплачиваю труд своих рабочих, плачу добывающей компании за руду, но не плачу людям, которые живут с той стороны, куда дует ветер, и дышат воздухом, в который я выбрасываю диоксид серы. Решая, сколько стали произвести и как ее произвести, я принимаю решение, максимизирующее мою чистую выгоду, которое максимизирует суммарную чистую выгоду для меня, моих поставщиков и покупателей и всех, кто не дышит воздухом с диоксидом серы, но не решение, максимизирующее общую чистую выгоду.

Так как производство стали обходится мне дешевле реальной стоимости ее производства, в результате я начинаю продавать сталь по цене ниже реальной стоимости; поскольку то, сколько людей ее купят, частично зависит от цены, получается, что другие люди начинают покупать слишком много стали. Общая ценность, суммирующая ценности всех заинтересованных лиц, включая моих соседей, живущих там, куда дует ветер, была бы больше, если бы мы потребляли и производили немного меньше стали и заменили бы ее каким-то другим материалом.

Существование подобных внешних издержек приводит к тому, что я произвожу слишком много стали. Кроме того, я недостаточно контроли-

рую загрязнение окружающей среды. Есть способы уменьшить загрязнение, которое производит мой завод: иной технологический процесс, более чистый уголь, более высокие трубы, фильтры. Если, потратив 1 доллар на борьбу с загрязнением окружающий среды, я могу сократить ущерб от него на 2 доллара, с точки зрения эффективности это стоит сделать: издержки составят 1 доллар, а выгоды — 2 доллара. Но издержки понесу я, а выгоды получат люди, живущие там, куда дует ветер, поэтому делать это не в моих интересах.

Проблема не только в том, что плохо загрязнять окружающую среду. Любые издержки плохи, на то они и издержки. Но мы готовы нести некоторые из них, потому что получаем взамен выгоды; мы готовы работать, когда нам бы хотелось развлекаться, потому что труд производит полезные блага. Проблема с внешними издержками (такими как загрязнение) заключается в том, что они не учитываются в расчетах, когда принимается решение, что стоит делать, а чего нет, в результате мы имеем не только эффективное загрязнение, то есть такое загрязнение, предотвращение которого обойдется дороже тех выгод, которые оно принесет, но и неэффективное.

Одно из решений — прямое регулирование: некоторые государственные органы, такие как Агентство по охране окружающей среды, вводят правила, требующие от сталелитейных заводов установки фильтров для дыма, или сооружения высоких дымовых труб, или уменьшения загрязнения какими-то иными способами. Хотя это очевидное решение, у него есть некоторые серьезные недостатки.

Первая проблема в том, что Агентство по охране окружающей среды может быть не заинтересовано в максимизации эффективности. Производители стали, угля и изготовители фильтров и сепараторов являются также избирателями и потенциальными источниками пожертвований на предвыборную

кампанию. Совсем необязательно, что суммарный эффект от их политической активности заставит чиновников, которые в конечном счете управляют Агентством, использовать свою власть для достижения эффективного результата. Если бы (возьмем пример из реальной жизни) сенаторы от штатов, производящих уголь с высоким содержанием серы, имели достаточное политическое влияние, нормы были бы переписаны так, чтобы поощрять использование сепараторов даже там, где переход на уголь с более низким содержанием серы является более эффективным способом борьбы с загрязнением.

Вторая проблема состоит в том, что, даже если Агентство захочет максимизировать эффективность, оно не знает, как это сделать. Выяснить, какие регулирующие меры стоит принимать и сколько стали должно производиться при должном учете всех внешних эффектов ее производства, — сложная проблема. Для ее решения необходима детальная информация об издержках и выгодах применения различных мер к различным сталелитейным заводам, которой владеют сами фирмы, но не регуляторы. Если Агентство просто спросит фирму, не знает ли она какого-то эффективного способа контролировать загрязнение, отрицательный ответ очевиден, потому что если Агентство полагает, что экономически эффективной формы контроля нет, то фирма может загрязнять окружающую среду и не нести никаких издержек борьбы с ним. Ответ даже может оказаться искренним. В конце концов, зачем что-то узнавать, если от этого знания вам будет только хуже?

Из-за этих проблем экономисты, занимающиеся проблемой контроля отрицательных внешних эффектов, одним из примеров которых является загрязнение, обычно предпочитают менее прямую форму регулирования. Вместо того чтобы говорить фирме, что она должна делать, регулятор просто назначает выплату за загрязнение. Если изготов-

ление тонны стали производит 20 фунтов диоксида серы, что приносит 4 доллара ущерба, фирме выставляется счет за выброс диоксида серы из расчета 20 центов за фунт.

У этого подхода, который называют «платой за сброс неочищенных веществ» в контексте загрязнения (чаще пигувианскими налогами — по имени А. С. Пигу, экономиста, придумавшего эту идею), есть несколько преимуществ перед прямым регулированием. Прежде всего, регулятор не обязан ничего знать о стоимости борьбы с загрязнением; он спокойно может оставить это фирме. Если фирма в состоянии сократить свои выбросы, потратив меньше 20 центов за фунт, в ее интересах это сделать. Если фирма протестует и говорит, что невозможно производить сталь, не загрязняя окружающей среды, Агентство ей верит и выставляет счет за загрязнение, которое она производит.

Второе преимущество в том, что такой подход порождает не только правильный объем загрязнения, но и правильное количество стали. Теперь, когда фирма производит сталь, в ее стоимость включается стоимость любого загрязнения, которое она не может контролировать. Поэтому теперь цена, по которой продается сталь, отражает реальную стоимость ее производства. Если сталь дешевле бетона, будут строиться здания из стали; если бетон дешевле, они будут строиться из него.

К сожалению, плата за сброс не решает всех проблем борьбы с загрязнением окружающей среды. В частности, она не решает проблему того, как сделать так, чтобы регуляторы были политически заинтересованы поступать правильно. Они могут намеренно установить слишком низкую плату в обмен на пожертвования на политическую кампанию или будущие должности для чиновников или же намеренно установить слишком высокую плату, чтобы наказать фирмы, сделавшие пожертвования не тому кандидату.

Даже если регуляторы пытаются добиться эффективного результата, может оказаться нелегким измерение реального ущерба от каждого дополнительного фунта диоксида серы, углекислого газа или чего-нибудь еще. Но по крайней мере в этом случае информационных проблем меньше, чем с прямым регулированием, поскольку регуляторам больше не требуется выяснять, как бороться с загрязнением и во сколько это обойдется. А политические проблемы, хотя и остаются, должны уменьшиться, потому что оказывать услуги друзьям труднее, когда решения принимаются в отношении загрязняющих веществ, а не фирм.

До сих пор я описывал налоги Пигу в контексте регулирующих органов, таких как Агентство по охране окружающей среды. Но тот же самый анализ может применяться для объяснения значительной части деликтного права. Только в этом случае не Агентство вводит плату за сброс, а люди имеют право подать в суд на сталелитейный завод за ущерб, который загрязнение причиняет их домам, развешенному белью и их легким. У сталелитейного завода есть выбор: устранить загрязнение и возместить ущерб или сократить загрязнение и возместить оставшийся ущерб.

Этот анализ также применим к штрафам за парковку и превышение скорости. Когда я еду слишком быстро, я создаю издержки в виде дополнительной опасности аварии для других водителей. Закон заставляет меня учитывать эти издержки, взыскивая с меня штраф, когда меня ловят на превышении установленной скорости.

Конечно, эти примеры отличаются друг от друга. Плата за сброс поступает государству. Компенсация убытков за неумышленное причинение вреда — жертве и ее адвокату. Штрафы за превышение скорости идут государству. Есть также и другие важные отличия, многие из которых будут обсуждаться в последующих главах.

Однако основная логика во всех трех случаях схожа. Кто-то совершает действия, создающие издержки для других. В его интересах предпринимать эти действия до тех пор, пока они приносят ему чистую выгоду, пусть даже учет воздействия на всех остальных превращает эту выгоду в издержки. Мы решаем проблему при помощи правовых норм, заставляющих это лицо взять на себя внешние издержки, интернализировать экстерналию. Тогда его чистые издержки станут равны чистым издержкам для всех, поэтому он совершит действие, только если оно принесет ему чистую выгоду. Индивидуальная рациональность используется для достижения групповой рациональности. Это прекрасное решение, хотя и далекое от совершенства, как вы увидите в последующих главах.

Поиск ренты: как не упустить шанс

Ранее я упоминал особый вид экстерналий, денежную экстерналию, которая не создает чистых издержек, поскольку воздействие на других людей сводится на нет. В отличие от других экстерналий денежная экстерналия не ведет к неэффективности, поскольку частные чистые издержки действующего лица равны общим чистым издержкам, чему они были бы равны, если бы экстерналии не было вовсе. В качестве примера я привел внешние издержки, которые я создал для соседа, выставив на продажу дом в тот момент, когда он продавал свой.

Из этого довода следует, что мой сосед не должен иметь возможности получить от меня возмещение убытков за то, что я сбил цену на его дом. Конкуренция не должна быть и не является деликтом. Этот правовой принцип встречается в общем праве уже в 1410 году, когда владелец школы подал иск против конкурента за то, что тот отнял у него студентов, — и проиграл.

Умный — и безнравственный — читатель мог бы предложить распространить этот довод с конкуренции на кражу. Когда карманник крадет у меня 50 долларов, его благосостояние улучшается на 50 долларов, а мое ухудшается на ту же сумму. Чистый эффект — всего лишь перемещение денежных средств, поэтому у экономиста, озабоченного одной только эффективностью, нет оснований для возражения. Но следует ли из этого, что, подобно тому, как конкуренция не должна считаться деликтом, кража не должна считаться преступлением?

Нет, не следует. Денежная экстерналия возникает, когда действие А приводит к перемещению денежных средств от В к С. Совсем иная логика в ситуации, когда действие А приводит к перемещению денежных средств от В к А.

Карманная кража — затратная деятельность, она требует времени, подготовки и связана со множеством рисков. Предположим, когда я вас обкрадываю, мои общие издержки составляют в среднем 20 долларов. Я зарабатываю 50 долларов, потратив на это 20 долларов, то есть мне у вас красть выгодно; мое благосостояние увеличивается на 30 долларов. Но конечный результат — это перемещение 50 долларов от вас ко мне по цене 20 долларов, из-за чего в итоге наше благосостояние уменьшается на 20 долларов.

Чтобы еще немного развить этот довод, посмотрим, что произойдет, если будет много людей, не менее одаренных для этой деятельности, чем я. Поскольку 20 долларов усилий приносят 50 долларов дохода, карманные кражи создают привлекательные возможности и для них тоже. Количество карманников быстро растет.

По мере роста их числа доходность этой деятельности падает. Когда кто-то по неосторожности демонстрирует большую пачку денег, на него сразу же нацеливаются шесть карманников, в ре-

зультате номера со 2-го по 6-й остаются ни с чем. По мере того как растет риск, что вас обворуют, растут и стимулы для того, чтобы принять меры предосторожности. Люди начинают носить деньги в носках, в которые залезть труднее, чем в карман.

Процесс останавливается только тогда, когда становится невыгодно быть карманником. Мы получаем множество карманников, оставивших другие занятия, чтобы подзаработать на карманных кражах. Большая часть денег, которую теряют жертвы, тратится на то, чтобы возместить преступникам их время и усилия, в результате чего чистый убыток приблизительно сравнялся с украденной суммой — он чуть ниже, потому что некоторые особо одаренные карманники зарабатывают на этом больше, чем заработали бы в другой профессии.

Пока мы не учитывали, во сколько обходятся жертвам меры предосторожности — мозоли от того, что приходится наступать пятками на мелочь, и боль в глазах от того, что приходится постоянно оглядываться. Если мы включим эти издержки, чистая стоимость кражи возрастет, она может оказаться больше, а не меньше общей суммы украденного.

Общепринятое название этого явления — «поиск ренты». Он возникает, когда у людей есть возможность тратить ресурсы, присваивая богатство других людей. Если выгода превышает издержки, присвоение имеет смысл с точки зрения присваивающего. По мере того как все больше людей конкурируют друг с другом за то, чтобы присвоить богатство, выгода снижается. В равновесии присваивающий с самыми высокими издержками (наименее одаренный карманник) всего лишь покрывает свои расходы. Те присваивающие, у которых издержки ниже (особо одаренные карманники), получают некую выгоду, хотя и меньшую, чем та сумма, которую теряют жертвы (даже одаренные карманники несут некие издержки). Убытки жертв

включают и сумму, которой они лишились, и издержки на меры предосторожности.

Поиск ренты имеет место в самых разных контекстах, многие из которых имеют отношение к данной книге. Термин был придуман для описания конкуренции за государственные привилегии — в первоначальном примере разрешения на импорт, позволявшие их обладателям покупать иностранную валюту по искусственно заниженной цене. Фирмы боролись за то, чтобы получить эти ценные привилегии при помощи общественных связей, лоббирования, взносов на предвыборную кампанию, взяток. Если привилегию, приносящую миллион, можно получить за сумму, которая существенно меньше миллиона, какая-нибудь другая фирма готова предложить более высокую цену, поэтому фирмы-победители в итоге будут выплачивать в среднем реальную стоимость привилегии. По оценкам Энн Крюгер, которая первой предложила термин «поиск ренты», правительства Индии и Турции, двух бедных стран, которые в то время имели системы контроля за валютным курсом и разрешений на импорт, тратили от 5 до 10 % ВВП на подобную непродуктивную конкуренцию.

В качестве менее очевидного примера рассмотрим тяжбы. Каждая из сторон тратит деньги на адвокатов, свидетелей-экспертов и прочих, чтобы увеличить шансы выиграть дело. Истец тратит деньги на то, чтобы повысить вероятность получения средств от ответчика, ответчик — чтобы их понизить. Само по себе перемещение денежных средств не является ни чистым выгодой, ни чистыми издержками; расходы на судебный процесс — вот чистые издержки.

Это более сложный пример поиска ренты, потому что в нем есть, по крайней мере, возможность, что расходы произведут нечто ценное: возросшую вероятность правильного приговора, что́ приведет к усилению стимулов в системе в целом. Меры

по контролю за загрязнением, позволяющие людям, живущим в той стороне, куда дует ветер, подавать иски против заводов, загрязняющих окружающую среду, работают, только если у виновных заводов больше вероятность проиграть, чем у невиновных, или, говоря иными словами, если суд хоть как-то стремится к вынесению правильного приговора. Расходы обеих сторон на сбор доказательств и доводов делают этот результат более вероятным.

Непонимание: иски о мошенничестве на рынке

Президент компании выступает с оптимистической речью. Через 6 месяцев новый продукт терпит неудачу, и акции компании падают. Предприимчивый адвокат подает коллективный иск от лица тех, кто купил акции компании в период между речью и падением котировок. Он утверждает, что речь, в которой были опущены важные факты, способные привести к более пессимистическим выводам, обманом заставила людей покупать акции компании по более высокой цене, а потому компания должна возместить им убытки. Такие иски о «мошенничестве на рынке» время от времени выигрываются. Поскольку потенциальные убытки огромны, даже небольшого шанса на успех дела достаточно, чтобы некоторые ответчики предпочли урегулировать его без судебного разбирательства, что делает подобные иски выгодным занятием для предприимчивых адвокатов.

У теории, на которой основываются эти иски, есть ряд недостатков. Президенты компании так же не всезнающи, как и все остальные, поэтому было бы натяжкой считать оптимистическое заявление, оказавшееся ошибкой, мошенничеством, дающим основания для предъявления иска. Инвестору, который полностью полагается на оптимистические

речи и пресс-релизы, лучше держать свои сбережения под матрасом.

Одна из проблем, имеющих непосредственное отношение к данной главе, связана с подсчетом убытков. Если мы признаем, что речь была сознательным обманом, ответственность должна зависеть от причиненного чистого ущерба. Предположим, что я купил у вас акцию за 100 долларов, а ее цена позднее упала до 50 долларов. Если бы речи (и моей покупки) не было, цена акции все равно бы снизилась; единственная разница в том, что акция сейчас была бы у вас, а не у меня. Мое благосостояние уменьшилось на 50 долларов в результате того, что я поверил президенту компании, но ваше увеличилось на 50 долларов.

Пока оптимизм президента фирмы приводил только к тому, что у разных людей оказывались на руках акции в тот момент, когда они падают, экстерналия была всего лишь денежной и не давала оснований для привлечения к ответственности. Мы получаем чистую экстерналию, только если я купил акции у президента, сделав результатом его речи переход акций от него ко мне и тем самым превратив ситуацию с денежной эктерналией в поиск ренты.

Суды, согласившись с теорией истца в отношении того, как должны подсчитываться убытки, приняли экономически неэффективное решение. Один из его результатов — наказание руководителей за предсказания, которые могут оказаться ложными, и, как следствие, сокращение общего количества информации, доступной инвесторам. Другой результат — отвлечение ресурсов от производства полезных товаров и услуг на предъявление исков.

Сторонники этой теории могут привести — и иногда приводят — довод о том, что даже если возмещение ущерба не связано с реально причиненным ущербом, оно дает пострадавшим акционерам стимул подавать иски и тем самым удерживает

руководителей корпораций от лживых заявлений. Проблема в том, что чем выше потенциальная компенсация, тем больше стимул предъявлять иск даже в случае неубедительных доводов, а иски с высокими ставками порождают большие расходы на судебное разбирательство. По тем же причинам можно было бы утверждать: так как мы хотим предотвратить неправильную парковку, каждому, кто найдет незаконно припаркованное транспортное средство, должно быть позволено истребовать его себе. В данном случае, как и во многих других, мы хотим иметь не просто стимул, а правильный стимул. Мы вернемся к этому пункту в последних главах.

Вопрос: я только что описал случай не только денежных экстерналий, но и поиска ренты — и не со стороны президента фирмы. Объясните.

Дополнительная литература

Термин «поиск ренты» был придуман Энн Крюгер в: *Krueger A.* The Political Economy of the Rent-Seeking Society // American Economic Review. 1974. Vol. 64. P. 291–303. Эта идея, однако, выдвигалась ранее Гордоном Таллоком в: *Tullock G.* The Welfare Consequences of Tariffs, Monopoly and Theft // Western Economic Journal. 1967. Vol. 5. P. 224–232.

ГЛАВА 4

Что не так с миром? Часть 2

> Когда сталкиваются две повозки, каждая из которых не проявила небрежности, их столкновение является в равной мере деянием как одного, так и другого кучера.
>
> (Брэмвелл Б. по делу *Флетчер против Райлэндса*, Bramwell, B., in *Fletcher v. Rylands*, 3 H. & C. 774 [Ex. 1865])

ВСЕ, ЧТО обсуждалось в предыдущей главе, можно сформулировать довольно просто:

> А совершает действие, которое налагает издержки на В. Чтобы заставить А совершать это действие только при условии, что оно приносит чистые выгоды, мы должны каким-то образом обратно переложить на него внешние издержки. Компанию, загрязняющую окружающую среду, заставляют платить за загрязнение, неосторожному водителю предъявляют иск за причиненный ущерб, если он сталкивается с чьей-то машиной. Экстерналия интернализирована, агент учитывает все значимые издержки, принимая решение о том, как ему действовать, и в результате мы получаем эффективную модель решений.

Подобный взгляд на экстерналии, первоначально предложенный Пигу, оставался общепринятым среди экономистов до тех пор, пока однажды вечером в 1960 году в Чикагский университет не приехал с докладом британский экономист Рональд Коуз. Этот вечер он провел в доме у Аарона Директора, основателя и редактора *Journal of Law and Economics*. Включая Коуза, присутствовало 14 экономистов, 3 из них — будущие нобелевские лауреаты.

Традиционного взгляда на экстерналии, описанного выше, придерживались в начале вечера 13 из них, и ни один из них не разделял его, когда вечер подошел к концу. Коуз убедил их, что анализ Пигу был ошибочным, причем не по одной, а по трем причинам. Существование экстерналий не всегда ведет к неэффективному результату. Налоги Пигу, как правило, не ведут к эффективному результату. И наконец, что самое важное, проблема вовсе не в экстерналиях. Она кроется в трансакционных издержках.

Мне нравится представлять доводы Коуза в три хода: ничто не эффективно, все эффективно, все зависит от обстоятельств (от трансакционных издержек).

Ничто не эффективно

Внешние издержки — это просто издержки, которые порождает один человек, а несет другой. Почти во всех случаях существование и величина внешних издержек зависят от решений обеих сторон. Я не кашлял бы, если бы ваш сталелитейный завод не выбрасывал в воздух диоксид серы. Но ваш завод не причинил бы мне вреда, если бы мне не случилось жить с той стороны, куда дует ветер. Именно совместное решение (ваше решение загрязнять воздух, мое — жить там, где вы его загрязняете) создает издержки. Если вы не несете ответственности за ущерб, который мне причинили, ваше решение загрязнять воздух создает издержки для меня. Если несете ответственность, мое решение поселиться с той стороны, куда дует ветер, создает издержки, в виде ответственности или борьбы с загрязнением, для вас.

Предположим, что загрязнение от сталелитейного завода причиняет ущерб в 200 тысяч долларов в год, а его устранение обойдется в 100 тысяч долларов в год (здесь и далее все издержки из расчета

на год). Предположим далее, что изменение назначения всех земель, находящихся в той стороне, куда дует ветер (например, организация производства древесины на месте летнего курорта), будет стоить всего 50 тысяч долларов. Если мы установим плату за выбросы в размере 200 тысяч долларов в год, сталелитейный завод прекратит загрязнять воздух и устранение ущерба обойдется ему в 100 тысяч долларов. Если мы не будем вводить плату за выбросы, завод продолжит загрязнять воздух, владельцы земли прекратят рекламировать летний отдых и будут вместо этого сажать деревья, и проблема снова будет решена, на этот раз ценой 50 тысяч долларов. Результат без налогов Пигу эффективен (проблема решается с наименьшими возможными затратами), а результат с налогами Пигу не эффективен.

Даже жесткие ограничения на выбросы в Южной Калифорнии стоят дешевле эвакуации всей этой части штата; едва ли переселение пострадавших даст эффективное решение проблемы загрязнения воздуха. Но рассмотрим ту же логику применительно к экстерналиям, порождаемым испытаниями взрывчатых веществ большой мощности. Бомба весом в 1 тысячу фунтов производит значительные внешние эффекты, если она падает в 50 футах от вашего кэмпинга. Не пускать туристов на военный полигон представляется более разумным решением, чем пустить их туда и разрешить предъявлять иски за причиненный ущерб.

В качестве более привычного примера рассмотрим шум от аэропорта. Одно из решений — снизить уровень шума. Другое — произвести звукоизоляцию домов. Третье — разместить на землях вокруг аэропортов пшеничные поля или шумные фабрики, а не жилые дома. Нет оснований полагать, что одно из этих решений всегда будет наилучшим. Так же как не до конца понятно, кто жертва — владелец дома, который не может заснуть в своем новом жилище, когда над головой пролетают са-

молеты, или авиалиния, которую суд или регулирующий орган вынудил принять дорогостоящие меры по борьбе с шумом, чтобы сберечь сон людей, решивших построить свои новые дома там, где прежде было пшеничное поле, прямо по направлению полета самолетов.

Наконец, рассмотрим пример, в котором симпатии большинства из нас будут на стороне «источника загрязнения». Владелец одного из двух прилегающих участков земли имеет фабрику, которая работает уже 20 лет без нареканий со стороны соседей. Человек, купивший соседний участок, построил звукозаписывающую студию в той его части, которая непосредственно прилегает к фабрике. Не очень шумная фабрика оказывается слишком шумной для чего-то, что располагается в 2 футах от стены звукозаписывающей студии. Владелец студии требует закрытия фабрики или же возмещения убытков в размере, равном полной стоимости студии. И в самом деле, работа фабрики рядом со звукозаписывающей студией создает внешние издержки. Но эффективным решением было бы построить студию на другом конце участка, а не строить ее рядом с фабрикой, а потом фабрику закрывать.

Таким образом, первый тезис Коуза состоит в том, что, поскольку внешние эффекты создаются совместно и тем, кто загрязняет воздух, и его жертвой, правовая норма, возлагающая вину лишь на одну из сторон, даст правильный результат, только если окажется, что именно эта сторона могла решить проблему с меньшими издержками. В целом ничто не эффективно. Какая бы сторона ни считалась виновной государственными регуляторами или судом, результат будет не эффективным, если другая сторона могла бы избежать проблемы с более низкими издержками или если оптимальное решение требует мер предосторожности от обеих сторон.

Одно из преимуществ платы за выбросы по сравнению с прямым регулированием в том, что регу-

лятору не нужно знать стоимость борьбы с загрязнением, чтобы получить эффективный результат; он просто устанавливает налог, равный причиненному ущербу, и позволяет заводу самому решать, какой объем загрязнения купить по данной цене. Но одно из следствий аргумента Коуза заключается в том, что регулятор может гарантировать эффективный результат, только если располагает достаточной информацией об издержках борьбы с загрязнением, чтобы решить, какая из сторон должна считаться ответственной за предотвращение совместно порожденной проблемы и потому должна нести издержки, если проблему не удалось предотвратить.

Все эффективно

Второй шаг в аргументации Коуза — обратить внимание на то, что если стороны могут без труда заключать взаимовыгодные договоры и обеспечивать их выполнение, то для достижения эффективного результата не требуется ни прямое регулирование, ни пигувианские налоги. Необходимо лишь четкое определение прав каждой из сторон, а дальше рынок сам позаботится о решении проблемы.

Наш первый пример со сталелитейным заводом и курортом показывает способ получить эффективный результат, не прибегая к законодательному ограничению загрязнения. Самые низкие затраты на решение проблемы были у владельцев земли, расположенной там, куда дует ветер: поскольку они не могли предотвратить загрязнение, они закрыли курорт и занялись лесоводством, что оказалось эффективным результатом.

Но что, если бы вместо этого правовая норма утверждала, что люди, живущие там, куда дует ветер, имеют право на чистый воздух? Конечный результат был бы тем же. Завод может устранить за-

грязнение, потратив 100 тысяч долларов в год. Но дешевле заплатить собственникам земли какую-то сумму (например, 75 тысяч долларов в год) за разрешение на выбросы. Экономическое положение собственников земли улучшится, поскольку они получат больше, чем потратили бы на изменение назначения земельного участка. Экономическое положение завода тоже улучшится, потому что он заплатит меньше того, что потратил бы на устранение загрязнения. Таким образом, подобное соглашение выгодно обеим сторонам.

Далее предположим, что мы изменили наши исходные предпосылки, снизив стоимость борьбы с загрязнением до 20 тысяч долларов. Если завод имеет право загрязнять, собственники земли заплатят больше 20 тысяч долларов стоимости загрязнения в обмен на гарантию чистого воздуха. Если он не имеет права загрязнять, самое большее, что завод захочет предложить собственникам земли за разрешение на загрязнение, — 20 тысяч долларов, и они отклонят это предложение. В любом случае завод будет бороться с выбросами, что теперь становится эффективным решением.

Из этого примера следует следующий вывод: *если трансакционные издержки равны нулю, иными словами, если заключается любое взаимовыгодное для заинтересованных сторон соглашение, любое первоначальное определение прав собственности приводит к эффективному результату.* Этот результат иногда называют *теоремой Коуза.*

Мы только что дали более сложную формулировку простого довода в пользу невмешательства в экономику. Люди владеют не вещами, а правами на вещи. Владение сталелитейным заводом — это пучок прав: право контролировать доступ на территорию завода, право решать, как используется оборудование... Оно также может включать или не включать право на выбросы. Если это право ценнее для владельца пучка прав, которые мы на-

зываем «права собственности на сталелитейный завод», чем для всех остальных, он с ним не расстанется, если оно у него есть, и купит это право, если его нет. Если оно ценнее для собственников земли с той стороны, куда дует ветер, они с ним не расстанутся, если оно у них есть, и купят его, если его нет. Все права переходят к тем, кто их больше ценит, что приводит к эффективному результату.

Все зависит от обстоятельств (от трансакционных издержек)

Если Коуз прав, то почему тогда в Лос-Анджелесе до сих пор происходит загрязнение воздуха? Один из возможных ответов: загрязнение воздуха эффективно, ущерб, который оно наносит, меньше затрат на борьбу с ним. Более убедительный ответ: загрязнение воздуха по большей части неэффективно, но трансакции, необходимые для его устранения, блокируются из-за непомерно высоких трансакционных издержек.

Опять вернемся к сталелитейному заводу. Предположим, что у него есть право загрязнять воздух, но это неэффективно, дешевле бороться с загрязнением, чем мириться с ним или менять назначение участков земли с той стороны, куда дует ветер. Далее предположим, что этими участками владеют 100 собственников. С одним единственным собственником проблемы бы не было: он предложил бы заводу оплатить затраты на очистные сооружения и добавил бы небольшой бонус, чтобы повысить привлекательность сделки. Но 100 собственников земли сталкиваются с проблемой, которую экономисты называют *проблемой общественного блага*. Если 90 из них дадут деньги, а 10 нет, эти 10 становятся «безбилетниками»: никаких издержек, а воздух при этом чистый. У каждого из собственников есть стимул не платить, он считает, что его

платеж вряд ли повлияет на успех попытки убедить завод прекратить загрязнение воздуха. Если эта попытка будет неудачной даже при его участии, неважно, внес он свой вклад или нет. Если она увенчается успехом даже без его участия, тогда неуплата позволит ему «прокатиться» за чужой счет. Только если его вклад повлияет на исход, он получит выгоду от участия в общем деле.

Существуют способы решения этих проблем, но нет способов, которые работали бы всегда. Чем большее количество людей вовлечено, тем сложнее проблема. Учитывая, что в Южной Калифорнии проживают миллионы, трудно себе представить какой-то разумный способ, при помощи которого люди могли бы добровольно собрать деньги на то, чтобы заставить тех, кто загрязняет окружающую среду, перестать ее загрязнять.

Это один пример проблемы трансакционных издержек. Другой пример мы можем получить, если поменяем условия задачи, сделав загрязнение (и лесоводство) эффективным исходом, но предоставив собственникам земли право по закону дышать чистым воздухом. Если бы собственник был только один, сталелитейный завод мог бы купить у него разрешение на выбросы. Когда собственников 100, завод должен покупать разрешение у всех. У каждого из них есть стимул отказаться давать такое право в надежде на получение большей доли тех денег, которые завод сэкономит на очистных сооружениях. Если собственников с таким подходом к делу будет слишком много, переговоры могут сорваться и стороны никогда не придут к эффективному результату.

Рассматриваемая подобным образом проблема заключается не во внешних эффектах, а в трансакционных издержках. В случае внешних эффектов без трансакционных издержек проблемы не было бы, потому что стороны всегда могли бы договориться об эффективном решении. Когда мы в ре-

альном мире замечаем проблему внешних эффектов (или другие формы провала рынка), мы должны задать вопрос не только о том, как возникла эта проблема, но и о том, какие трансакционные издержки мешают ее решению путем заключения сделки.

Коуз плюс Пигу: это перебор

Еще раз воспользуемся нашим сталелитейным заводом, прежде чем перейти к более пасторальным вопросам. На этот раз у нас только одна фабрика и только один собственник земли, поэтому переговоры между ними будут простыми. Загрязнение наносит ущерб в размере 60 тысяч долларов, очистные сооружения стоят 80 тысяч долларов, закрытие курорта и переход к выращиванию леса — 100 тысяч долларов. Эффективный результат — загрязнение, поскольку причиненный ущерб меньше затрат на его предотвращение.

Агентство по охране окружающей среды, убежденное в преимуществах пигувианских налогов, сообщает заводу, что, если он будет производить выбросы, он должен будет заплатить за нанесенный ущерб штраф в размере 60 тысяч долларов. Что произойдет?

Затраты на борьбу с загрязнением больше штрафа, поэтому можно было бы ожидать, что завод заплатит штраф и продолжит загрязнять воздух, что является эффективным исходом. Это очевидный, но неправильный ответ.

Мы забыли о собственнике земли. Штраф пойдет не ему, а Агентству, поэтому если завод заплатит штраф и продолжит загрязнять воздух, он понесет убытки в размере 60 тысяч долларов без возмещения. Он может устранить эти убытки, предложив частично оплатить меры по борьбе с загрязнением, например в размере 30 тысяч долларов. Теперь, когда завод борется со своими

выбросами, он экономит 60 тысяч долларов штрафа и получает дополнительно 30 тысяч долларов от собственника земли на общую сумму в 90 тысяч долларов, что превышает 80 тысяч долларов, в которые обошлись бы мероприятия по борьбе с загрязнением. В результате мы получаем систему по борьбе с загрязнением, которая обходится дороже, чем на самом деле стоит.

Мы сложили вместе стимулы Пигу (штраф за загрязнение воздуха) и стимулы Коуза (дополнительная плата от потерпевшего за то, чтобы прекратить загрязнение), дав заводу двойной стимул бороться с загрязнением. Если стоимость системы очистки ниже удвоенной выгоды, завод купит ее, даже если не должен этого делать.

Одно из решений — заменить административное право деликтным, превратив штрафы, взимаемые Агентством по охране окружающей среды, в возмещение убытков собственнику земли. Когда он получит это возмещение, у него не будет стимула платить заводу за то, чтобы тот прекратил загрязнять воздух.

Коуз, Мид и пчелы

С тех пор как Коуз опубликовал свою статью «Проблема социальных издержек», экономисты, которых не убедил его анализ, утверждали, что теорема Коуза любопытна лишь с теоретической точки зрения, практическая значимость ее в мире, где трансакционные издержки редко бывают равны нулю, невелика или отсутствует вовсе. Знаменитый контрпример касается пчел.

Джеймс Мид (позднее он получил Нобелевскую премию за свои работы по экономике международной торговли), писавший до Коуза, предложил экстерналии, связанные с пчелами, в качестве примера проблемы, для который рынок не может

предложить практического решения. Пчелы собирают нектар с различных цветущих сельскохозяйственных культур, поэтому фермер, выращивающий культуры, которые дают нектар, приносит выгоду пчеловодам в своем регионе. Сам фермер никакой выгоды от этого не получает, поэтому его стимулы выращивать эти культуры чрезвычайно низки.

Поскольку пчел нельзя убедить соблюдать права собственности или договоры, нет практического способа применить метод Коуза к решению этой проблемы. Мы либо субсидируем фермеров, которые выращивают культуры, дающие нектар (отрицательные налоги Пигу), либо миримся с неэффективностью в совместном производстве сельскохозяйственных культур и меда.

Оказывается, это не так. Как доказали сторонники Коуза, договоры между фермерами и пчеловодами были общераспространенной практикой в этой отрасли еще с начала этого века. Если сельскохозяйственные культуры производили нектар и не нуждались в опылении, пчеловоды платили фермерам за разрешение поставить ульи на их полях. Если сельскохозяйственные культуры производили мало нектара, но нуждались в опылении (которое повышает урожайность), фермеры платили пчеловодам. Возможно, пчелы не соблюдают прав собственности, но они, как и люди, ленивы и предпочитают кормиться поближе к улью.

Из того, что метод Коуза решает проблему с этой конкретной экстерналией, не следует, что он решит все подобные проблемы. Но сам факт того, что столь выдающийся экономист, как Мид, предположил, что проблема экстерналии решается только посредством вмешательства государства, в контексте, в котором рыночное решение по Коузу в действительности было обычной практикой, подсказывает, что диапазон проблем, к которым применимо решение по Коузу, может быть гораз-

до шире, чем многие поначалу думали. И независимо от того, можно ли устранить проблемы экстерналий путем переговоров, анализ Коуза указывает на основные ошибки в традиционном подходе к экстерналиям: неспособность разглядеть симметрию между «загрязнителем» и «потерпевшим» и неспособность позволить решить подобные проблемы частным способом.

Иначе говоря, анализ проблемы по Пигу правильный, но только в особых условиях, в ситуациях, в которых трансакционные издержки высоки, поэтому на трансакции между сторонами можно благополучно не обращать внимания, и в ситуациях, в которых агент, решающий, какую сторону считать ответственной, уже знает, кто может избежать проблемы с наименьшими издержками. Яркий пример — загрязнение воздуха в городе. Коуз дает более общий анализ, охватывающий как этот случай, так и все остальные.

С точки зрения суда есть по крайней мере два способа применения этих открытий. Суд может следовать политике, согласно которой он решает в каждом деле, кто, истец или ответчик, может избежать проблемы с наименьшими издержками, присуждая возмещение убытков только тогда, когда он установил, что виновному в загрязнении решение проблемы могло обойтись дешевле, чем потерпевшему. И наоборот, суды могли бы попытаться установить общие правила определения ответственности, правила, которые в большинстве случаев будут возлагать ответственность на правильную сторону.

Один из примеров такого общего правила — применяемое в деликтном праве возражение о «приближении к нарушителю покоя». Согласно этой доктрине, если вы построили свой жилой комплекс рядом с моей свинофермой, я могу избежать ответственности, заявив, что, поскольку я был первым, вы сами создали для себя проблему. Экономически

эта доктрина обосновывается тем, что изменить местоположение жилого комплекса или свинофермы дешевле до того, как они были построены, а не после, поэтому тот, кто появился на данной территории вторым, обычно и есть тот, кто может избежать проблемы с меньшими издержками. Мы вернемся к этому примеру, несколько усложнив его, в последующих главах.

Общие правила обладают некоторыми преимуществами перед решениями по конкретным делам. Они обычно более предсказуемы, что позволяет сторонам при принятии решения не задумываться над тем, кого какой-нибудь суд в будущем сочтет тем, кому дешевле избежать будущих проблем. Они уменьшают судебные издержки, поскольку полезнее использовать дорогостоящие судебные ресурсы на то, чтобы убедить суд в том, что противная сторона может решить проблему более дешевым способом, чем на то, чтобы убедить его, что ваш жилой комплекс построен на десять лет раньше, чем в действительности. Недостаток общего правила в том, что оно вполне ожидаемо может дать неверный ответ в некоторых особых случаях, что означает, что оно будут хуже справляться с достижением эффективных результатов, чем идеально осведомленный суд, решающий каждое дело по существу.

Общие правила с легко предсказуемыми результатами иногда называют *четкими правилами*; правила, которые требуют от суда решения в каждом конкретном деле, — *стандартами*. Рассмотрим в качестве примера требование американской конституции о том, что кандидат в президенты США должен быть не моложе 35 лет. Предположительно, цель этого правила в том, чтобы кандидаты были достаточно зрелыми для должности. Это четкая, но неудачная норма, поскольку биологический возраст — весьма приблизительный показатель зрелости; все мы можем вспомнить примеры людей, ко-

торым больше 35, но они при этом менее зрелые, чем многие люди, которым меньше 35. Некоторые из нас даже могут вспомнить таких людей, избранных президентами. Но посмотрим на альтернативу — стандарт, по которому кандидат в президенты должен быть не менее зрелым, чем средний 35-летний человек. Это и в самом деле очень расплывчатое правило, которое на практике будет означать, что кандидат должен быть приемлемым для большинства членов Верховного суда.

Еще более важный пример четкого правила — общий принцип, согласно которому у всех людей, за небольшим исключением детей и умалишенных, должны быть одинаковые юридические права, существенно отличающиеся от юридических прав животных. Особенности людей, которые становятся источником для их юридических прав, существуют не по принципу «все или ничего»; большинство людей более рациональны и умеют лучше общаться, чем большинство животных, но опять-таки многие из нас могут привести исключения. Идеальная правовая система с идеально компетентными судьями, предположительно, гарантировала бы такие юридические права, которые менялись бы от человека к человеку (и от животного к животному), отражая различие в особенностях, которые становятся источником для этих прав. В итоге у человека с сильным отставанием в умственном развитии могло бы оказаться меньше прав, чем у особо сообразительного шимпанзе.

Наша правовая система так не работает и, вероятно, не должна работать. Разделение человек/нечеловек не является идеальным основанием для оценки ума, языковых способностей и прочего, но это очень хорошее основание, и оно создает четкое правило, позволяющее избежать большинства проблем, которые возникли бы, если бы одни люди попытались убедить суды в том, что у них иные права, чем у других людей.

Коуз, собственность и экономический анализ права

Работа Коуза радикальным образом изменила анализ внешних эффектов. Она также подсказала новый интересный подход к проблеме определения прав собственности, в особенности прав собственности на землю.

Суд, разрешающий споры вокруг собственности, или законодательный орган, пишущий закон, который должен применяться к таким спорам, должен решить, какое из прав, связанных с землей, включено в пучок, который мы называем «собственностью». Имеет ли собственник право запрещать самолетам летать над его землями на высоте больше 1 мили? А на высоте 100 футов? Как насчет людей, добывающих нефть на расстоянии 1 мили под землей? Какие у него есть права в отношении соседей, чье использование земли мешает его собственному? Если он построит свою звукозаписывающую студию рядом с соседской фабрикой, кто будет виноват? Если он имеет право на тишину в своей звукозаписывающей студии, означает ли это, что он может потребовать прекращения работы фабрики или же только подать иск о возмещении убытков? Легко говорить, что нам нужна частная собственность на землю, на самом деле собственность на землю — непростая вещь.

Ответ Коуза состоит в том, что закон должен определять собственность так, чтобы минимизировать издержки, которые вызывает несовместимое использование земли, которое мы обсуждали: аэропорты и жилые здания, сталелитейные заводы и курорты. Первый шаг — определить права таким образом, что, если право А больше всего ценится кем-то, кому принадлежит и право В, эти права включались бы в один пучок. Право решать, что происходит в 2 футах над участком земли, более всего цен-

но для человека, который также владеет правом на пользование землей, поэтому было бы разумно включить оба этих права в пучок прав, который мы называем «собственностью на землю». Но право решать, кому можно летать на высоте 1 мили над участком земли, не особенно ценно для собственника земли, поэтому нет разумного основания включать его в этот пучок.

Если бы в случае, когда установлены общие правовые нормы, мы всегда знали, какие права находятся в одном пучке, доводов, приведенных в предыдущем абзаце, было бы достаточно, чтобы сказать нам, как должны определяться права собственности. Но так бывает редко. Многие права представляют существенную ценность для двух или более сторон — например, право решать, можно ли громко шуметь на какой-то части собственности, ценно как для ее владельца, так и для его ближайших соседей. Нет общей правовой нормы, которая всегда бы присуждала его правильно.

В этом случае используется довод, лежащий в основе теоремы Коуза. Если мы изначально отдали право не тому человеку, человек, которому следовало бы его отдать, тот, кто ценит это право выше, может это право выкупить. Поэтому при первоначальном определении прав собственности необходимо делать это таким образом, чтобы минимизировать трансакционные издержки, связанные с исправлением любых ошибок в исходном определении прав путем частных договоров.

Пояснить это поможет пример. Предположим, что ущерб от загрязнения легко поддается измерению, а число людей, живущих в той стороне, куда дует ветер, велико. В этом случае, вероятно, эффективное правило состояло бы в том, чтобы предоставить собственникам земли с наветренной стороны право получить от виновника загрязнения возмещение убытков, но не право запретить деятельность, вызывающую загрязнение. Предостав-

ление права собственникам земли позволяет избежать проблемы общественного блага, с которой мы столкнулись бы, если бы собственникам земли (в случае, когда загрязнение неэффективно) пришлось собирать деньги, чтобы заплатить сталелитейному заводу за его устранение. Предоставление им права на возмещение убытков, а не права на судебный запрет загрязнения, производимого заводом, позволяет каждому из собственников избежать проблемы, вызванной стратегией «не уступать», с которой завод столкнулся бы (если загрязнение эффективно), если бы покупал разрешение на загрязнение у всех собственников земли.

Более полное объяснение того, как довод Коуза может применяться для выяснения, каким должен быть закон, приводится в следующей главе: для исчерпывающего объяснения понадобилась бы целая книга — такая, которая не была еще написана. Я надеюсь, что сказал достаточно, чтобы прояснить основную идею. Коуз начал с простой гипотезы, частично основанной на знакомстве с делами о нарушении покоя, разделом общего права, который занимается такими проблемами, как шумные фабрики рядом с звукозаписывающими студиями. В итоге он доказал, что то, что все остальные члены профессии считали правильным анализом проблемы внешних эффектов, было ошибкой, и в процессе работы открыл совершенно новый подход к использованию экономики для анализа права.

Впервые довод Коуза увидел свет в статье «Проблема социальных издержек», наиболее цитируемой статье в экономическом анализе права и одной из наиболее цитируемых статей в экономической науке. Помимо указания на ошибки в традиционном анализе экстерналий, в этой статье приводится ряд взаимосвязанных моментов.

Экономисты (и не только они) склонны делать из наблюдения, что рынок иногда производит неэффективный результат, поспешный вывод о том,

что, когда это происходит, государство должно вмешаться и решить проблему. Коуз, среди прочего, показал, что может не быть правовой нормы, формы регулирования, которая обеспечила бы полностью эффективное решение, такое решение, какое навязал бы всемогущий и всеведущий диктатор, единственной целью которого является экономическая эффективность. Тем самым он предвосхитил довод экономистов — сторонников теории общественного выбора, таких как Джеймс Бьюкенен (еще один нобелевский лауреат), о том, что выбор делается не между неэффективным решением, порожденным рынком, и эффективным решением, предложенным государством, а между рядом неэффективных альтернатив, частных и государственных. По словам Коуза, «все альтернативы сопряжены с издержками, и нет оснований полагать, что государственное регулирование требуется просто потому, что проблема плохо решается рынком или фирмой». Далее он утверждает, что различие между рыночными решениями и государственными решениями само по себе отчасти искусственное, поскольку рыночное решение зависит от конкретного набора правовых норм, установленных законодательными органами и судами.

Вторая интересная особенность работы Коуза упоминалась в главе 1. Коуз пришел к своим выводам, потому что, с одной стороны, размышлял об экономической теории, а с другой — изучал право. Свои доводы он основывал на реальных делах общего права о нарушении покоя: деле во Флориде, где здание, построенное одним собственником земли, затеняло гостиничный бассейн на прилегающем участке другого; британском деле, в котором врач построил свой новый медицинский кабинет на границе своего владения, прилегающего к соседней кондитерской фабрике, а затем потребовал от фабрики остановить оборудование, вибрации которого мешали ему пользоваться кабинетом;

и многих других делах. Он заключил, что судьи в системе общего права осознали и попытались решить проблему совместного создания экстерналий, которую совершенно упустил из виду экономический анализ.

Дополнительная литература

Coase R. The Problem of Social Cost // Journal of Law and Economics. 1960. Vol. 3. P. 1–44.

ГЛАВА 5

Определение и защита прав: собственность, ответственность и спагетти

РАБОТА Коуза предлагает один из возможных подходов к проблеме создания эффективных правовых норм. Чтобы сделать этот подход более понятным, в основной части этой главы я буду использовать идеи Коуза для анализа того, как правовые нормы должны определяться в контексте отдельно взятой проблемы реального мира, той, на примере которой Пигу объяснял проблему экстерналий, а Коуз использовал, чтобы показать, почему Пигу ошибался.

Посмотрев, как мы в принципе можем найти эффективные правовые нормы для конкретной ситуации, мы далее используем этот аргумент для ответа на более общий вопрос о том, как решить, должны ли права защищаться правилами собственности («украл машину, сел в тюрьму»), правилами ответственности («поцарапал мою машину, оплати ремонт») или штрафами.

Пожароопасные железные дороги: расширенный пример

В XIX веке железнодорожные поезда испускали искры. Искры порой вызывали пожары в расположенных рядом полях. Железнодорожные компании могли решить проблему, используя меньше поездов или установив искрогаситель, устройство на трубе паровоза, не дающее искрам вырываться наружу. Фермеры могли решить проблему, не ис-

пользуя земли, прилегающие к железной дороге, или сажая трудновоспламеняющиеся сельскохозяйственные культуры.

В моем примере я немного упрощу ситуацию. У фермеров только две альтернативы: пшеница, которая горит, и клевер, который не горит. Я предполагаю, что выращивать клевер менее выгодно, чем пшеницу, поскольку в противном случае все переключились бы на клевер и проблема исчезла бы. У железной дороги также две альтернативы: устанавливать или не устанавливать искрогаситель. Все затраты в данном примере могут быть представлены в расчете на год: потерянная годовая прибыль от выращивания клевера взамен пшеницы, потерянная годовая прибыль от периодических пожаров на пшеничных полях, годовая стоимость искрогасителей, установленных на паровозах. Наконец, я предположу, что в рассматриваемой нами зоне всего одна железнодорожная компания и 100 фермеров и риск возгорания одинаков для всех.

Мы рассматриваем четыре разные правовые нормы:

1. *Защищенное правилом собственности право, принадлежащее железной дороге.* Железная дорога имеет полное право испускать искры, если захочет.
2. *Защищенное правилом собственности право, принадлежащее фермерам.* Железная дорога имеет право испускать искры, если имеет на это разрешение от всех фермеров; любой из фермеров может пойти в суд и потребовать, чтобы железная дорога прекратила испускать искры.
3. *Защищенное правилом ответственности право, принадлежащее фермерам.* Железная дорога имеет право испускать искры, но должна возмещать фермерам любой ущерб, который они причинят.
4. *Защищенное правилом ответственности право, принадлежащее железной дороге.* Любой фермер может

потребовать по суду от железной дороги, чтобы она прекратила испускать искры, но затем должен возместить ей затраты на установку искрогасителей.

Этот способ установления правовых норм частично заслоняет симметрию альтернатив. В частности, альтернатива 4 (правовой термин для которой «неполная привилегия») кажется менее понятной, чем три остальные. Симметрия будет нагляднее, если мы будем рассматривать каждую правовую норму как отвечающую на два вопроса:

Кто решает, может ли железная дорога испускать искры?
Кто несет издержки этого решения?
Есть два возможных ответа на каждый из вопросов: железная дорога или фермеры.

Соединение возможных ответов дает нам наши четыре правовые нормы:

1. Решает железная дорога, издержки несут фермеры.
2. Решают фермеры, издержки несет железная дорога.
3. Решает железная дорога, издержки несет она же.
4. Решают фермеры, они же несут издержки.

Кроме четырех правовых норм мы имеем четыре возможных исхода:
A. *Искры + пшеница = пожары.* Железная дорога испускает искры, фермеры выращивают пшеницу, результат — периодические пожары.
B. *Искры + клевер = никаких пожаров*: железная дорога испускает искры, фермеры выращивают клевер, никаких пожаров, потому что нечему гореть.
C. *Искрогасители + пшеница = никаких пожаров*: железная дорога устанавливает искрогасители, фер-

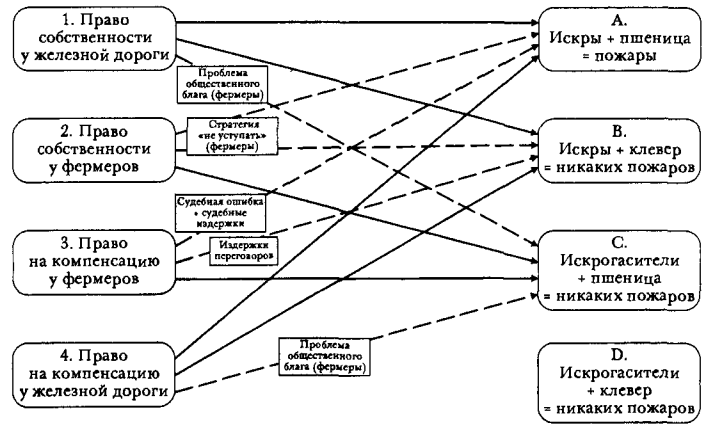


РИС. 5.1. Диаграмма спагетти

ТАБЛИЦА 5.1
Издержки исходов

Затраты на	*Затраты в долл.*	*a*	*b*	*c*	*d*
Исход A	Пожары	*400*	800	800	*600*
Исход B	Клевер	800	*400*	400	800
Исход C	Искрогаситель	1000	1000	*200*	1000

ПРИМЕЧАНИЕ. Наименее затратное решение в каждой колонке выделено *курсивом*.

меры выращивают пшеницу, пожаров нет, потому что нет искр, которые бы их вызывали.
D. *Искрогасители + клевер = никаких пожаров*: железная дорога устанавливает искрогасители, фермеры выращивают клевер, никаких пожаров.

Каждая правовая норма ведет к любому из нескольких различных исходов либо напрямую, либо через трансакцию между железной дорогой и фермером, как показано на рис. 5.1. Каждый исход связан со своими издержками, как показано в табл. 5.1. Цель игры — правильно выбрать исходную точку, эффективную правовую норму. Как мы увидим,

то, какой будет эта норма, зависит от того, куда мы хотим попасть, точнее, от того, насколько велика вероятность, что данный исход окажется эффективным.

Мы начинаем с правила 1: железная дорога имеет право испускать искры и не несет ни перед кем ответственности. Что происходит?

Сначала предположим, что ущерб от пожаров на пшеничных полях составляет 400 долларов, переход на выращивание клевера стоит 800 долларов (8 долларов на каждого фермера), а искрогаситель стоит 1000 долларов (колонка *a* в табл. 5.1). Пожары обходятся дешевле любого способа их предотвращения, поэтому эффективный исход — А: искры + пшеница. При этом исходе не требуется никакой трансакции между сторонами, и он обходится в 400 долларов. Железная дорога выбрасывает искры, фермеры не переходят на выращивание клевера, потому что издержки были бы больше экономии от предотвращения пожара. Фермеры могут попытаться заплатить железной дороге за установку искрогасителей, но смогут предложить самое большее 400 долларов, а искрогаситель стоит 1000 долларов, поэтому нет смысла делать предложение. Мы получили эффективный исход и при этом обошлись без трансакций между сторонами и без трансакционных издержек, как это показывает сплошная стрелка, соединяющая правило 1 с исходом А.

Далее предположим, что мы поменяли местами стоимость клевера и издержки от пожаров; переход на выращивание клевера теперь стоит 400 долларов, а пожар причиняет 800 долларов ущерба (колонка *b*). Железная дорога испускает искры. Фермеры обдумывают варианты возможных действий и переключаются на клевер, поскольку экономия от предотвращения пожаров делает это целесообразным. На этот раз эффективным оказывается исход В, искры + клевер, и мы снова получили его без трансакций между сторонами и с нулевыми

трансакционными издержками, на что указывает еще одна сплошная стрелка.

Наконец, предположим, что стоимость искрогасителя падает до 200 долларов (колонка *c*). Железная дорога по-прежнему может по закону испускать искры, если хочет. Но теперь фермеры заинтересованы в покупке для нее искрогасителя, потому что это обойдется им дешевле перехода на выращивание клевера, который как альтернатива занимает у них второе место.

Они заинтересованы в покупке искрогасителя, но она может не состояться. Причина в проблеме общественного блага, о которой говорилось выше. Пока вносится сумма, достаточная для того, чтобы оплатить искрогаситель, фермеры, решившие не вносить свою долю, получают возможность «прокатиться» бесплатно. Если фермеров сто, то взнос одного фермера не влияет на успех или неудачу. Многие фермеры могут отказаться платить, посчитав, что, если все остальные откажутся, их взноса все равно будет недостаточно, а если достаточное число фермеров заплатит, они могут «прокатиться» за чужой счет, получить выгоды от отсутствия искр даром.

Есть много разных способов, которыми фермеры могут попытаться решить эту проблему. Например, они могут составить договор, по которому каждый соглашается внести свою долю, только если заплатят все остальные. Потенциальный отказник поймет, что, если он откажется, проект развалится, тогда как, если согласится, но откажется кто-то еще, его согласие ничего не будет ему стоить, поэтому в его интересах согласиться.

Это решение зависит от предпосылки о том, что риск пожара одинаков для всех фермеров. Если это не так, вопрос о том, какую долю по справедливости должен внести каждый, становится сложным и спорным. Если хотя бы один фермер полагает, что от него требуют взнос, превышающий

его выгоды от искрогасителя, сорвется вся сделка. А упрямый фермер может просто заявить, что не будет платить; если остальные хотят собирать деньги, пусть составляют новый договор, в котором его имя не упоминается. Как показывает этот пример, подобная ситуация создает множество возможностей для торга, блефа и угроз. В результате искрогаситель, возможно, так и не будет установлен. Поэтому я связал правило 1 с исходом С пунктирной линией, заблокированной рамкой, изображающей проблемы общественного блага, с которой столкнутся фермеры.

Как насчет исхода D: искрогаситель + клевер? До тех пор пока и оборудование, и переход на выращивание клевера стоят дорого, этот исход не может быть эффективным, поскольку обе меры предосторожности дорогостоящи и достаточно только одной из них. Поэтому нет стрелок, которые бы связывали любое из четырех правил с исходом D. Ситуация изменилась бы, если изобретение дизельного локомотива устранило бы искры без всяких издержек, а импорт больших объемов заграничной пшеницы сделал бы клевер более выгодной культурой, но при таких допущениях анализируемая нами проблема исчезает.

Теперь обратимся к правилу 2. На этот раз абсолютное право собственности у фермеров: железной дороге разрешается испускать искры, только если она имеет разрешение от всех фермеров. Что произойдет?

Если эффективный исход С — никаких искр + пшеница, то он достигается сразу же безо всяких трансакций. Железная дорога может предложить фермерам купить у них разрешение, но оно обойдется ей дороже искрогасителя, поэтому делать такое предложение не в интересах железной дороги. Правило 2 связано сплошной линией с исходом С.

Однако предположим, что эффективный исход А или В — искры с переходом на клевер или без него.

Чтобы получить эти исходы, железная дорога должна купить у фермеров разрешение на испускание искр. Такая сделка при любой цене, которая будет ниже затрат на искрогаситель и выше издержек испускания искр (A) или перехода на клевер (B), отвечает интересам и железной дороги, и фермеров.

Сделка в их интересах, но опять-таки может и не состояться, на этот раз из-за *проблемы, связанной со стратегией «не уступать»*. Предположим, железная дорога предлагает каждому фермеру 6 долларов за разрешение испускать искры; издержки фермеров (пожары или клевер, в зависимости от того, что из них дешевле) составляют 4 доллара. Один из фермеров понимает, что, если сделка состоится, железная дорога сократит свои издержки с 1000 долларов (за искрогаситель) до 600 долларов (выплаты фермерам), что принесет ей 400 долларов чистой экономии. Кроме того, он понимает, что, если он не согласится на сделку, эти 400 долларов экономии исчезнут. Будучи разумным человеком, он предлагает поделить выигрыш; он согласится, но только при условии, что железная дорога дополнительно заплатит ему 200 долларов.

Если только один фермер применит эту стратегию, сделка состоится, и эффективный результат будет достигнут, хотя, возможно, другие фермеры станут роптать, если узнают об условиях сделки. Но если более двух фермеров решат потребовать 200 долларов за свое согласие, железная дорога откажется платить, и сделка не состоится. И велика вероятность, что так поступят многие фермеры. Они рискуют потерять 2 доллара прибыли, которую они могут получить, согласившись принять 6 долларов за то, что обходится им в 4 доллара. Их потенциальная выгода от стратегического торга составляет 200 долларов. Опять-таки, есть разные способы разрешения ситуации, которыми могут воспользоваться фермеры, но нет гарантии, что какой-то из них сработает. Поэтому правило 2

связано с исходами A и B пунктирными стрелками, заблокированными проблемой стратегии «не уступать».

До сих пор мы имели дело с правилами собственности: либо одна, либо другая сторона решает, испускаются искры или нет. Далее мы рассмотрим правила ответственности: решает одна сторона, но она обязана выплатить другой стороне компенсацию вызванных этим решением потерь.

Правило 3 — правило ответственности, по которому железная дорога принимает решение о том, испускать искры или нет, но фермеры имеют право на возмещение любых причиненных этим решением убытков. Что происходит?

Сначала предположим, что стоимость такая, как показана в таблице в колонке *a*, что делает исход A эффективным. Железная дорога может либо испускать искры и заплатить фермерам 400 долларов за вызванные ими пожары, либо заплатить 1000 долларов за искрогаситель; она выбирает первый вариант.

Результат несколько сложнее, чем был при правиле 1; на этот раз, когда искры от железной дороги вызывают пожары, фермеры требуют по суду возмещения убытков. Мы получили эффективный исход, но с дополнительными издержками — судебными затратами на соответствующие деликтные иски.

В этом выводе заложено важное допущение о том, что суд может точно измерить причиненный ущерб. Предположим, что это не так. Пожар причиняет реальный ущерб на 400 долларов, но суд, представив себе поля, пожираемые огнем, переоценивает его и присуждает фермерам возмещение убытков в размере 1200 долларов. Если подобная слишком высокая оценка предсказуема, в интересах железной дороги установить искрогаситель, даже если это неэффективный исход.

Решение этой проблемы требует еще одной трансакции. Железнодорожная компания обращает-

ся к фермерам и предлагает выкупить у них право на получение компенсации, заплатив каждому по 8 долларов в обмен на обязательство не предъявлять иск. Как и в случае правила 2, стороны могут договориться об эффективном исходе, но чтобы это сделать, они должны решить проблему стратегии «не уступать». К счастью, она оказывается проще, чем раньше. Один-единственный фермер уже не может заставить железную дорогу установить искрогаситель, потому что у нее есть вариант испускать искры и заплатить ему возмещение убытков в размере 12 долларов. Поэтому самое большее, на что может рассчитывать тот, кто отказывается от сделки, — это 12 долларов за свое согласие.

До сих пор мы исходили из того, что затраты на переход к выращиванию клевера выше ущерба, причиняемого пожарами, что делает А эффективным исходом. Давайте предположим обратное: клевер обойдется в 400 долларов, а ущерб от пожаров составляет 800 долларов. Теперь эффективный исход — В. Как мы к этому пришли?

Ответ зависит от того, насколько суд хорошо осведомлен, когда присуждает возмещение убытков. Если суд просто измерит ущерб, причиненный пожарами, фермеры, очевидно, должны выращивать пшеницу, страдать от пожаров и выставлять счет железной дороге. Это не будет им ничего стоить. Если они перейдут на выращивание клевера, они понесут издержки в размере 400 долларов и не получат никакого возмещения, потому что не будет пожаров, а следовательно, и очевидного ущерба, за который можно предъявить иск. Таким образом, они в конце концов придут к исходу А, даже если эффективным был исход В.

Мы можем решить эту проблему, если заставим железную дорогу заплатить фермерам за переход на клевер. Здесь снова может возникнуть проблема стратегии «не уступать», но она уменьшается за счет того, что железная дорога может заплатить неко-

торым фермерам за переход на клевер, тем самым устранив вероятность пожара на их полях и соответствующую ответственность, и выплатить возмещение убытков тем, кто отказался на него переходить.

Есть более простой способ достижения эффективного исхода, если суд достаточно толковый. Согласно традиционному принципу общего права жертва деликта обязана после события принять меры для минимизации ущерба. Достаточно хорошо информированный суд, применяя тот же самый принцип к мерам по борьбе с сохраняющейся проблемой, может отказаться присуждать фермерам полную стоимость ущерба от пожара в размере 800 долларов на том основании, что они наполовину сами виноваты в этом ущербе: им следовало перейти на выращивание клевера. Если фермеры перейдут на клевер, достаточно толковый суд признает, что они понесли реальные издержки из-за искр, даже если в действительности не было пожаров, и присудит им возмещение убытков в размере 400 долларов. При этой правовой норме фермерам выгоднее перейти на выращивание клевера (400 долларов издержек, которые полностью покрываются тем возмещением убытков, какое суд заставляет выплатить железнодорожную компанию), чем продолжать выращивать пшеницу (издержки 800 долларов, из которых возмещается только 400 долларов). Мы напрямую переходим к исходу B, без всяких дополнительных трансакций. Не останавливайтесь на поле «Отправляйтесь в тюрьму» (в игре «Монополия». — *Примеч. пер.*). Получите свои 400 долларов.

Краткое отступление на тему, на которую слишком часто не обращают внимания

Как мы более подробно увидим в главе 14, компетентность суда — ключевой фактор в установлении эффективных правовых норм. Если бы суды

были полностью обо всем информированы, если бы они во всех подробностях знали, что должна делать каждая из сторон, нам бы не потребовалась система ответственности. Суд мог бы просто заявить, что все должны делать то, что должно, и повесить любого, кто этого не делает. Это централизованное решение проблемы координации деятельности людей. У нас есть много исторических доказательств того, что оно работает только в небольших обществах, и множество экономических теорий, объясняющих почему.

С другой стороны, если бы суды совсем ничего не знали и выносили бы свои вердикты, кидая кости, правовая ответственность, право в целом не имели бы большого смысла для решения проблемы координации. Чтобы понять нашу правовую систему, необходимо представление о судах, как находящихся где-то между полным неведением и всезнанием. Где именно они находятся — это одна из важнейших предпосылок нашей теории, которая редко обсуждается подробно.

В примере, с которым мы работаем, правило собственности, первое или второе, требует только того, чтобы суд был достаточно разумным, чтобы сказать, испускает ли железная дорога искры, вызывающие пожар. Правило 3 напрямую приводит нас к исходу А (искры, пшеница, пожары), когда он эффективен, при условии, что суд достаточно разумный, чтобы измерить ущерб, который действительно причиняют реальные пожары. Оно приводит нас прямо к исходу В (искры и клевер), только если суд достаточно разумный и может измерить не только реальные издержки пожаров, но и стоимость мер предосторожности, принятых для того, чтобы избежать этих издержек (фермеры, переходящие к выращиванию клевера), и потенциальную стоимость мер предосторожности, которые позволили бы избежать этих издержек, но не были приняты (фермеры, не переходящие к выращиванию

клевера), и учесть эту информацию при подсчете убытков. На какой бы исход мы ни нацелились, если суд недостаточно разумный, чтобы нас к нему привести, применяется решение по Коузу: стороны договариваются об эффективном правиле при условии, что трансакционные издержки таких переговоров не слишком высоки.

Вернемся к нашей регулярной путанице

Прежде чем так резко прерваться, мы занимались тем, что применяли правило 3 к ситуациям, в которых эффективным решением для железной дороги было бы продолжать испускать искры. Теперь рассмотрим обратный случай. Эффективный исход С: железная дорога должна купить искрогаситель, дав возможность фермерам сеять пшеницу, не беспокоясь о пожарах. Если суд в состоянии точно подсчитать ущерб, проблемы нет. Железная дорога подсчитывает, во сколько обойдется возмещение убытков, если она продолжит испускать искры, и заказывает искрогаситель.

Правило 4 — это правило 3, прочитанное в обратном порядке. Фермеры решают, устанавливается ли искрогаситель, но несут издержки, связанные со своим решением; если они будут настаивать на искрогасителе, они должны будут его оплатить. Теперь легко достичь исхода с искрами: каждый фермер верно определяет, что мириться с пожарами или выращивать клевер (неважно, какой из этих вариантов дешевле) дешевле, чем покупать для железной дороги искрогаситель. Правило 4 соединяется с исходами А и В сплошной стрелкой.

Получить исход С сложнее из-за все той же проблемы общественного блага, с которой мы сталкивались ранее. Если хотя бы один фермер потребует от железной дороги прекратить испускать искры, ему придется заплатить полную стоимость

искрогасителя, позволив остальным фермерам бесплатно прокатиться за его счет. Чтобы получить исход С, фермеры должны каким-то образом договориться поделить расходы на искрогаситель так же, как при правовой норме 1.

При правовой норме 1 цена, которую фермеры платили железной дороге за то, чтобы она прекратила испускать искры, определялась в ходе переговоров сторон; при правовой норме 4 она определяется судом. Если один или более фермеров готовы оплатить искрогаситель, у железной дороги больше нет возможности отказываться от сделки, в надежде на то, что ей предложат более высокую цену. То, какая трансакция работает лучше, зависит от издержек переговоров и судебных издержек, а также от того, с какой сравнительной точностью эти процедуры позволяют достичь правильной цены.

Мы завершили нашу диаграмму спагетти. Что будем с ней делать?

Именно с ее помощью мы будем выбирать правовую норму. Для этого нам потребуется дополнительная информация: оценка для каждого из исходов вероятности того, что он окажется эффективным, а также оценка того, насколько серьезны различные трансакционные проблемы.

Предположим, нам известно, что во всех случаях, к которым применима правовая норма, эффективным оказывается исход А. Мы выбираем правовую норму 1. Это напрямую приводит нас к исходу А без трансакций, и нам не нужен суд для определения величины убытков. Реальный пример — экстерналия, которую я создаю всякий раз, когда делая выдох, увеличиваю количество углекислого газа в мире и тем самым чуточку способствую глобальному потеплению. Издержки могут быть вполне реальными, но у нас не возникает сомнений, что продолжать дышать и мириться с последствиями — самое дешевое решение проблемы,

поэтому мы предоставляем каждому право дышать, освобождая его от ответственности за издержки, которые может вызвать процесс его дыхания.

А теперь предположим, мы были уверены, что всегда эффективен исход С. Теперь тот же самый аргумент подразумевает, что нам требуется правовая норма 2. В качестве примера может служить мое абсолютное право собственности на то, чтобы не быть предумышленно застреленным соседями. Хотя потерянная возможность попрактиковаться в стрельбе и дать выход своей досаде может создать для них некоторые издержки, мы знаем наверняка, что они будут меньше тех издержек, которые понесу я, если меня застрелят.

Ситуация осложняется, если мы не знаем, какой исход является оптимальным. Тогда нам придется подсчитывать вероятность того, что исходы А, В или С окажутся правильным ответом. С учетом вероятностей мы можем посмотреть на каждую правовую норму и понять, насколько легко мы можем добраться от нее туда, куда мы хотим попасть. Нам нужна любая норма, которая лучше всего в среднем приводила бы к желаемым результатам, минимизировала суммарные издержки тех сделок, которые были заключены, и неэффективность, вызванную трансакциями, которые не были совершены.

Расчеты требуют оценки не только вероятностей, но и трансакционных издержек. Если мы знаем, что суды могут точно и с небольшими затратами оценить причиненный ущерб, приняв во внимание все возможные предосторожности, тогда весьма привлекательными могут показаться правовые нормы 3 и 4; каждая из них напрямую приводит нас к исходу А, В или С, не требуя никаких трансакций между фермерами и железной дорогой. Если мы полагаем, что суды точны и не требуют больших затрат, но могут измерять только прямой ущерб, тогда привлекательность правовой нормы 3 за-

висит от того, насколько вероятным мы считаем, что эффективным будет исход B, поскольку это единственный исход, достижение которого требует переговоров.

Аналогично, если мы полагаем, что фермеры могут легко решить проблему общественных благ, потому что их немного и все они друзья и родственники, привлекательным кажется правовая норма 1. Она напрямую приводит нас к исходам A и B и окольным путем, но без серьезных издержек к исходу C. Она особенно привлекательна по сравнению с альтернативами, если мы считаем, что суды затратны и некомпетентны в оценке издержек.

Теперь должна быть ясна основная логика того, чем мы занимаемся. При данных представлениях о мире, с которым мы сталкиваемся (вероятность того, что данный исход окажется эффективным), и наших способах справляться с ним (стоимость трансакций, точность решения суда) мы можем подсчитать средние издержки каждой из правовых норм и выбрать наименее затратную. В принципе у нас есть интеллектуальный аппарат для создания законов.

За выражением «в принципе» скрывается множество проблем, потому что для того, чтобы выбрать верную правовую норму, нам нужна информация, которой у нас нет. Цель того, чтобы посмотреть, каким образом мы произвели бы точные расчеты, если бы у нас была вся необходимая информация, состоит в том, чтобы понять, как произвести наиболее приближенный расчет, максимум того, что мы можем сделать на основе нашей несовершенной информации. Хотя мы не можем сказать наверняка, какое правило окажется наилучшим для определения ответственности железных дорог за пожары, вызванные испускаемыми ими искрами, мы можем показать, какие факторы определяют привлекательность той или иной правовой нормы.

Однако прежде, чем заново сформулировать аргумент в этой форме, стоит рассмотреть еще одно возможное правило — борьбу с искрами с помощью налогов Пигу. Мы тем самым дополним обсуждение (но не диаграмму, которая и без того уже достаточно сложна).

Штраф за искры

Железная дорога выплачивает штраф, равный тому ущербу, который причинили искры.

На первый взгляд кажется, что это правило решает все проблемы. Если причиненный ущерб меньше стоимости искрогасителя (эффективны исходы A или B), железная дорога выплачивает штраф и продолжает испускать искры. Фермеры, которые больше не получают возмещения, выращивают пшеницу или клевер в зависимости от того, что из них минимизирует затраты. Если причиненный ущерб больше стоимости искрогасителя, железная дорога покупает его, и мы благополучно приходим к исходу C. Никаких трансакций между фермерами и железной дорогой не требуется.

Однако есть некоторые проблемы. Предположим, регулирующий орган, устанавливающий размер штрафа, подобно всего лишь умеренно разумному суду из предшествующего примера, может измерить и назначить штраф только за прямые убытки. Далее предположим, что перейти на клевер дешевле, чем мириться с пожарами, но дороже, чем устанавливать искрогаситель. Эффективный исход — C; издержки показаны в колонке *c* нашей таблицы.

Железная дорога продолжает испускать искры и платить штрафы. Когда возмущенные акционеры задают вопрос, почему компания продолжает платить штрафы, когда дешевле было бы поставить искрогаситель, президент просит их потерпеть. Фермеры, видя, что железная дорога продолжа-

ет испускать искры, переходят на клевер. Пожары прекращаются. Штрафы тоже.

Железная дорога и фермеры вовлечены в игру, в которой обе стороны блефуют. Фермеры могут заставить железную дорогу установить искрогаситель, не переключаясь на клевер, точно так же, как железная дорога может попытаться заставить фермеров перейти на клевер, отказываясь устанавливать искрогаситель. Но это игра, в которой у железной дороги гораздо более сильная позиция, потому что она одна, а фермеров сто. Каждый из фермеров имеет стимул перейти на клевер, чтобы избежать потерь от пожаров, в то же время надеясь, что достаточное число других фермеров продолжат выращивать пшеницу, чтобы заставить железную дорогу установить искрогаситель. Фермеры, заставляя друг друга мириться с тем, что пшеница горит, до тех пор пока железная дорога не отступит, сталкиваются с проблемой общественного блага.

Вторая проблема упоминалась в предыдущей главе: Коуз плюс Пигу — это перебор. Предположим, что искрогаситель стоит 1000 долларов, переход на клевер — 800 долларов, штрафы обходятся в 600 долларов (колонка *d*). Эффективное решение — продолжать испускать искры. При таком решении железная дорога ежегодно выплачивает 600 долларов штрафа, а фермеры несут убытки в размере 600 долларов. Если железная дорога устанавливает искрогаситель, и ущерб и штрафы прекратятся с суммарной выгодой 1200 долларов ценой 1000 долларов. Фермеры предлагают заплатить железной дороге 500 долларов в счет установки искрогасителя, железная дорога соглашается, и мы приходим к неэффективному исходу С.

Мы окончательно разобрались в этом примере. Следующий этап — посмотреть, чему он нас научил, но не в том, что касается железных дорог и фермеров, а в том, что касается преимуществ и недостатков различных правовых норм.

Правила собственности или правила ответственности

Если кто-то разобьет окно или нарушит договор, на него подают иск о возмещении убытков, приблизительно равных величине потерь, которые по его вине понес пострадавший. Если же он угонит машину и будет пойман и осужден, он окажется в тюрьме. Право на исполнение договора или право на то, чтобы ваше имущество не портили случайным образом, — это право на возмещение убытков, которое защищается гражданским (договорным или деликтным) правом. Право на владение машиной — это право собственности, которое защищает уголовное право.

Право на что-то, защищенное правилом ответственности, означает, что, если эту вещь заберут, тот, кто забрал, должен будет выплатить вам компенсацию. Право на что-то, защищенное правилом собственности, означает, что если эту вещь заберут, забравший ее будет наказан таким образом, чтобы забирать было больше не в его интересах. В общих чертах мы можем представлять себе правило ответственности как «возмещение, равное причиненному ущербу», а правило собственности — как «возмещение достаточно высокое для того, чтобы всегда удерживать от причинения ущерба». Правила собственности в реальном мире, конечно, не всегда удерживают от этого, и мы будем обсуждать этот вопрос в главе 15. Но для данного обсуждения будет проще, если мы не будем учитывать это осложнение.

Представим себе мир, в котором есть только правила ответственности. Если кто-то захотел заполучить вашу машину, ему не надо идти к вам и предлагать свою цену. Он просто забирает машину и ждет, когда вы отсудите у него ее стоимость. Что неверно в этом подходе? Почему он не привел бы к эффективному результату?

В мире, в котором суды могли бы точно измерять стоимость и обеспечивать исполнение судебных решений об ответственности с незначительными издержками, он бы мог привести к эффективному результату. Выплата возмещения равна издержкам, которые вы несете из-за того, что у вас украли машину, поэтому машину выгодно красть только тогда, когда она ценнее для вора, чем для владельца. В этом случае кража становится эффективной трансакцией. И в отличие от (невозмещенной) кражи, обсуждавшейся в главе 3, такая правовая норма не приведет к поискам ренты. У меня не будет стимулов тратить деньги и время на охрану своей машины от воров, поскольку если ее украдут, мне будет выплачена полная компенсация; кроме того, в мире, в котором вор обязан полностью возмещать убытки жертве, кража будет редкостью. Затраты воров на угон машин будут незначительными, поскольку владельцы не станут принимать никаких мер предосторожности. Все, что вам нужно будет сделать, это подойти к машине, открыть (отпереть) дверь и запустить ее ключом, оставленным владельцем в зажигании.

В реальном мире суды не могут точно измерить ценность моей машины, по крайней мере не так точно, как это могу сделать я сам. Более того, затраты на то, чтобы найти того, кто украл мою машину, доказать, что именно он это сделал, и дать оценку ее стоимости, весьма существенны. Защита моего права на машину при помощи правила ответственности была бы слишком дорогостоящим подходом, который при этом часто приводил бы к неэффективным перераспределениям.

Этих аргументов было бы недостаточно, чтобы отказаться от данного подхода, если бы у нас не было альтернативы, однако она у нас есть. Это правило собственности: вы можете забрать машину только с моего разрешения. Если вы заберете ее без разрешения, с вами произойдет нечто нехорошее.

Причина, по которой этот подход лучше, была описана схематически с помощью Анны, Мэри и Джона в главе 2. Если моя машина ценнее для вас, чем для меня, вы захотите сделать мне предложение, которое я буду готов принять. Вам не нужно будет ее красть, вместо этого вы можете ее купить. Ценность устанавливается не через наилучшее предложение суда, а при помощи предложений, которые вы готовы мне сделать, а я готов принять. Если вы купите машину, трансакционные издержки будут гораздо ниже, чем если вы ее украдете, а мне потом придется с вами судиться и получать возмещение.

Если правила собственности работают настолько хорошо, почему тогда мы вообще пользуемся правилами ответственности? Ответ в том, что бывают случаи, в которых трансакционные издержки продажи выше, чем трансакционные издержки предъявления иска. Каждый раз, выезжая из дома на автомобиле, я создаю очень незначительный риск причинения вреда всем водителям и прохожим на расстоянии миль вокруг. Трансакционные издержки получения от них разрешения на это, прежде чем я поверну ключ в зажигании, слишком высоки. Поэтому, вместо того чтобы защищать их право не попасть под машину или не столкнуться с ней при помощи правила собственности, мы защищаем его при помощи правила ответственности. Если я причиню кому-то вред при обстоятельствах, в которых суд сочтет меня виновным, я должен буду выплатить ему компенсацию.

Эти примеры подсказывают очень простой вывод. *Правила собственности привлекательны, когда издержки перераспределения прав при помощи рыночной трансакции невысоки. Правила ответственности привлекательны, когда издержки перераспределения прав судом невысоки.* Мы используем правила собственности в таких контекстах, как, например, распределение автомобилей, в которых хорошо работает

распределение при помощи рынка, а распределение при помощи суда, наоборот, плохо. Измените ситуацию на противоположную, и мы будем применять правила ответственности. В мире, где и те и другие издержки равны нулю, любой из подходов даст эффективный результат. В мире, в котором оба типа издержек высоки, мы должны будем искать другие альтернативы.

Рассмотрим различия в нарушении владений людьми и нарушении владений скотом. Если я намеренно нарушу ваши владения, я буду нести ответственность независимо от того, какой ущерб я причинил и насколько разумными были мои действия. Если же на вашу землю забредет мой скот, я буду нести ответственность только за тот ущерб, который он действительно причинил. Таким образом, ваше право на то, чтобы люди не ходили по вашим владениям без вашего разрешения, защищается правилом собственности; а ваше право на то, чтобы на вашу землю не забредал скот, защищается правилом ответственности.

Очевидное объяснение в том, что, если мои выгоды от хождения по вашей земле больше, чем ваши убытки от него, я могу купить разрешение — постоянное, в виде сервитута, если мне требуется именно это. Но если я хочу держать на своей земле скот, мне непросто будет приобрести разрешение у всех собственников земли, к которым он может забрести.

В качестве второго примера рассмотрим, как закон подходит к несчастному случаю и к постоянному нарушению покоя. Если у меня случайно загорится стог сена и огонь перекинется на ваши постройки, вы предъявите мне иск о возмещении убытков. Если запах от вашего дубильного производства делает мой многоквартирный дом непригодным для проживания, я обращусь в суд и попрошу наложить судебный запрет на дубильное производство на основании нарушения покоя.

В первом случае я прошу суд применить правовую норму 3, предоставить мне право на возмещение убытков, чтобы мой дом не сгорел. Во втором случае я прошу его применить правовую норму 2, предоставить мне защищенное правилом собственности право на то, чтобы мое здание не окуривалось без моего согласия.

Частично объяснение различия может быть связано со способностью суда установить, какая из сторон может решить проблему с наименьшими издержками. При постоянном нарушении покоя издержки, которые несут стороны, когда устраняют это нарушение или мирятся с ним, до некоторой степени поддаются наблюдению. Поэтому у суда есть разумный шанс понять, кто может решить проблему с наименьшими издержками, и соответствующим образом присудить право собственности и тем самым напрямую достичь эффективного исхода либо в каждом конкретном деле, либо на основании общих правовых норм, таких как доктрина «приближения к нарушителю покоя». Но несчастные случаи имеют более неопределенный характер, поэтому их ожидаемые издержки тоже неопределенные и судам сложно или даже невозможно понять, кто может решить проблему с наименьшими издержками. Применение правила ответственности перекладывает на меня бремя решения о том, стоит ли принимать меры предосторожности, защищая сено от огня или располагая стога подальше от дома моего соседа. Суду остается только подсчитать убытки, если произойдет несчастный случай.

Вторая причина этого различия, возможно, кроется в том, что перераспределять права при помощи частной трансакции часто более практично в случае постоянного нарушения покоя. Если мое дубильное производство загрязняет вашу фабрику, мы оба об этом знаем. Поэтому, если суд присудит право не той стороне, принимая решение о том, налагать или не налагать судебный запрет, другая сто-

рона может выкупить у нее это право, по крайней мере, пока затронуты только один или два лица. Это не работает так же хорошо при несчастных случаях. Если правовая система дает вам абсолютное право на то, чтобы ваши строения не сгорели по причине несчастного случая, гарантированное постфактум посредством компенсации, предусмотренной по закону, или уголовными наказаниями, я могу не знать, у кого из моих соседей я должен выкупать права, чтобы избежать ответственности, если вдруг произойдет несчастный случай.

Правила ответственности или штрафы?

Один из подходов к загрязнению и аналогичным внешним эффектам — рассматривать их как деликты; если шумная кондитерская фабрика вашего соседа мешает вам использовать ваш кабинет для врачебных консультаций, вы можете предъявить соседу иск о возмещении убытков. В соответствии с действующим законодательством об охране окружающей среды эта ситуация будет скорее рассматриваться как нарушение федеральных норм и наказываться штрафами. Какой из двух подходов стоит выбрать, если наша цель — эффективность?

Можно ответить, что эти два подхода по-разному влияют на стимулы жертв к принятию мер предосторожности. Если железная дорога испускает искры и фермерам, у которых горит пшеница, возмещают убытки, у них нет стимула переходить на клевер, даже если это решение было бы дешевле и пожаров, и искрогасителя. Если с железной дороги взыскивают штраф, но он не поступает к фермерам, у них есть стимул минимизировать ущерб, перейдя на клевер. Это одна из причин того, почему штрафы лучше. Насколько серьезное преимущество дают штрафы, во многом зависит от того, насколько легко железная дорога может договориться

с фермерами. Если трансакционные издержки низкие, правило ответственности тоже приводит к эффективному решению, потому что железная дорога заплатит фермерам за то, чтобы они перешли на клевер.

Низкие трансакционные издержки не только помогают правилу ответственности работать лучше, из-за них также начинают хуже работать штрафы по обсуждавшейся выше причине. Когда трансакционные издержки низки, а штрафы не поступают к фермерам, у железной дороги есть двойной стимул устанавливать искрогаситель: она может не только избавиться от штрафов, но и заставить фермеров поучаствовать в оплате искрогасителя. Поэтому установка искрогасителя может быть выгодна железной дороге, даже если она обходится дороже, чем компенсация убытков, причиняемых искрами.

До сих пор я не принимал во внимание второе основание для выбора между этими правовыми нормами: создаваемый каждой из них стимул сообщать о правонарушении и преследовать его в судебном порядке. Чтобы кого-то наказать, необходимо, чтобы о правонарушении было сообщено и чтобы оно преследовалось по суду. Правило ответственности создает для жертвы подобный стимул, поскольку именно она получает возмещение убытков. Правило собственности — нет.

Один из возможных подходов к деликтной ответственности — рассматривать ее в качестве налога Пигу, чья задача заставить причинителя вреда интернализовать свои экстерналии. Другой подход — рассматривать ее как способ возмещения жертвам, своеобразный страховой полис по приказу суда. Третий возможный подход — рассматривать ее как систему поощрения, в которой частные блюстители закона, они же жертвы деликта, отдают правонарушителей в руки правосудия и получают за это награду в виде штрафов, выплачиваемых

виновными сторонами. Здесь мы рассматривали только первый подход. Два других появятся в последующих главах.

Постскриптум

В ответ на проблемы, которые я обсуждал в данной главе, можно, среди прочего, сказать, что я рассмотрел недостаточно правовых норм. Например, можно утверждать, что решением и проблемы общественного блага, и проблемы стратегии «не уступать», с которыми сталкиваются фермеры, могла бы быть правовая норма, позволяющая большинству фермеров устанавливать условия, на которых все фермеры будут заключать сделку с железной дорогой. Если большинство решит, что каждый фермер должен внести 4 доллара на покупку искрогасителя, каждый фермер должен это сделать; если большинство согласится на искры или на переход к выращиванию клевера в обмен на выплату определенной суммы железной дорогой, это соглашение станет обязательным для каждого фермера. Варианты этого правила используются не только в демократических государствах и во многих частных организациях, но и в некоторых правовых контекстах, например в правилах по объединению нефтяных месторождений.

Этот особый набор институтов решает проблемы, которые я здесь разбираю, ценой создания другого набора проблем. Рассмотрим, например, издержки, показанные в колонке *b* в таблице, слегка изменив условия нашей задачи: 40 фермеров уже выращивают клевер, у остальных 60 земля подходит только для выращивания пшеницы, и они несут от пожаров убытки в размере 800 долларов.

Применяется правовая норма 1; железная дорога имеет полное право испускать искры. Один из фермеров, подверженных риску пожара, предлагает,

чтобы каждый внес по 10 долларов в счет покупки железной дорогой искрогасителя. Для фермеров, чьи поля могут загореться, это привлекательное предложение, поскольку каждый теряет при пожаре больше 10 долларов. Предложение принимается 60 голосами против 40. В результате получается исход С, даже если исход А был бы эффективнее. Железная дорога в итоге получает искрогаситель по цене, превышающей убытки от пожаров, которые он должен предотвратить.

Как подсказывает этот пример, недостаточно придумать правовую норму, которая хорошо работает при одном наборе условий; при другом наборе она может работать хуже. Я мог бы добавить это дополнительное правило и несколько других к рисунку вместе с дополнительными колонками в таблице, чтобы описать больший диапазон возможного распределения издержек. Это еще больше усложнило бы и без того непростой анализ, который приводится в данной главе, но никак не отразилось бы на нашей главной задаче — продемонстрировать не то, какое правило эффективно, а то, как его следует искать.

Кроме того, вы также можете подумать, что выбор подходящей правовой нормы требует особого знания проблем, к которым оно будет применяться, — знания, которого у суда может и не быть. Этот один из доводов в пользу принципа свободы договора, который позволяет сторонам, заключающим договор, устанавливать свои собственные правила для того маленького сообщества из двух лиц, созданного договором; в конце концов они специалисты по тем проблемам, с которыми может столкнуться их сообщество. В более общих чертах это показывает, что можно привести много доводов в пользу достаточно децентрализованной правовой системы, в которой правовые нормы создаются людьми, довольно тесно соприкасающимися с проблемами, к которым будут применяться данные нормы.

ГЛАВА 6

О горящих домах и взрывающихся бутылках колы

Когда что-то идет не так, правовые нормы позволяют определить, кто должен за это платить. Когда в жаркий летний день бутылка кока-колы превращается в подобие ручной гранаты, законодательство об ответственности производителя определяет, кто, вы или компания «Кока-Кола», должны платить за извлечение осколков стекла из вашей кожи. Когда компания заказала у вас товары, но выяснила, что они ей больше не нужны, и отказывается принять поставку, договорное право определяет, кто — вы или она — возьмет на себя соответствующие издержки. Правовые нормы распределяют риски.

Страховые компании тоже распределяют иски — берут их на себя за определенную плату. Экономический анализ этого вида деятельности был разработан задолго до экономического анализа права. Экономика страхования — почему люди покупают страховые полисы, какие издержки с этим связаны и как их наилучшим образом минимизировать — помогает быстрее разобраться в разнообразном круге правовых проблем. Она составляет суть этой главы.

Экономика страхования

Есть один шанс из ста, что мой дом в этом году сгорит, что обойдется мне в 100 000 долларов. Я обращаюсь в страховую компанию, чтобы застрахо-

вать дом. Компания соглашается с моей оценкой вероятностей и приходит к выводу, что в среднем по полису необходимо будет выплатить 1000 долларов. Помимо страховых выплат страховая компания должна еще платить заработную плату, арендную плату за офис и прочее, поэтому она предлагает мне застраховать дом на год по цене 1100 долларов.

В среднем я плачу на 100 долларов больше, чем получу обратно, зачем же мне тогда покупать полис? Ответ: доллар доллару рознь. Если мой дом сгорит, я буду намного беднее, чем в случае, если он не сгорел, поэтому ценность долларов для меня будет намного больше. Я меняю дешевые доллары в будущем, в котором мой дом не сгорел, доллары, которые не так уж много для меня значат, потому что у меня их хватает, на ценные доллары в будущем, в котором мой дом сгорел, и я остро в них нуждаюсь. Разницы в ценности достаточно для того, чтобы я поменял 11 дешевых долларов на 10 ценных, оставив страховой компании достаточно денег на то, чтобы оплатить аренду.

Это объясняет, почему я готов купить страховку. Но почему страховая компания готова ее продать? Если у акционеров страховой компании такие же вкусы, как у меня, если они ценят дополнительные доллары тем меньше, чем у них их больше, почему они готовы взять на себя мой риск?

Ответ в том, что перераспределение риска его не устраняет, а вот объединение рисков в общий фонд устраняет. При большом числе полисов бóльшая часть неопределенности устраняется за счет усреднения. Страховая компания, застраховавшая сто тысяч домов, может с большой уверенностью предсказать, что ей придется заплатить компенсацию за приблизительно тысячу пожаров в год.

Нам и раньше встречались доллары с варьирующей ценностью. В главе 2, объясняя, что такое экономическая эффективность, я заметил, что один

из ее недостатков как способа измерения благосостояния людей — то, что она сравнивает выгоды и потери разных людей, предполагая, что доллар имеет для них одинаковую ценность, — а эта предпосылка неверна. Я приводил в пример различие ценности доллара для богатого и для бедного человека. Теперь в моем примере различна ценность доллара для одного и того же человека при разных обстоятельствах.

На этот раз пример даже нагляднее, по двум причинам. Начать с того, что бедный человек и богатый человек могут различаться по многим параметрам, а не только по своему материальному положению. Возможно, богатый человек богат именно потому, что высоко ценит материальные блага, продолжает их ценить, даже когда у него их предостаточно, и потому усердно работает, чтобы заработать еще денег для покупки вещей. Тогда как бедный человек беден в силу противоположного отношения. Если это так, то богатый, даже когда он богат, ценит доллар больше, чем бедный. В контексте страхования мы сравниваем одного и того же человека в разных обстоятельствах. Меняется только то, сколько у него денег.

Вторая причина, по которой этот пример лучше, заключается в том, что нам не придется ограничиваться теорией; у нас есть доказательства. Люди покупают страховку, даже если большинство из них, вероятно, знают, что в среднем они получат по страховому требованию меньше заплаченной ими страховой премии. Это наводит на мысль, что те, кто покупает страховку, измеряют ее ценность не в долларах, а в чем-то еще и в соответствии с этой мерой ожидают, что доллар будет для них ценнее, если их дом сгорит дотла, чем в случае, если он не сгорит. Убывание предельной полезности — это факт в отношении предпочтений большинства людей, который обнаруживается, когда они делают выбор.

Неприятие риска — это не о риске: необходимое отступление

Экономисты называют такого рода вкусы *неприятием риска*. Застраховав свой дом на случай пожара, вы превращаете неопределенное будущее, вероятность 99%, что у вас будет такое же богатство, как и сейчас, и вероятность 1%, что вы будете столь же богаты, за вычетом 100 000 долларов, в определенное будущее, в котором с 100%-й вероятностью у вас будет нынешнее богатство за вычетом 1100 долларов. Вы платите 100 долларов, когда покупаете страховку. Ваша готовность платить за снижение риска указывает на то, что вы не склонны к риску.

Эта терминология широко используется и столь же широко понимается неверно. Начать с того, что она представляет все так, как если бы предпочтение риска — это утверждение о том, что вам нравится возбуждение, которое связано с риском, тогда как на самом деле это заявление о том, как ценность денег для вас меняется в зависимости от того, сколько их у вас. Нет никакого логического противоречия в том, что кто-то одновременно и покупает страховку на случай пожара, и прыгает с парашютом ради забавы. Осмотрительный любитель прыжков с парашютом может одновременно иметь убывающую предельную полезность дохода и испытывать любовь к острым ощущениям.

Еще одна проблема связана с тем, что то, что мы называем неприятием риска, на самом деле является неприятием денежных рисков. Тот факт, что лишние доллары значат для вас тем меньше, чем их у вас больше, не означает, что тот же самый принцип действует в отношении не только долларов, но и других вещей.

Вскоре после свадьбы вы узнаете, что страдаете редкой и тяжелой болезнью. Если вы не будете ее лечить, вы, скорее всего, умрете приблизитель-

но через 15 лет. Альтернатива этому — медицинская процедура, которая дает 50%-й шанс прожить еще 15 лет и 50%-й шанс не очнуться после операции. С точки зрения ожидаемой продолжительности жизни это честная игра — в обоих случаях вы проживете еще 15 лет. Рискнете ли вы, зависит от того, насколько ценность дополнительных лет жизни зависит от того, сколько у вас этих лет.

Предположим, вы очень хотите иметь детей, но только при условии, что проживете достаточно долго, чтобы их вырастить. Перед вами стоит выбор между 15 годами без детей и 50%-й вероятностью 30 лет жизни с детьми. Вы сжимаете зубы, делаете глубокий вдох и готовитесь к операции.

Только что я описал человека, который предпочитает риск, если он измеряется годами его жизни, как показывает его предпочтение неопределенного исхода определенному, когда ожидаемая величина в обоих случаях одинакова. При этом он может не принимать риск, когда ему требуется застраховать свой дом. «Неприятие риска» — это заявление не о предпочтении риска, а о предпочтении определенных исходов.

Вернемся к страхованию

Неприятие риска объясняет, почему мы иногда покупаем страховку, даже по цене, которая покрывает не только наши будущие страховые требования, но и расходы страховой компании на аренду и зарплаты сотрудникам. Чтобы объяснить, почему мы часто не покупаем страховку, следует ввести еще два понятия: *моральный риск* и *неблагоприятный отбор*.

Вы владеете фабрикой стоимостью миллион долларов. По вашим оценкам, каждый год вероятность того, что она сгорит, составляет 4%. Потратив 10 тысяч долларов в год на покупку и обслуживание противопожарной спринклерной системы и на эпизоди-

ческие проверки пожарной безопасности, вы можете уменьшить риск вдвое. Должны ли вы это делать?

В среднем ежегодно вы экономите 20 тысяч долларов ожидаемых убытков, потратив 10 тысяч в год на меры предосторожности. Если вы нейтральны к риску, если у вас нет ни его неприятия, ни особой склонности к нему, это выгодная сделка. Если вы не склонны к риску, сделка становится даже более выгодной. Ваши меры предосторожности — эквивалент страхового полиса, который стоит половину того, что он покрывает.

Предположим теперь, что вы уже застраховали фабрику на ее полную стоимость. Теперь, если она сгорит, вы ничего не потеряете. Ценность ваших мер предосторожности по-прежнему выше затрат на них, но только не для вас, потому что от уменьшения риска теперь выигрывает страховая компания. Итак, вы не станете ставить противопожарную спринклерную систему.

В литературе по страхованию эта проблема называется *моральным риском* — застрахованное лицо отказывается от экономически оправданных мер предосторожности, как только оно перекладывает риск, от которого защищают эти меры, на страховую компанию. Отсюда следует, что у застрахованных зданий вероятность сгореть выше, чем у зданий незастрахованных. Разумные страховые компании учитывают этот факт при установлении расценок. Если не учитывать накладные расходы вашего страховщика и предположить для простоты, что он продает полисы по их ожидаемой стоимости, ваш полис обошелся бы вам в 40 тысяч долларов в год. Это ожидаемые убытки от пожара, если вы не примете мер безопасности, и если вы полностью застрахованы, вы не будете их принимать.

Издержки морального риска — это не просто перенесение потерь с застрахованного лица на страховую компанию, но и чистые потери — в нашем случае 10 тысяч долларов в год. Это разница между

выгодой от тех мер предосторожности, которые вы больше не принимаете после того, как застраховались, и их стоимостью.

Моральный риск — один из примеров проблемы, которую мы обсуждали ранее: неэффективности, вызванной внешними эффектами. Покупая страховку, вы перекладываете выгоды от мер пожарной безопасности и издержки опасного поведения (например, курения возле кучи макулатуры) с себя на страховую компанию. Меры предосторожности теперь создают значительные положительные внешние эффекты, поэтому вы принимаете их в неэффективно малом количестве; риски создают значительные отрицательные внешние эффекты, поэтому вы неэффективно сильно рискуете.

Следует ли отсюда, что эффективная правовая система должна запретить страхование? Нет. Неэффективность, вызванная моральным риском, — это реальные издержки страхования, но выгода от объединения рисков в один пул все же велика. Страхование — это добровольная трансакция между покупателем полиса и страховщиком, потому оно имеет место только тогда, когда обе стороны считают, что выгода от сделки по крайней мере не меньше затрат на нее.

Проблема морального риска не подразумевает, что не должно быть страхования, но она означает, что страховые компании должны и будут разрабатывать страховые полисы таким образом, чтобы справиться с этой проблемой. Один из способов — оговорить меры предосторожности, которые должно принять застрахованное лицо, например установить подходящую противопожарную спринклерную систему. Другой подход: сама страховая компания оплатит некоторые меры предосторожности, например инспекции.

Менее прямой подход — совместное страхование. Страховая компания страхует фабрику только на часть ее стоимости. Чем ниже эта доля, тем боль-

ше у владельца стимулов принимать меры предосторожности. Если фабрика застрахована на половину своей стоимости, полезно принимать меры предосторожности, выгода от которых по меньшей мере в 2 раза превышает затраты на них, вроде тех, что были описаны выше. Таким образом, совместное страхование устраняет большую часть последствий морального риска: непринятие мер предосторожности, выгода от которых намного выше, чем затраты на них. С другой стороны, если владелец фабрики настолько безрассуден, что страхует ее на 150% стоимости, вероятность пожара в самом деле становится очень высокой.

Моральный риск: баг или фича?

> Это не баг. Это незадокументированная фича.
>
> (*Старый программистский анекдот*)

Снова рассмотрим нашу фабрику, но с одним изменением. На этот раз она принадлежит большой корпорации с тысячами подобных производств, а я — наемный работник, управляющий этой фабрикой. Мой работодатель, как и многие другие корпорации, судит о сотрудниках по их результатам, что в моем случае означает выпуск продукции (чем больше, тем лучше) и текущие расходы (чем меньше, тем лучше).

Мне приходит в голову, что, отказавшись от мер пожарной безопасности, я сэкономлю моему работодателю 10 тысяч долларов в год, существенно улучшив перспективу получить повышение. При шансах один к двадцати пяти в год, что фабрика сгорит, вероятность того, что это случится при мне, очень мала. А если это и произойдет, миллионный убыток будет покрыт из кармана моего

работодателя, а не из моего кармана; самое большее, что они могут со мной сделать, — это уволить. Кажется, что несоблюдение мер пожарной безопасности, хотя и является плохим решением с точки зрения долгосрочных интересов моей компании, может быть неплохим решением с точки зрения моего долгосрочного интереса.

Мой головной офис, который руководит тысячами таких производств, недостаточно знает о каждом из них, чтобы судить, какие меры предосторожности стоит применять, а какие нет; именно поэтому им приходится судить о моей работе по результатам. Они этого не знают и знают, что не знают. Они могут точно так же просчитать мои интересы, как и я, и тоже прийти к выводу, что есть конфликт между тем, что они хотят, чтобы я сделал, и тем, что в моих интересах делать. Их проблема в том, что с этим делать.

Одно из решений — нанять еще одного сотрудника, который будет внимательно наблюдать за мной и критиковать задним числом все мои решения, но это будет дорого, и потом перед ними снова встанет проблема, как сделать так, чтобы в интересах этого сотрудника было поступать правильно. Альтернативное решение — переложить и издержки, и риски на кого-то, кто профессионально занимается предотвращением пожаров на производстве.

Мой работодатель обращается в компанию, которая специализируется на страховании от пожара. Чуть более чем за 30 тысяч долларов в год компания соглашается застраховать фабрику от пожара, заплатить за противопожарную спринклерную систему и организовывать регулярные инспекции. Я получаю сообщение из центрального офиса, что меры противопожарной безопасности больше не входят в мои обязанности. Я должен делать то, что мне скажет страховая компания, и выставлять им счет.

Это ситуация, в которой моральный риск — «фича», а не «баг». В предшествующем обсужде-

нии я считал само собой разумеющимся, что владелец фабрики лучше других способен позаботиться о предотвращении пожара. Он был, если воспользоваться термином из нашего предыдущего обсуждения, тем, кто может избежать риска с минимальными издержками. Часто так оно и есть; иногда, как в примере с большой корпорацией, это не так. Если я могу избежать риска с минимальными издержками, то влияние перенесения рисков на страховую компанию на мои стимулы — это недостаток страхования, поскольку я больше не заинтересован принимать все необходимые меры предосторожности. Но если сама страховая компания является тем, кто может избежать риска с наименьшими издержками, — это преимущество страхования.

Возможно, понятие «моральный риск» может сбить с толку в размышлениях об этом вопросе, поскольку неявно предполагает, что единственное лицо, чьи стимулы имеют значение, — это покупатель страхового полиса. На опасность пожаров и других страховых случаев могут повлиять решения нескольких агентов. Возложение всех издержек на одну из сторон создаст правильные стимулы для нее, но неправильные стимулы для других сторон. Если страховая компания может лучше, чем застрахованное лицо, предотвратить убытки, то перенесение на нее этих убытков через страхование скорее повышает эффективность благодаря тому, что усиливает стимулы страховой компании, чем уменьшает ее, ослабляя стимулы для владельца. Верное правило — то, которое создает стимулы там, где они приносят больше всего пользы.

С этой точки зрения совместное страхование, страхующее имущество только на часть убытков, кажется разумным, хотя и не идеальным решением проблемы. У каждой из сторон есть стимул, хотя ни одна из них не имеет эффективного стимула, поскольку меры предосторожности, выгода от которых лишь немногим превышает затраты на них,

приниматься не будут. Это приводит к некоторой неэффективности. Но это, возможно, не столь значительная неэффективность, поскольку меры предосторожности, чьи издержки почти равны их выгодам, принесут лишь скромный выигрыш. Меры предосторожности, которые вы наверняка захотите принять, — те, что приводят к серьезному сокращению риска с небольшими затратами. Именно эти меры совместное страхование делает отвечающими обоюдным интересам сторон.

Признание того, что моральный риск иногда бывает скорее «фичей», чем «багом», позволяет объяснить, почему крупные корпорации порой страхуют свои фабрики. В конце концов, мой воображаемый работодатель не обязательно должен нанимать страховую компанию, чтобы объединить риски; как достаточно крупное предприятие, он может и сам объединить эти риски. Подобно страховой компании, которая страхует тысячу домов, компания с тысячью фабрик может положиться на закон больших чисел для получения предсказуемого результата. И тем не менее такие компании иногда покупают страховые полисы. Одно из возможных объяснений — они делают это, чтобы создать для страховой компании стимул предотвращать пожары на их фабриках.

Иной вариант этого аргумента объясняет еще одну загадку: почему люди порой страхуют небольшие убытки, даже если этот убыток едва ли сможет изменить ваше богатство настолько, что у вас изменится отношение к дополнительным долларам.

Рассмотрим клиента, который покупает новую стиральную машину *Sears* и решает заплатить за длительное гарантийное обслуживание. С точки зрения неприятия риска покупка гарантии не имеет смысла. Но с точки зрения поисков компетентного человека, который мог бы починить машину по разумной цене, это, возможно, неглупое решение. *Sears* гораздо лучше меня разбирается в ремонте стиральных машин и в компетентности и чест-

ности людей, которые им занимаются. Покупая договор на обслуживание, я передаю компании задачу по поиску того, кто отремонтировал бы машину, и даю им стимул позаботиться о том, чтобы работа была сделана хорошо, иначе я снова буду к ним обращаться. Здесь опять, хотя и несколько иным образом, мы переносим стимулы с владельца имущества, подвергающегося риску, куда-то еще, где от них может быть больше пользы.

Мы вернемся к этому вопросу в главе 14, где будем обсуждать ответственность производителя за свою продукцию. Правовая норма, которая делает компанию «Кока-Колу» ответственной, если взрывается бутылка, по сути дела, является обязательным страхованием; «Кока-Кола» страхует своего покупателя от этого конкретного иска. Один из недостатков этого подхода в том, что тем самым вы лишаетесь стимула бережно обращаться с нагретой бутылкой кока-колы и не трясти ее. Одно из преимуществ — у «Кока-Колы» повышается стимул к усилению контроля за качеством своих продуктов.

Неблагоприятный отбор: ему известно что-то, что неизвестно вам

Вы занимаетесь страхованием жизни. В один прекрасный день к вам в офис вбегает человек и заявляет, что хочет купить дорогую страховку — прямо сейчас. По какой цене вы должны ее продать? Актуарные таблицы, показывающие риск смерти для мужчин его возраста и физического состояния, мало чем могут помочь, поскольку по его поведению ясно, что ему известно что-то, чего не знаете вы, о его шансах пережить этот день.

То же самое можно в той или иной степени сказать о каждом, кто приходит к вам в офис. Тот факт, что некто хочет приобрести страховой полис, показывает, что вам не следует его ему прода-

вать, точнее, что он подвергается *большему* риску, чем это следует из актуарных таблиц. В конце концов, у большинства людей есть частная информация об их собственных рисках, будь то риски, связанные с прыжком с парашютом, излишнее внимание к спорам с ведущими ток-шоу на радио во время езды на автомобиле по оживленной трассе или риск погибнуть от руки ревнивого мужа. Эта частная информация влияет на то, какова вероятность, что их семье удастся получить деньги по своему страховому полису, а следовательно, на то, сколько они готовы за него заплатить. Люди, приобретающие страховку, представляют не случайную выборку возможных клиентов, а выборку, в которой преобладают те, у кого больше шансов получить возмещение. Предусмотрительная страховая компания учитывает это при установлении расценок.

Если бы страховая компания знала риск для каждого клиента, проблем бы не было: клиентам с высокими рисками и клиентам с низкими назначали бы соответствующие цены, и они покупали бы или не покупали бы полисы в зависимости от того, стоит ли защита той цены, которую за нее просят. Но страховая компания не может устанавливать разные цены для клиентов с высокими и с низкими рисками, если не знает, кто есть кто, поэтому в итоге она устанавливает для всех единую цену. Это превращает страхование в более выгодную сделку для тех клиентов, чья частная информация указывает, что у них больше шансов получить возмещение, чем для тех, чья частная информация носит противоположный характер. Поэтому члены первой группы с большей вероятностью купят страховку, чем члены второй.

Страховая компания устанавливает цены на полисы с учетом этого факта, который делает страховку еще менее выгодной для клиентов с низким риском, поскольку для них устанавливаются цены, учитывающие вероятность того, что они являются клиентами с высокими рисками. По мере того

как клиенты с низкими рисками все реже покупают страховку, покупка страхового полиса еще в большей степени свидетельствует о том, что ваш риск высок, соответственно, растет цена. В результате некоторые клиенты с низкими рисками не покупают страховку даже тогда, когда при цене с учетом разумных страховых рисков она бы вполне себя оправдала. Это проблема в литературе о страховании известна как «неблагоприятный отбор» — неэффективный исход, вызванный асимметрией информации.

Чтобы увидеть ту же самую закономерность в другом контексте, рассмотрим рынок подержанных автомобилей. Продавцы знают об автомобилях больше, чем покупатели, и чем хуже автомобиль, тем охотнее владелец продаст его. На этот раз частная информация есть у продавца — с тем результатом, что само его желание продать автомобиль в некоторой степени подтверждает, что автомобиль плохой. Покупатели предлагают меньшую цену с учетом этого подтверждения, что делает продажу еще менее выгодной для владельцев автомобилей, находящихся в хорошем состоянии. Можно смоделировать крайние случаи, когда продается только самый плохой автомобиль, или более реалистичные случаи, когда многие автомобили остаются непроданными, даже если потенциальный покупатель ценит их выше, чем их нынешний владелец.

Решаем одну проблему, создаем другую

Продавцы хороших автомобилей могли бы решить проблему, предоставив гарантию — любой ремонт в первый год эксплуатации будет оплачиваться продавцом. Их готовность предлагать такие гарантии будет показывать, что они сами верят в свои заявления о состоянии автомобиля. К сожалению, хотя гарантия и устраняет неэффективность, созданную неблагоприятным отбором, она в то же время при-

водит к неэффективности в силу морального риска. У покупателя, знающего, что кто-то другой оплатит ремонт, неэффективно низкие стимулы к хорошему уходу за автомобилем.

Подобные конфликты пугающе часто возникают при попытке создавать эффективные правовые нормы: устранение одной проблемы влечет за собой другую. Полностью эффективная правовая норма, такая, которая будет создавать для всех правильные стимулы по каждому параметру, может оказаться недостижимым идеалом. А тогда мы остаемся, как указывал Коуз, с проблемой выбора наименее плохой из ряда неоптимальных альтернатив.

Один мой друг, искавший подержанный автомобиль, придумал хитрый способ заставить продавцов раскрыть частную информацию. Обнаружив автомобиль, который ему нравился, он спрашивал продавца, готов ли тот за дополнительную плату предоставить гарантию на год. Продавец отказывался. Мой друг продолжал искать. Наконец, он нашел подходящий автомобиль, продавец которого был готов предоставить гарантию. Он купил этот автомобиль — без гарантии.

Этот метод работает, только если продавец о нем не знает; в противном случае он может дать гарантию на плохой автомобиль, зная, что покупатель купит автомобиль, а не гарантию. Возможно, мне лучше не упоминать имя моего друга в тексте, на случай если ему придется когда-нибудь покупать автомобиль у одного из моих читателей.

Риски регулирования биотехнологий, или Как навредить людям, пытаясь им помочь

Сейчас появляется возможность определять генетическую предрасположенность к определенным болезням и проверять людей на ее наличие. Это приводит к некоторым любопытным проблемам.

У одних людей больное сердце, у других нет. Пока никто не может их различить, можно страховать от инфаркта. Предположим, что был открыт дешевый и надежный генетический тест, который позволяет сказать, кто к какой группе относится. Рассмотрим некоторые возможные правовые нормы:

1. Тест запрещен. Никому не позволено пользоваться им.
2. Частным лицам разрешается делать тест. Страховым компаниям разрешается делать тестирование условием выдачи страховки и учитывать его результаты при установлении расценок.
3. Частным лицам разрешается тестироваться; результаты остаются конфиденциальными. Страховым компаниям запрещается делать тестирование условием получения страховки и учитывать его результаты.
4. Частным лицам разрешается проходить тестирование, но сам факт тестирования (а не его исход) фиксируется. Страховым компаниям не разрешается делать тестирование условием получения страховки, но разрешается узнавать, проходил ли потенциальный клиент тест или нет, и учитывать этот факт при установлении расценок для него.

Каковы последствия каждой правовой нормы? Возможно ли, что при какой-то одной или при всех правовых нормах изобретение теста испортит нам жизнь?

Чтобы понять, почему ответ «да», сравните правовые нормы 1 и 2. При правовой норме 1, которая соответствует положению дел до изобретения теста, ни страховая компания, ни клиент не знают, в каком состоянии сердце клиента, поэтому риск больного сердца можно страховать. При правовой норме 2, если вы захотите получить страхов-

ку и откажитесь пройти тест, компания истолкует это как подтверждение того, что у вас больное сердце, и назначит вам соответствующую цену. Вы все еще можете протестироваться, показать результаты страховой компании и застраховаться от любой неопределенности, которая сохраняется после того, как было выяснено состояние вашего сердца, но риск, связанный с больным сердцем, теперь застраховать невозможно.

Результат правовой нормы 3 еще хуже: мы снова оказываемся на рынке плохих подержанных автомобилей. Любой, кто пытается купить страховку на случай инфаркта, тем самым сигнализирует о том, что у него больное сердце; у страховой компании больше нет возможности тестировать претендентов и устанавливать соответствующие цены. Люди со здоровым сердцем могут получить страховку, только если готовы заплатить больше актуарной ценности их риска, на что соглашаются немногие. Страхуют теперь только людей с больным сердцем — от остаточной неопределенности, связанной с тем, когда именно с ними случится инфаркт.

Правовая норма 4, если ее можно выбрать, дает наилучший результат. Люди, которые хотят застраховаться от риска инфаркта, могут купить страховку до того, как пройдут тестирование; поскольку они могут доказать страховщику, что не тестировались, цена будет соответствовать стоимости выдачи страхового полиса случайному клиенту. После покупки страхового полиса они могут решить, перевешивает ли преимущество, которое дает бóльшая информированность о том, какие меры предосторожности они должны принимать и как долго они смогут прожить, риск узнать что-то, что они предпочли бы не знать.

К сожалению, правовая норма 4 может оказаться неприменимой в мире с множеством стран и высокой мобильностью. Если США настаивают на том,

что все тесты должны фиксироваться, и успешно искореняют черный рынок тайных тестов, американские граждане могут сделать генетические тесты где-то в другом месте, где правила не столь строгие. Те же самые проблемы касаются правовой нормы 1. Поэтому вполне возможно, что изобретение тестов, перенеся нас из мира правовой нормы 1 в мир правовых норм 2 и 3, может привести к тому, что врожденные болезни нельзя будет застраховать, так же как сейчас нельзя застраховаться от риска родиться в бедности. Если последствия настолько значительны, что превышают выгоды, которые люди могут извлечь из того, чтобы больше знать о рисках для здоровья, изобретение тестов в итоге ухудшит нашу жизнь.

Впервые об этой проблеме я услышал из торжественной речи на церемонии вручения дипломов, в которой предлагалось установить правовую норму 3 как способ защитить людей от злоупотребления генетической информацией со стороны страховых компаний. Я пришел к выводу, что оратор никогда не слышал о неблагоприятном отборе.

Для дальнейшего размышления

Я арендую землю вместе со строениями на ней. Спустя полгода с начала моего годового договора аренды некоторые из строений сгорели. Должен ли я по-прежнему выплачивать полную арендную плату в течение всего оставшегося времени? Ответ общего права — да, если только в договоре об аренде не оговорено обратное. Риск, связанный с пожаром, возлагался на арендатора, а не на арендодателя, по крайней мере на время действия аренды.

Я продаю участок земли, принимая в качестве оплаты мешок золотых монет. Год или два спустя, выяснив, что золотые монеты всего лишь позолоченный свинец, я пытаюсь аннулировать сделку,

но узнаю, что покупатель перепродал землю и поспешно уехал из города. Я пытаюсь получить землю обратно у ее нынешнего владельца, утверждая, что, поскольку земля была получена мошенническим путем, покупатель никогда ею по-настоящему не владел и потому не мог ее продать. Я проигрываю. С точки зрения большинства судов я имею право объявить недействительной купчую покупателя, но не купчую невиновного третьего лица.

Предположим, что теперь злодей обманывает меня не при помощи фальшивых монет, а применяет более прямой метод. Он подделывает купчую на мою сделку, а затем перепродает землю невиновному покупателю. На этот раз, когда я буду истребовать землю по суду, я выиграю дело.

Все три этих случая имеют смысл с точки зрения одного простого правила распределения риска: создавать стимул там, где он принесет больше всего пользы. Вы понимаете, почему?

ГЛАВА 7

Бросание монеты и автомобильные аварии: *ex post* против *ex ante*

Вам предлагают пари: орел — он выплачивает вам два доллара, решка — вы ему один доллар. Вы соглашаетесь. Он подбрасывает монету. Выпадает решка, и вы платите ему доллар.

Принимать это пари или нет, зависит от того, как вы оцениваете его — *ex ante* или *ex post*. *Ex ante*, судя по информации, которая у вас имелась на тот момент, дело было выигрышное, поскольку в среднем вы могли ожидать, что получите дополнительно 50 центов. *Ex post*, судя по информации, которая у вас имелась после того, как монета была брошена и вы проиграли, пари было проигрышным, поскольку вы потеряли доллар.

Имея дело с решениями в условиях неопределенности, важно различать два этих способа их оценки. *Ex ante* практически все ставки в Лас-Вегасе проигрышные: казино, подобно страховой компании, устанавливает свои расценки таким образом, чтобы деньги, которые поступают ему, когда оно выигрывает, покрывали не только деньги, которые оно платит, когда проигрывает, но и текущие затраты. И тем не менее некоторые игроки выигрывают *ex post*.

То же самое различие полезно для анализа того, как правовая система может использоваться для предотвращения нежелательных исходов, таких как автомобильные аварии. Один подход наказывает людей за действия, которые увеличивают вероятность аварий *ex ante*: превышение скорости, вождение в нетрезвом виде, непроверенные тормоза. Другой наказывает за нежелательный исход, наблю-

даемый *ex post*, посредством деликтной ответственности за ущерб, причиненный автомобилю, с которым вы столкнулись, или уголовного наказания для пьяных водителей, сбивающих людей.

Зачем наказывать покушения на совершение действий?

В качестве не столь очевидного примера различий между *ex post* и *ex ante* рассмотрим ставящий в тупик вопрос о том, почему мы наказываем за покушение на убийство. Я стреляю в вас, а пуля попадает в дерево. Если судить *ex post*, на основании причиненного вреда, никакого наказания быть не должно. И вы, и дерево в порядке.

Это объясняется тем, что наказание за покушение на убийство, как и штраф за превышение скорости, — это наказание *ex ante*, способ предотвращения нежелательных исходов путем наказания поведения, которое повышает их вероятность. Превышение скорости повышает вероятность того, что вы кого-то собьете. Если стрелять по людям, вероятность того, что вы их убьете, выше. Необычность наказания за покушение на убийство заключается в том, что поведение *ex ante* становится известным только тогда, когда мы узнаем, что оно в действительности не привело к нежелательному результату — в этот раз. Это можно сформулировать иначе: наша правовая система назначает наказание *ex ante* за покушение на убийство людей плюс дополнительное наказание *ex post*, если оно достигло цели.

Выбор правильных правовых норм

Эти примеры наказаний *ex post* и *ex ante* предлагают интересный вопрос для экономического анализа права: почему правовая система использует

то один, то другой подход, а то и оба сразу? Каковы достоинства и недостатки каждого из них?

Подход *ex post* имеет одно важное преимущество перед подходом *ex ante*: делая так, чтобы водитель был заинтересован в предотвращении аварий, он использует частное знание о том, как именно можно это сделать. Рассмотрим в качестве примера из реального мира мое собственное поведение. Самое опасное из того, что я делаю, когда веду машину, — это не превышение скорости, не пьяное вождение или вождение небезопасного автомобиля. Самое опасное — то, что я переключаю внимание на разговоры с другими людьми, реальные разговоры с реальными людьми, сидящими рядом со мной, или мысленные споры с ведущими ток-шоу на радио или воображаемыми оппонентами, в то время как все мое внимание должно быть сосредоточено на дороге.

Это самое опасное из моих действий на дороге, но меня никто никогда за это не штрафовал. Наказанию *ex ante* может быть подвергнуто только то поведение, которое может наблюдать дорожный инспектор. Пока, по крайней мере, в него не включается то, что происходит у меня в голове. Наказание *ex post* может назначаться за исходы, которые можно наблюдать и которые вызваны поведением, которое нельзя наблюдать, — когда, например, происходящее у меня в голове приводит к тому, что я еду на красный и сталкиваюсь с другим автомобилем. Наказание *ex ante* делает выгодным для меня принятие мер предосторожности, которые, как известно правовой системе, представленной в данном случае законодателями и автоинспекцией, я должен принимать и в отношении которых она может сказать, принял я их или нет. Наказание *ex post* делает выгодным для меня принятие любых мер предосторожности, которые, как мне известно, я должен принимать и о которых я могу сказать, принимаю ли я их.

Наказание *ex post* принимает во внимание два вида частной информации, которой не придает значение наказание *ex ante*: информацию о том, что я делаю (думаю о своем вместо того, чтобы следить за дорогой), которая неизвестна другим людям, и информацию о том, что мне следовало бы делать. Лимит скорости одинаков для всех от автогонщика до подростка, только что получившего права, потому что у автоинспекторов нет простого способа отличить компетентного водителя от некомпетентного. Мне же, с другой стороны, известно, когда я не выспался, невнимателен, огорчен или рассеян, а потому веду машину хуже обычного; наказание *ex post* делает выгодным для меня в таких случаях вести машину с меньшей скоростью, чем обычно. И я могу воспользоваться (и пользуюсь) моим знанием о состоянии рассеянности, в котором я нахожусь, посадив за руль жену, если она едет вместе со мной.

Мы видели этот аргумент раньше в ином контексте. Преимущество наказания *ex post* перед наказанием *ex ante* очень напоминает преимущество платы за выбросы перед прямым регулированием. Прямое регулирование контролирует исходный фактор загрязнения окружающей среды (очистные сооружения, качество угля, высоту труб), подобно тому как лимиты скорости контролируют только один исходный фактор возникновения аварий. Плата за выбросы наказывает за нежелательные результаты, загрязнение и дает виновнику загрязнения возможность решать, как ему лучше их сократить, подобно тому как ответственность за аварии наказывает за результаты самой аварии и оставляет за водителем право решать, какими средствами ему лучше их избежать. И плата за выбросы, и наказание *ex post*, таким образом, сокращают количество информации, требующейся правовой системе, чтобы она могла делать свое дело. Но какая-то информации все-таки нужна. Агентство по охране

окружающей среды должно оценить ущерб, причиняемый дополнительным загрязнением, чтобы установить размер платы, и кто-то должен оценить ущерб, причиняемый аварией, чтобы решить, насколько суровым должно быть наказание *ex post*.

Однако если посмотреть с другой точки зрения, штраф за превышение скорости больше похож на плату за выбросы. Водители, полагающие, что важно поскорее доехать, могут свободно превышать скорость и платить штраф, по крайней мере, пока их не начнут ловить слишком часто. Таким образом, даже наказание *ex ante* пользуется преимуществом некоторой частной информации не о том, что водитель делает или как это влияет на вероятность аварии, но о том, насколько дорого ему обходится принятие мер предосторожности, которые закон хочет заставить его принимать, например медленная езда.

Пример использования частной информации для того, чтобы решить, на какой скорости мне нужно ехать, подсказывает возможный недостаток, равно как и возможное достоинство, наказания *ex post*. Наказание *ex ante* предлагает стимулы, основанные на убеждениях людей, пишущих законы; наказание *ex post* предлагает стимулы, основанные на убеждениях людей, к которым эти законы применяются. Если я считаю, что прекрасно справлюсь с вождением машины после стопки виски и двух бокалов пива, знание о том, что, если я попаду в аварию, со мной случатся ужасные вещи, не дает мне веских оснований избегать вождения в пьяном виде. А вот знание о том, что, если меня остановят и измерят уровень алкоголя в крови, я сяду в тюрьму, — дает.

Говорят, что, если вы попросите людей оценить свои способности к вождению автомобиля, выяснится, что огромное большинство считает, что их способности выше средних. Подросток, только что получивший права, может не быть гонщиком,

но это не мешает ему считать, что он мог бы выиграть «Индианаполис-500», если бы только имел возможность поучаствовать. Если люди серьезно переоценивает свои способности и если законодатели, устанавливающие правила *ex ante,* лучше информированы, тогда преимущество правил *ex ante* в том, что они заменяют мнение водителя о том, какое поведение приводит к авариям, мнением законодателей.

Этот аргумент рассчитан на нечто большее, чем просто неведение. Если законодатели знают какие-то факты о вождении (например о том, что дороги особенно скользкие, когда начинается дождь), которых не знают водители, законодатели могут сообщать (и сообщают) информацию водителям через рекламные ролики о безопасности или брошюры, которые все должны прочесть перед сдачей экзамена на права. В работе этого механизма могут быть сбои, поскольку водитель может не увидеть ролик или не обратить внимание на брошюру. Но та же самая проблема информирования водителей возникает, если законодатели пытаются использовать наказание *ex ante*, чтобы заставить водителей учесть их экспертное знание в своих решениях. Закон, требующий от всех водителей снижать скорость, когда начинается дождь, работает только тогда, когда водитель знает, что такой закон существует. Только тогда, когда водители не только не знают чего-то, но думают, что знают, и потому не хотят верить тому, что им говорят законодатели, наказание *ex ante* имеет преимущество, конечно, при условии, что водители ошибаются, а законодатели правы.

Итак, преимущество наказания *ex post* в том, что оно использует информацию водителя о том, что он делает, который почти всегда лучше информирован о том, что он делает, чем правовая система, а также знания водителя о том, что он должен делать, чтобы избежать аварии; водитель часто,

но не всегда, знает это лучше, чем правовая система. В чем преимущество наказания *ex ante*?

Общеизвестный ответ: наказания *ex ante* предотвращают аварии до того, как они произойдут, тогда как наказания *ex post* следуют только после аварии. Как и многие очевидные ответы, он неправильный.

Признание кого-то виновным в аварии не предотвращает эту аварию, но тогда и штраф за превышение скорости не предотвращает само превышение скорости. Цель штрафов за превышение скорости в том, что знание того, что вы можете его получить, создает у вас стимул не ехать на высокой скорости. Цель наказания людей за то, что они попадают в аварии, — в том, что знание того, что их накажут, если они попадут в аварию, создает для них стимул не попадать в аварии. И штрафы за превышение скорости, и деликтная ответственность — подходы к предотвращению аварий до того, как они произойдут.

Чтобы понять реальное преимущество наказаний *ex ante*, рассмотрим две альтернативные модели наказания, каждая из которых взымает одинаковую сумму денег. По чистому правилу *ex ante* получается, что вы каждый год выплачиваете 200 долларов штрафов за превышение скорости, но, если причините ущерб какому-то лицу или имуществу, никакого наказания не последует. По чистому правилу *ex post* никаких лимитов скорости нет, но ежегодно есть один шанс из тысячи, что вы попадете в аварию и вам придется платить штраф в 200 тысяч долларов. К сожалению, на вашем счете в банке нет 200 тысяч долларов. Таким образом, получается, что после аварии вы лишаетесь всего своего имущества, включая дом, и должны следующие 5 лет жизни работать по 60 часов в неделю, чтобы выплатить остаток штрафа.

Большинство из нас предпочтут первую модель наказания, потому что большинство из нас

не склонны к риску. При прочих равных условиях мы предпочитаем высокую вероятность низких затрат низкой вероятности высоких затрат. Наказание *ex post* применяется, только когда происходит авария, что случается редко, поэтому, чтобы создать существенные стимулы для предотвращения аварий, наказания *ex post* должны быть серьезными. Если мы не склонны к риску, наказания *ex ante* могут создать те же самые стимулы с более низкими издержками.

Итак, я предполагал, что вы можете и должны платить штраф *ex post*, даже если это, возможно, очень трудно сделать. Но предположим, что штраф *ex post*, который должен создать для вас достаточный стимул к предотвращению аварий, — 10 миллионов долларов и у вас нет никакой возможности когда-либо выплатить столь огромную сумму. Как мы можем создать для вас стимул, эквивалентный штрафу в 10 миллионов долларов, который вы не можете выплатить?

Очевидный ответ — перейти от штрафов к другим видам наказания, таким как казнь или тюремное заключение; если у вас нет денег на выплату штрафа, вы можете заплатить своей жизнью или свободой. Но хотя такие наказания могут обеспечить необходимое сдерживание, оно достигается дорогой ценой. Если вы заплатите штраф за превышение скорости или за аварию, кто-то получит этот штраф, ваша потеря становится чьим-то приобретением. Если это штраф за превышение скорости, деньги пойдут государству, если это выплата возмещения по деликтной ответственности, ее получит жертва. Но если вас приговорили к казни, вы лишитесь жизни, но никто ничего не приобретет. Если вас приговорили к тюремному заключению, вы лишаетесь свободы, а все мы должны будем оплачивать тюрьму. Таким образом, и казнь, и тюремное заключение — дорогостоящие наказания по сравнению со штрафами. Издержки здесь —

не только издержки человека, которого наказывают, — в создании для него издержек, собственно, и есть суть наказания, но чистые издержки для всех заинтересованных лиц, включая того, кого наказывают, людей, взимающих штрафы и налогоплательщиков, которые платят за тюремную систему. А именно чистые издержки для всех значимы для экономической эффективности.

Отсюда следует, что если преимущество наказаний *ex post* в том, что они извлекают выгоду из частной информации людей, чье поведение предполагается контролировать, то преимущество наказаний *ex ante* заключается в том, что их можно осуществлять эффективно, применяя относительно небольшие штрафные санкции, налагаемые с относительно высокой вероятностью. Это позволяет избежать и издержек неприятия риска, связанных со слишком высокими штрафными санкциями, налагаемыми с невысокой вероятностью, и значительных чистых издержек таких малоэффективных наказаний, как казнь и тюремное заключение.

Правильно ли устроено право?

Теперь у нас есть некоторое представление о преимуществах каждого подхода с точки зрения экономической эффективности. Если соединить это с гипотезой Познера о том, что общее право тяготеет к экономической эффективности, мы, вероятно, сможем предсказывать и объяснять, когда будет использоваться наказание *ex post*, когда — *ex ante*, а когда оба.

Неприятие рисков важно для больших убытков, но не для маленьких, поскольку ценность доллара для вас не слишком меняется, когда ваш доход изменяется на несколько долларов. Это одна из причин, почему вы страхуете дом от пожара, но не страхуете лучшую пару брюк от чернил, ко-

торые можете на них пролить. Трудность со взиманием штрафов, и потому необходимость замены их менее эффективными наказаниями, возникает только тогда, когда штрафы достаточно велики по сравнению с активами правонарушителя. Отсюда следует, что, когда ущерб достаточно небольшой, а потому соответствующий штраф *ex post* — такой, который легко может выплатить каждый, нет причин использовать наказания *ex ante*.

Это, по всей видимости, соответствует тому, что мы наблюдаем в жизни. Транспортные аварии причиняют большой ущерб, и правовая система стремится предотвращать их и наказаниями *ex post*, и наказаниями *ex ante*. Многие другие виды деятельности наносят небольшой вред — например, риск того, что будет разбито окно во время слишком увлеченной игры в бейсбол во дворе соседа, можно контролировать при помощи чистого подхода *ex post* посредством деликтного права.

Уголовное право обычно полагается на дорогостоящие наказания, по крайней мере отчасти потому, что осужденные преступники не могут заплатить соответствующий штраф. Деликтное право, как правило, полагается на выплату возмещения убытков. Ранее я утверждал, что наказание покушений на преступные действия — это наказание *ex ante*. Если это так, то довод, который я только что предложил, подразумевает, что покушения на уголовные деяния должны наказываться, а покушения на совершение деликтов — нет. Это вполне соответствует действующему законодательству. Если я попытаюсь отксерокопировать вашу книгу, охраняемую копирайтом, но по небрежности положу страницы в копировальную машину тыльной стороной, я не должен буду выплачивать вам возмещения убытков за полученную пустую копию. Если я вознамерился вторгнуться в ваши владения, но заблудился и очутился в другом месте, вы не может предъявить мне иск.

Второе предсказание состоит в том, что мы никогда не увидим систему чистых наказаний *ex ante*, например такую правовую систему, которая наказывала бы за превышение скорости, но полностью страховала бы водителей от всех издержек аварии. Низкие уровни наказаний *ex post* (например, штрафы, равные месячному заработку) почти всегда превосходят наказания *ex ante*, поскольку они могут выплачиваться деньгами, налагают небольшие издержки, вызванные неприятием риска, и создают для агентов стимулы использовать свою частную информацию для предотвращения аварий. Таким образом, эффективная система, использующая наказания *ex ante*, дополнит их хотя бы в какой-то мере некоторым числом наказаний *ex post*. Я не могу придумать пример из реальной жизни, который бы опровергал это предсказание; возможно, вы сможете.

В качестве гипотетического исключения рассмотрим регулирование загрязнения окружающей среды не в реальном мире, а в книгах, таких как эта. Виновники загрязнения обязаны соблюдать целый ряд предписаний, в которых оговариваются меры предосторожности, которые они должны принимать, чтобы не повышать уровень загрязнения. Если они соблюдают эти предписания, они ничего не будут платить, какое бы загрязнение ни произошло.

Если бы такая модель существовала в реальной жизни, она была бы неэффективна, хотя, поскольку предписания в отношении загрязнения устанавливаются законодателями и регуляторами, а не судами, это не противоречило бы гипотезе Познера о том, что общее право (то есть право, создаваемое судьями) эффективно. Но на самом деле это ей противоречит. Даже если бы виновник загрязнения соблюдал все предписания, все равно оставался бы риск, что на него подадут в суд потерпевшие, живущие там, куда дует ветер. Соблюдение предписаний дает ему защиту, но не абсолютную.

Рынок правовых норм

До сих пор я обсуждал правовые нормы, созданные законодателями и судьями. Одна из проблем со всеми этими системами в том, что, даже если вы знаете, что правовая норма эффективна, это отнюдь не означает, что установление эффективных правовых норм отвечает интересам законодателей и (здесь я не соглашусь с Познером) судей. Это наблюдение подсказывает, что, возможно, стоит поискать другие способы создания эффективных правовых норм, в особенности эффективное сочетание *ex ante* и *ex post*.

Один такой механизм описывался в предшествующей главе: страхование. Неэффективность правил *ex post* частично возникает из-за неприятия риска. Неэффективность правил *ex ante* появляется из-за того, что мои не поддающиеся стороннему наблюдению решения (например, решение о том, насколько внимательно я должен следить за дорогой) создают издержки для других — издержки, на которые я не обращаю внимания, принимая такие решения. Последний раз, когда мы столкнулись с этой проблемой, мы назвали ее моральным риском.

Страхование предоставляет рыночный механизм для выбора издержек неприятия риска вместо издержек морального риска, чтобы найти наименее затратную комбинацию. Можно ли здесь применять этот механизм? Представим себе, что оптимальная чистая система наказания *ex post* предусматривает штраф в размере 200 тысяч долларов за аварию и что это штраф, который водители (едва) в состоянии заплатить, отчего возникает проблема не столько неприятия риска, сколько потребности перейти к менее эффективным наказаниям. Мы отменяем все ограничения скорости и тому подобные правила, устанавливаем штраф в размере 200 тысяч долларов и разрешаем водителям страховаться от его оплаты.

Чем больше у меня страховое покрытие, тем ниже стимул избегать аварий, подобно тому как в предыдущей главе чем большая часть моей фабрики была застрахована, тем ниже был у меня стимул избегать пожаров. Страховые компании будут учитывать этот факт при установлении своих расценок. Они также рассмотрят способы сокращения риска. Один из очевидных подходов к уменьшению риска от пожара — требовать установления противопожарных спринклеров. Один из очевидных подходов к снижению риска аварий — требовать ограничений скорости.

Во втором случае есть практические проблемы, поскольку, хотя страховые компании иногда и нанимают собственных инспекторов, как правило, у них нет своих собственных инспекторов дорожного движения. Мы можем решить эту проблему, сделав инспекторов дорожного движения субподрядчиками страховых компаний. Вместо того чтобы следить за соблюдением законов, они будут обеспечивать исполнение договоров. Клиент, согласившийся не превышать лимит скорости 60 километров в час, чтобы получить страховку, имеет огромный штрихкод на бампере, который об этом сообщает. Инспектора дорожного движения, наряду с радарами, оснащаются оборудованием для автоматического считывания штрихкодов на бампере. Когда они засекают автомобиль, который едет быстрее, чем следует, включаются сирена и мигалка.

При такой системе у страховой компании есть стимул рассчитать оптимальное соотношение между *ex post* и *ex ante*, между оптимальным количеством первого и второго. Чем больше доля потерь, которую она страхует, тем ниже издержки, вызванные неприятием риска, но тем выше издержки, вызванные моральным риском. Она может управлять этими издержками при помощи наказаний *ex ante*, предусмотренных договором. В каком объеме этим стоит заниматься, зависит от того, насколько хоро-

шо или плохо работают наказания *ex ante* по сравнению с наказаниями *ex post*, учитывая преимущество использования частной информации водителя, предоставляемое последними. Полный анализ такой системы уведет нас далеко за рамки данной книги, но общая логика должна быть понятна.

В некоторых контекстах (например, в случае полностью сгоревших зданий) частное страхование обычно используется для того, чтобы сделать выбор между издержками неприятия риска и издержками морального риска. В контексте регулирования дорожного движения это, конечно, фантазия, по крайней мере в настоящее время — не менее фантастическая, чем идея продажи части электромагнитного спектра на аукционе, впервые предложенная Рональдом Коузом в 1959 году.

Рациональный вуду-киллер: следует ли нам наказывать негодные покушения?

Объясняя, почему мы должны наказывать за покушение на убийство, я утверждал, что это форма наказания *ex ante*. Если стрелять по людям, можно и убить их, поэтому мы наказываем вас, даже если вы промахнулись. Но что, если я буду покушаться на убийство при помощи метода, который никогда не сработает, например втыкая иголки в куклу вуду? Будет ли это преступным поведением? Должны ли мы наказывать негодные покушения?

Довод против очевиден: втыкание иголок в куклу вуду не причиняет никакого вреда, поэтому зачем за него наказывать? Зачем нести расходы на задержание людей и их содержание в тюрьме ради сдерживания поведения, для предотвращения которого у нас нет оснований?

Чтобы понять, в чем ошибка этого довода, представим, что я раздумываю над совершением убийства одним из двух способов — при помощи яда

или при помощи магии вуду. Яд, который я собираюсь применить, неизменно ведет к летальному исходу, тогда как втыкание иголок в куклу не возымеет никакого действия на ожидаемую продолжительность жизни жертвы. Если бы это было мне известно, я бы выбрал яд или вообще не стал бы покушаться на убийство. Проблема возникает потому, что мне это неизвестно. Я знаю, что один метод работает, а другой нет, но не знаю, какой именно. Правовая норма, которую мы здесь рассматриваем: *покушение на убийство с негодными средствами ненаказуемо*. Поскольку я не знаю, какое из средств негодное (если бы знал, то не стал бы терять на него время), в моем случае это не означает, что *покушение при помощи магии вуду ненаказуемо*.

Поскольку я не знаю, какое из средств работает, я должен учесть в своих расчетах возможностей, что я выберу неправильное средство. Если покушения с негодными средствами не наказываются, тогда ошибочный выбор будет означать не только то, что мне не удастся совершить свое преступление, но и то, что я не буду наказан, даже если буду пойман. Если покушения с негодными средствами наказуемы, я рискую воспользоваться негодными средствами и понести за это наказание. Этот риск относится к тем издержкам, которые необходимо принимать во внимание, принимая решение о покушении на убийство.

Итак, политика наказания за покушения с негодными средствами обычно удерживает от совершения реальных преступления, например отравления, людей, которые не знают, подействует ли то, что они считают ядом. Издержки подобного сдерживания в том, что некоторые люди, пойманные на совершении покушения средствами, которые на самом деле являются негодными, должны нести наказание.

Даже если наказание негодных покушений обеспечивает некоторое сдерживание, не полезнее было бы

добиться подобного сдерживания посредством наказания реальных покушений на убийство (и успешных убийств), тем самым сосредоточив усилия на том, что с большей вероятностью причинит вред? Ответ: да, если бы мы могли без издержек применять соразмерные наказания. Мы снова возвращаемся к доводу *ex post/ex ante*.

Наказание за результат гораздо лучше выполняет задачу применения наказания там, где оно принесет наибольшую пользу; в конце концов некоторые вуду-киллеры могут оказаться людьми, которые прекрасно знают, что магия не работает, и просто красуются перед менее осведомленными друзьями. Но наказание за покушение на убийство, даже с негодными средствами, позволяет нам повысить вероятность наказания и тем самым добиться большего сдерживания при помощи менее затратных наказаний.

Другой способ того же доказательства — предположить, что есть некоторое максимальное наказание, которое мы готовы применить — пожизненное заключение, но не смертную казнь, или смертную казнь, но не мучительную. Дополнение этого максимального наказания за убийство более легким наказанием за неудавшееся покушение позволяет нам увеличить *ex ante* издержки покушения для того, кто стремится к убийству. Мы можем увеличить их еще больше, включив наказания за негодные покушения.

В этом обсуждении вам может показаться странной предпосылка о том, что на вуду-киллеров вообще как-то влияют стимулы, создаваемые правовыми нормами. Какова вероятность того, что некто, настолько невежественный, что верит в магию вуду, будет достаточно хорошо разбираться в праве и знать, наказуемы или не наказуемы покушения на негодные убийства, или достаточно предусмотрителен, чтобы об этом беспокоиться?

Один ответ на это: возможно, рациональность и не самый точный метод предсказания поведения,

тем не менее это лучший инструмент из имеющихся у нас, а невежество в одной сфере жизни отнюдь не гарантирует невежества или нерациональности в других. В конце концов все мы получаем большинство представлений о том, что действует, а что нет, от окружающих людей, и рациональный человек может принимать нерациональные убеждения, если все, кого он знает, их признают.

Другим ответом может быть указание на то, что покушения с негодными средствами не ограничиваются вуду. Вуду едва ли кого-нибудь убьет, но то же самое можно сказать и о стрельбе в дерево. Попытка залезть в пустой карман — совершенно рациональное поведение, обреченное на неудачу. В некотором смысле все неудавшиеся покушения — это покушения с негодными средствами, если судить по тому, что нам известно после того, как они провалились.

С этой точки зрения вопрос о том, наказуемы ли негодные покушения, — это вопрос о том, наказуемы ли покушения. В любом случае основной довод следующий: поскольку некто не знает, является ли его покушение негодным до того, как он его совершит, знание о том, что оно все равно будет наказано, даже если окажется негодным, будь то в очевидном смысле магии вуду или в более изощренном смысле «подрезания» пустого кармана, — это стимул не совершать это покушение.

Дополнительная литература

Читатели, интересующиеся более подробным анализом этих вопросов, найдут его в моей статье Impossibility, Subjective Probability, and Punishment for Attempts//Journal of Legal Studies. 1991. Vol. 20.

ГЛАВА 8

Игры, торг, блеф и прочие сложности

В мире есть два типа людей:
Джон фон Нейман и остальные.

(Высказывание приписывается
Юджину Вигнеру, лауреату
Нобелевской премии по физике)

Экономический анализ предполагает, что люди рационально стремятся к достижению своих целей. Есть два совершенно разных контекста, в которых они могут это делать, один из них, как оказалось, анализировать намного легче, чем другой. В первом контексте, решая, что делать, я могу благополучно обращаться со всем остальным миром, как будто это вещи, а не люди. Во втором, сложном контексте я должен в полной мере учитывать то, что другие люди тоже стремятся достичь своих целей и что они знают, что я стремлюсь к достижению моих целей, и принимают это в расчет в своих действиях, и они знают, что я знаю... и я знаю, что они знают, что я знаю... и...

Простой пример более легкой проблемы — определение кратчайшего путь от дома до работы. Можно полагаться на то, что все значимые факторы (дороги, мосты, тропинки, ворота) поведут себя предсказуемым образом, независимо от моих действий. Моя проблема — сообразить, что мне следует делать с учетом их особенностей.

Проблема остается простой, если я буду искать кратчайший по времени, а не по расстоянию путь, и должен буду включить в мой анализ другие автомобили на дороге. Однако этими автомобилями управляют люди, и в некоторых случаях этот факт

важен. Но мне нет необходимости обращать слишком много внимания на рациональное поведение этих людей, так как мне известны его последствия: много машин в половине пятого вечера, намного меньше в два часа. Я могу проводить свой анализ так, как будто автомобили — это роботы, действующие по хорошо известной программе.

Для простого примера проблемы более сложного вида предположим, что я нахожусь в автомобиле, направляющемся к перекрестку, на котором нет светофора или стоп-сигнала, а другой человек едет на автомобиле по поперечной улице, приблизительно на том же расстоянии от перекрестка. Если он притормозит и даст мне проехать первым, я должен ускориться, тем самым уменьшив опасность столкновения; если же он попытается проехать через перекресток первым, сбросить скорость должен я. Перед ним стоит та же самая проблема, но наоборот. Может оказаться, что мы оба поедем быстрее и столкнемся друг с другом или будем замедляться, пока не остановимся на перекрестке и будем вежливо пропускать друг друга.

Проблема станет интереснее, а поведение более стратегическим, если мы предположим, что и я, и другой водитель — мальчики-подростки. Мы оба неразумно низко, с точки зрения других людей, ценим собственную жизнь и придаем неразумно высокую ценность доказательству того, что мы смелые, решительные и не позволим никому командовать собой. Мы играем в вариант старинной игры «Трус», популярной в среде подростков и больших государственных деятелей. Проигрывает тот, кто отступит, притормозит, чтобы пропустить другого.

Если я уверен, что он не собирается снижать скорость, в моих интересах это сделать, потому что даже подросток предпочтет один раз проиграть в «Труса», чем разбить машину и лишиться жизни. Если он знает, что я собираюсь снизить скорость,

в его интересах ускориться. Точно такой же анализ применим к нему: если он ожидает, что я буду ехать быстро, он должен снизить скорость, а если он собирается ее снизить, я должен ее увеличить.

Это стратегическое поведение — поведение, при котором действия каждого человека обусловлены тем, какие действия он ожидает от других людей. Раздел математики, занимающийся решением подобных задач, был создан Джоном фон Нейманом почти 60 лет назад и называется теорией игр. Он ставил перед собой задачу создания математической теории, которая бы описывала, какой выбор делает рациональный агент и каковы будут исходы, с учетом правил конкретной игры. Его целью было не только лучше понять игры в общепринятом смысле слова, но и экономическую науку, дипломатию, политологию — все формы взаимодействий людей, которые включают стратегическое поведение.

Оказалось, что решить общую проблему необыкновенно трудно, так трудно, что мы до сих пор над ней работаем. Фон Нейман нашел решение для особого случая игр с двумя игроками и с фиксированной суммой, таких как шахматы, в которых все, что хорошо для одной стороны, плохо для другой. Но с такими играми, как «Трус», в которых некоторые исходы (столкновение) плохи для обеих сторон, или такими, как демократическое голосование, в которых одна группа игроков может применять разные комбинации, чтобы добиться для себя выгоды за счет других игроков, фон Нейман преуспел в меньшей степени. Он придумал одно решение, но не слишком полезное, потому что количество решений в одной игре может быть от нуля до бесконечности, а отдельное решение может включать бесконечное число исходов. Позднее теоретики игр несколько развили анализ, но до сих пор остается неясным, что означает решить такие игры, и до сих пор трудно или даже не-

возможно использовать теорию игр для получения однозначных предсказаний исходов большинства стратегических ситуаций в реальном мире.

Экономическая наука, в частности теория ценообразования, при решении этой проблемы опирается на осмотрительную трусость. Везде, где это возможно, формулирование задач и моделирование мира производится таким образом, чтобы сделать стратегическое поведение неважным. Например, модель совершенной конкуренции предполагает, что число покупателей и продавцов, производителей и потребителей бесконечно. С точки зрения любого из них, его собственные действия почти никак не влияют на других, то, что делают эти другие, никак не зависит от того, что делает он сам, следовательно, стратегические проблемы исчезают.

Этот подход не слишком эффективен в экономическом анализе права; как бы мы ни старались закрывать глаза на стратегическое поведение, мы сталкиваемся с ним на каждом шагу. Возьмем тот случай, который мы рассматривали ранее. В главе 2 Джон покупал яблоко, ценность которого для него составляла 1 доллар, у Мэри, для которой ценность яблока составляла 50 центов. Какую цену он должен заплатить? Мы отвечали, что его можно продать по любой цене от 50 центов до 1 доллара в зависимости от того, насколько хорошо каждый из них умеет торговаться. Серьезный анализ переговоров (который я на данном этапе сознательно опущу) привел бы нас к игре, очень похожей на «Труса», хотя и с более низкими ставками. Мэри настаивает на том, что меньше чем за 90 центов она яблоко не отдаст, Джон утверждает, что не заплатит больше 60, и, если никто из них не уступит, яблоко останется у Мэри, а потенциальная выгода от обмена исчезнет.

Стратегическое поведение встречалось в главах 4 и 5, там оно скрывалось под именем «трансакционные издержки». Когда один фермер отказыва-

ет железной дороге в разрешении испускать искры в надежде продать свое согласие за большую долю той суммы, которую сэкономит железная дорога, если ей не придется устанавливать искрогаситель, он ведет себя стратегически, порождая то, что я назвал проблемой стратегии «не уступать». Так же стратегически поступает и «безбилетник», который при другой правовой норме мешает фермерам собрать достаточную сумму денег, чтобы заплатить железной дороге за установку искрогасителя. Стратегически ведет себя и железная дорога, когда продолжает испускать искры и платить штрафы, чтобы заставить фермеров перейти на клевер, хотя искрогаситель обошелся бы ей дешевле.

Одна из причин, по которой стратегическое поведение так важно в экономическом анализе права, заключается в том, что он имеет дело с множеством двусторонних взаимодействий: тяжбы, переговоры о разрешении нарушить договор и тому подобное. Когда я хочу купить кукурузу, я могу выбирать из тысяч продавцов, но, когда я хочу купить разрешение не исполнять договор, единственный продавец — тот, с кем я его подписал. Вторая причина в том, что наша основная теория выстроена преимущественно на идеях Коуза, трансакционные издержки занимают центральное место в этом анализе, а трансакционные издержки часто связаны со стратегическим поведением.

К этой ситуации может быть два альтернативных подхода. Один — стиснуть зубы и использовать теорию игр в большом объеме в нашей работе. Этот подход выбрали несколько людей, занимающихся экономическим анализом права. Я не отношусь к их числу. По моему опыту, если игра достаточно проста, чтобы теория игр давала достаточно однозначный ответ, то есть и другие способы получить его.

В большинстве примеров применения теории игр в реальной жизни, чтобы получить однознач-

ный ответ, придется исключить существенные моменты из формулировки поставленной задачи. Вы можете добиться математической строгости, только сделав проблемы из реального мира неразрешимыми. Я ожидаю, что так будет продолжаться до тех пор, пока в теории игр не произойдет какой-то существенный прорыв. Когда я выбираю себе проблемы для изучения, те, которые поставили в тупик Джона фон Неймана, отправляются в конец очереди.

Альтернативный подход, а я предпочитаю именно его, состоит в том, чтобы смириться с тем, что доводы, касающиеся стратегического поведения, так или иначе далеки от строгости, и постараться сделать максимум возможного. Формальная теория игр полезна для этой цели, хотя здесь я буду пользоваться ею довольно редко.

В следующей части этой главы я разберу логику двух игр: двусторонней монополии и дилеммы заключенного. Эти две игры, вместе с тесно связанными с ними вариантами, описывают подавляющую часть стратегического поведения, которое вам встретится в этой книге и в жизни.

Двусторонняя монополия

У Мэри есть одно-единственное в мире яблоко, ценность которого для нее составляет 50 центов. Джон — единственный покупатель, заинтересованный в этом яблоке, которое он оценивает в 1 доллар. У Мэри монополия на продажу яблок. У Джона монополия (технически говоря, монопсония, монополия на покупку) на покупку яблок. Экономисты называют такую ситуацию *двусторонней монополией*. Что происходит?

Мэри объявляет, что ее цена — 90 центов и что, если Джон ее не заплатит, она съест яблоко сама. Если Джон ей поверит, он заплатит эту цену. Итак,

90 долларов за яблоко, которое он оценивает в 1 доллар, — не слишком выгодная сделка, но это все равно лучше, чем остаться без яблока. Если, однако, Джон объявляет, что его максимальная цена — 60 центов, и Мэри ему верит, работает та же логика. Мэри соглашается с его ценой, и он получает большую часть выгоды от сделки.

Это не игра с фиксированной суммой. Если Джон покупает яблоко у Мэри, их общая выгода составляет 50 центов, то, как она распределяется, определяется ценой. Если они не договорятся, общая выгода равна нулю. Они оба используют угрозу нулевого исхода, пытаясь повернуть исход с 50 центами в максимально выгодную для себя сторону. Насколько каждый из них успешен, зависит от того, насколько он сумеет связать себя обязательствами, насколько хорошо сможет убедить другого в том, что, если на его условия не согласятся, сделка не состоится.

Каждому родителю знаком иной пример той же самой игры. Маленький ребенок хочет добиться своего и закатывает истерику, если ему не уступают. Сама по себе истерика никакой пользы ему не принесет, поскольку, если он ее устроит, вы откажетесь дать ему то, что он хочет, и отправите спать без десерта. Но поскольку эта истерика создаст значительные издержки не только для него, но и для вас, если случится при гостях за ужином, она может стать достаточно эффективной угрозой для того, чтобы ребенок хотя бы частично получил то, чего хочет.

Будущие родители дают себе слово никогда не поддаваться на такие угрозы и думают, что преуспеют в этом. Они ошибаются. Вы, возможно, понимаете логику двусторонней монополии лучше, чем ваш ребенок, но на его стороне сотни миллионов лет эволюции, в течение которых потомство, умевшее заставить родителей делать то, что оно хочет, и получать поэтому большую часть роди-

тельских ресурсов, имело больше шансов выжить и передать свои гены следующему поколению. Стратегия связывания себя обязательствами глубоко заложена в ребенке; если вы назовете это блефом, часто может оказаться так, что ребенок не блефует. Если вы выиграете более половины игр, лишь изредка получив срыв переговоров и истерику, считайте, что вам повезло.

Герман Кан, автор, специализировавшийся на немодных темах, таких как термоядерная война, придумал еще один вариант этой игры: «Машина Судного дня». Идея состояла в том, чтобы США захоронили очень грязное термоядерное оружие под Скалистыми горами, в таком количестве, что, если оно сработает, радиоактивные осадки убьют всех на земле. Бомбы будут подключены к сложному счетчику Гейгера, который запустит их, если зафиксирует радиоактивные осадки после ядерной атаки России. Пока русские знают, что у нас есть машина Судного дня, мы защищены от ядерного удара и можем спокойно сдать в утиль остальной ядерный арсенал.

Эта идея легла в основу сюжета фильма «Доктор Стрейнджлав». Русские построили машину Судного дня, но случайно замешкались с объявлением о ней — ждали дня рождения Генерального секретаря, — в то время как офицер военно-воздушных сил США по своей инициативе нанес односторонний ядерный удар. Безумный злодей-ученый, возможно, был задуман как пародия на Кана.

Кан описывал машину Судного дня не потому, что думал, что мы должны ее построить, а потому, что полагал, что она у нас уже есть. Точно так же считали русские. Наш ядерный арсенал и их арсенал были машинами Судного дня, приводившимися в действие людьми. Если русские нанесут ядерный удар, ответный удар по ним не принесет нам пользы, подобно тому как истерика ничего не дает вашей дочери, если вы в конце концов отправи-

ли ее спать. Но наши военные, узнав, что противник только что уничтожил большинство их друзей и родственников, все равно нанесут удар, а знание о том, что они это сделают, дает русским веское основание не атаковать первыми, точно так же, как знание о том, что ваша дочь закатит истерику, дает вам веское основание не отправлять ее спать до конца вечеринки. К счастью, результатом работы реальных машин Судного дня было то, что ни одна из них не была использована.

В качестве последнего примера возьмем большого, сильного человека, который любит добиваться своего. Его политика — избивать каждого, кто сделает что-то, что ему не понравится, посмотрит в сторону девушки, с которой он встречается, или не проявит достаточного почтения к его воззрениям на бейсбол. Он придерживается этой политики под предлогом того, что только слабаки позволяют собой помыкать, а если кто-то делает вещи, которые ему не нравятся, для него означает, что им пытаются помыкать. Побои сопряжены с издержками: он сам может получить увечья или оказаться в тюрьме. Но до тех пор пока все знают, что он строго придерживается этой стратегии, люди не станут ему перечить, а ему не придется их бить.

Рассматривайте такого драчуна как машину Судного дня на индивидуальном уровне. Его стратегия работает до тех пор, пока он пользуется ею в одиночку. В один прекрасный день он оказывается в баре и затевает разговор о бейсболе с незнакомым человеком, таким же большим и сильным, как и он, и приверженцем той же стратегии. Незнакомец относится к его точке зрения без должного уважения. Когда все закончится, один из них будет мертвым лежать на полу, а второй будет оторопело стоять над ним с разбитой бутылкой из-под пива в руке и думать, что же теперь будет. Только что сработала машина Судного дня.

Если драчун один, эта стратегия выгодна: люди делают все, что вы хотите, и вам нет никакой необходимости претворять угрозы в жизнь. Когда драчунов много, она перестает быть выгодной: вы все чаще ввязываетесь в драки и в результате можете либо погибнуть, либо оказаться в тюрьме. Если количество драчунов достаточно низкое и потому выгода от того, что они обычно добиваются своего, больше издержек того, что за это периодически приходится расплачиваться, стратегия выгодна и количество применяющих ее людей растет. Равновесие достигается, когда выгоды и убытки уравновешивают друг друга, делая каждую из альтернативных стратегий, драчуна или «тряпки», одинаково привлекательной. Анализ усложнится, если мы добавим альтернативные стратегии, но логика ситуации останется той же.

Этот конкретный пример двусторонней монополии имеет прямое отношение к центральному спору об уголовном праве в целом и о смертной казни в частности. Выполняют ли наказания сдерживающую функцию? Одна из причин думать, что, возможно, и нет, состоит в том, что преступление того типа, который я только что описал, драка в баре, заканчивающаяся убийством (в более общем виде — преступление по страсти), кажется нерациональным поступком, о котором виновник начинает раскаиваться сразу после его совершения. Так как же его можно сдержать наказанием?

Экономист ответил бы, что драка не была выбрана рационально, но стратегия, которая к ней привела, была. Чем выше санкции за такие поступки, тем менее выгодной становится стратегия драчуна. В результате мы получим меньше драчунов, меньше драк в баре и меньше «нерациональных» убийств. Сколько сдерживания для этого потребуется — вопрос эмпирический, но его рассмотрение через призму двусторонней монополии показывает, что преступления по страсти вполне поддаются сдерживанию.

Дилемма заключенного

Двое мужчин арестованы за кражу со взломом. Прокурор округа помещает их в разные камеры. Сначала он идет к Джо. Он говорит Джо, что, если тот признается, а Майк нет, он, прокурор округа, снимет обвинение в краже и отпустит Джо, слегка приструнив — даст ему 3 месяца за противоправное нарушение владения. Если Майк тоже признается, окружной прокурор не сможет снять обвинение, но попросит судью проявить снисхождение; Майк и Джо оба получат по 2 года.

Если Джо отказывается дать признательные показания, прокурор округа больше не будет с ним так мягок. Если Майк дает признательные показания, Джо будет признан виновным, и прокурор округа потребует осудить его на максимально возможный срок. Если ни один из них не признается, прокурор округа не сможет обвинить их в краже, но он будет настаивать на 6 месяцах тюремного заключения за противоправное нарушение владения, сопротивление при аресте и бродяжничество.

Объяснив все это Джо, прокурор округа идет в камеру к Майку и то же самое говорит ему. В табл. 8.1 показаны исходы, ожидающие Джо и Майка.

Джо рассуждает следующим образом:

> Если Майк признается, а я нет, я получу 5 лет; если я тоже признаюсь, я получу 2 года.
>
> Если Майк собирается признаться, мне тоже лучше признаться.
>
> Если ни один из нас не признается, я попаду в тюрьму на 6 месяцев. Если Майк будет молчать, а я признаюсь, я получу всего 3 месяца. Поэтому если Майк собирается молчать, то мне лучше признаться. По сути дела, что бы Майк ни делал, мне будет лучше, если я признаюсь.

ТАБЛИЦА 8.1
Дилемма заключенного

		Майк	
		признаться	не признаваться
Джо	признаться	2 года, 2 года	3 месяца, 5 лет
	не признаваться	5 лет, 3 месяца	6 месяцев, 6 месяцев

Джо зовет надзирателя и просит о встрече с прокурором округа. На это уходит какое-то время; между тем Майк, поразмыслив, пришел к такому же выводу и уже дает признательные показания.

И Джо, и Майк действовали рационально, и положение обоих в результате ухудшилось. Дав признательные показания, они оба получили по 2 года; если бы они промолчали, то оба получили бы по 6 месяцев тюремного заключения. Это последствие представляется странным для рационального поведения.

Объяснение в том, что Джо выбирает только свою стратегию, но не стратегию Майка. Если бы Джо мог выбирать между нижней правой клеткой таблицы и верхней левой, он бы выбрал первую; то же самое сделал бы Майк. Но эти альтернативы не предлагаются. Майк выбирает колонку, а левая колонка побеждает правую; она лучше, какую бы строчку ни выбрал Джо. Джо выбирает строку, а верхняя строка побеждает нижнюю.

Майк и Джо собираются продолжить свою преступную деятельность и могут снова оказаться в такой же ситуации. Если Майк предаст Джо в этот раз, тот может ему отплатить за это в следующий раз. Интуиция подсказывает, что многократно повторяющаяся дилемма заключенного, в которой каждый раз участвуют одни и те же игроки, должна приводить к более привлекательному для игроков исходу, чем единичная игра.

Возможно, это так, но есть превосходный, хотя и более сложный для понимания довод против этого. Предположим, что и Джо, и Майку известно, что они собираются сыграть ровно 20 раз в эту игру. Каждый, таким образом, знает, что в 20-й игре возможности отомстить в будущем больше не представится. Поэтому заключительная игра — это просто дилемма заключенного с обычным результатом: оба заключенных признаются. Поскольку оба собираются признаться в 20-м раунде, ни один из них не может использовать угрозу наказания предателя в 19-м раунде, поэтому это тоже обычная игра, которая ведет к признанию обоих. Поскольку оба собираются признаться в 19-м раунде... Таким образом, рушится вся цепочка игр, и мы возвращаемся к прежнему результату. Джо и Майк всегда признаются.

Многие находят этот результат очень сложным для понимания, отчасти потому, что живут в мире, в котором люди рационально решили по возможности избегать участия в такой игре. Люди, участвующие в повторяющихся взаимодействиях, требующих доверия, стараются не определять последнюю игру заранее или ищут способы дать надежное обещание нанести ответный удар даже в последнем раунде игры. Преступники всеми способами стремятся сделать так, чтобы доносы на сообщников были слишком затратными для их коллег, а издержки тюремного заключения за молчание, наоборот, снижались. Все это отнюдь не противоречит логике дилеммы заключенного; это просто означает, что реальные заключенные, и прочие люди, порой играют в другие игры. Когда чистый выигрыш от доноса на сообщников имеет структуру, показанную в табл. 8.1, логика игры становится очень убедительной. Заключенные дают признательные показания.

В качестве реальной дилеммы заключенного, касающейся спорной черты нашей правовой системы, обсудим сделку о признании вины:

> Обвинитель вызывает адвоката защиты и предлагает сделку. Если клиент признает себя виновным в убийстве второй степени, то есть в предумышленном убийстве со смягчающими обстоятельствами, прокурор округа снимет обвинение в убийстве первой степени, то есть в тяжком убийстве при отягчающих обстоятельствах. Обвиняемый теряет возможность оправдания, но при этом больше не рискует оказаться на электрическом стуле.

Такого рода сделки широко критикуются за то, что они позволяют преступникам избежать серьезного наказания. Однако на самом деле они могут иметь противоположные последствия — не облегчать наказание, а, наоборот, ужесточать его. Каким образом? Рациональный преступник согласится на сделку о признании вины, только если это улучшит его положение — приведет в среднем к менее суровому наказанию, чем то, что он получил бы, представ перед судом. Следует ли отсюда, что существование сделки о признании вины должно обязательно делать наказания менее суровыми?

Чтобы понять, почему это неверно, рассмотрим ситуацию с гипотетическим прокурором округа и ответчиками, против которых он выдвигает обвинения. В год бывает до сотни дел; бюджет прокурора округа составляет 100 тысяч долларов. Если на расследование и возбуждение дела можно потрать только 1 тысячу долларов, половина ответчиков будет оправдана. Но если он заставит 90 обвиняемых принять сделку о признании вины, он сможет сосредоточить свои ресурсы на тех 10, которые отказались потратить 10 тысяч долларов на каждое дело и получить долю обвинительных приговоров, равную 90%.

Ответчик имеет 90%-й шанс быть осужденным, если предстанет перед судом, и принимает решение с учетом этого. Он откажется от любой предложенной сделки, которая для него хуже, чем 90%-й шанс осуждения, но вполне может принять такую

сделку, которая менее привлекательна, чем 50%-я вероятность осуждения, в результате чего он окажется в худшем положении, чем был бы в мире, в котором не существует сделки о признании вины. Всем ответчикам было бы лучше, если бы никто из них не принимал предложения прокурора округа, но при этом каждому будет лучше, если он ее примет. Они попали в ловушку дилеммы заключенного, ее версии с множеством игроков, вместе с тем она же — проблема общественных благ.

Дилемма заключенного наглядно иллюстрирует проблему, которая проходит через весь экономический анализ права: индивидуальная рациональность не всегда ведет к групповой рациональности. Возьмем в качестве примера загрязнение воздуха, но не несколькими заводами, а множеством автомобилей. Нам всем было бы лучше, если бы каждый из нас установил нейтрализатор выхлопных газов. Но если я установлю нейтрализатор на своей машине, я оплачу все расходы и получу лишь небольшую часть выгоды, поэтому этого делать не стоит. Точно так же всем, возможно, было бы лучше, если бы никто не воровал, поскольку мы все — потенциальные жертвы, но мое решение не обворовывать вас очень слабо влияет на вероятность того, что кто-то другой не обворует меня, поэтому, возможно, красть у вас в моих интересах.

Создание эффективных правовых норм — это во многом попытка избежать дилеммы заключенного: уголовные наказания для изменения стимулов у потенциальных воров, законы об охране окружающей среды для изменения стимулов у потенциальных виновников загрязнения. Возможно, мы не можем добиться полного успеха, но можем, по крайней мере, попытаться везде, где возможно, выбрать правовые нормы, при которых индивидуальная рациональность будет вести к групповой рациональности, вместо правовых норм, дающих противоположный результат.

Я начал эту главу с очень простого примера стратегического поведения: два автомобилиста подъезжают к перекрестку под прямым углом. Как водится, есть правовая норма, решающая эту проблему, норма, которое происходит от правила, решавшего проблему двух судов со сходящимися курсами. Это правило «Преимущественное право по правому борту». Корабль, или машина, с правой стороны имеет преимущественное право прохождения, что означает, что второе транспортное средство должно притормозить и дать ему первым проехать перекресток.

Выводы

Пока наше обсуждение игр дало два ясных вывода. Один касается варианта двусторонней монополии, в которой каждый игрок настаивает на своих требованиях, пара игроков выбирается случайным образом, а исход зависит от стратегий, на которых настаивает эта пара. Это игра драчунов и потасовок в барах, игра, которую социобиологи окрестили игрой в «ястреба и голубя». Мы пришли к выводу, что, если мы увеличиваем издержки срыва переговоров, делая схватку между драчунами или двумя ястребами более дорогостоящей, мы снижаем долю игроков, придерживающихся стратегии драчуна. Поэтому мы ожидаем, что наказания смогут сдерживать преступления по страсти. Мы также пришли к однозначному выводу о том, что рациональные игроки, играющие в игру, структура выигрышей которой напоминает дилемму заключенного, предадут друг друга.

Но даже эти результаты перестают быть столь четкими, как только мы применяем их к реальным ситуациям. В реальном мире у игр нет инструкций с матрицами выигрышей. Дилемма заключенного ведет к обоюдному предательству, но для людей это повод внести поправки в игру, используя

связывание себя обязательствами, репутацию, альтруизм и целый ряд других механизмов, благодаря которым сторонам становится выгодно сотрудничать, а не предавать друг друга. Таким образом, применение теоретического анализа к реальному миру по-прежнему остается непростой проблемой.

Однако мы можем сделать из нашего обсуждения несколько других, менее строгих выводов. Очевидно, что в двусторонней монополии связывание себя обязательствами — важная тактика, поэтому мы можем ожидать, что игроки будут искать способы сделать это и не отступаться от своих требований. Маленький ребенок говорит: «Я дам за твое яблоко не больше 60 центов, провалиться мне на этом месте!» Гендиректор фирмы, участвующий в переговорах о поглощении, заявляет, что, если он предложит больше 10 долларов за акцию компании, которую собирается поглотить, — это будет слишком высокая цена, и его акционеры, скорее всего, его уволят.

Индивиды тратят на переговоры реальные ресурсы: время, гонорары адвокатов, затраты на связывание себя обязательствами и риск того, что переговоры сорвутся. Сумма, которую они будут готовы потратить, скорее всего, зависит от того, что поставлено на кон, — ту же самую проблему мы встречали ранее при обсуждении поиска ренты. Поэтому следует по возможности избегать правовых норм, которые ведут к играм в двустороннюю монополию с высокими ставками.

Рассмотрим в качестве простого примера вопрос о том, какие правовые нормы должны действовать при нарушении договора. Предположим, что я согласился продать вам 10 тысяч изготовленных на заказ камер с поставкой 30 марта по цене 100 тысяч долларов. Но позже, в феврале моя фабрика сгорела. Я все еще могу выполнить договор ценой исключительных усилий и дорогостоящего субподряда, но стоимость его исполнения возросла с 90 тысяч долларов до 1 миллиона.

Одна из возможных правовых норм — реальное исполнение договора: я заключил договор, я должен поставить камеры. Это неэффективное правило; ценность камер для вас всего 10 тысяч долларов. Очевидное решение для нас — переговоры, я заплачу вам за разрешение расторгнуть договор.

Соглашение принесет вам чистый выигрыш, если я заплачу больше 10 тысяч долларов, которые вы рассчитывали заработать, купив камеры. Мне оно принесет чистый выигрыш, если я заплачу вам менее 900 тысяч долларов, которые я потеряю, если мне придется продавать вам камеры. Это дает нам очень широкий диапазон для торга, в котором мы можем побороться друг с другом, что, скорее всего, приведет к высоким издержкам на него, включая некоторый риск очень дорогостоящего срыва переговоров: мы не сможем договориться о цене, вы заставите меня поставить камеры, и мы оба в сумме станем на 890 тысяч долларов беднее, чем были бы, если бы вы позволили мне расторгнуть договор. Это одна из причин, по которой суды так неохотно назначают реальное исполнение договора, предпочитая ему их расторжение и выплату убытков, которые подсчитываются самим судом или о которых стороны предварительно договорятся сами.

В качестве другого примера предположим, что суд решил, что мой нефтеперерабатывающий завод, загрязняющий окружающую среду, создает издержки для соседа с той стороны, куда дует ветер. Одно из возможных решений — позволить моему соседу наложить запрет на работу моего завода до тех пор, пока я не перестану выбрасывать в атмосферу вредные пары. Альтернативное решение — отказать в запрете, но разрешить соседу подать иск о возмещении убытков.

Если убытки соседа от загрязнения сопоставимы с суммой, в которую мне обойдется его предотвращение, суд, скорее всего, распорядится о запрете,

поставив меня перед выбором: покупать разрешение на загрязнение у моего соседа или прекращать это загрязнение. Если затраты на прекращение загрязнения намного больше тех убытков, которые оно причиняет, суд может отказать в судебном запрете, оставляя моему соседу право предъявления иска о возмещении убытков.

Если суд распорядится о запрете в такой ситуации, это приведет к переговорам в рамках двусторонней монополии с очень широким диапазоном для торга. Я буду готов заплатить любую сумму, которая меньше, чем мои (очень высокие) издержки на борьбу с загрязнением, вы будете готовы при необходимости принять любую сумму, которая больше (незначительного) ущерба, который мое загрязнение вам причиняет. В какой точке этого диапазона мы в результате окажемся, зависит от того, насколько хорошо каждый из нас торгуется, и у каждого из нас будет стимул потратить существенные ресурсы на то, чтобы сдвинуть окончательную договоренность к тому концу этого диапазона, который предпочтительнее для него.

Дополнительное чтение

Читатели, которых интересует более подробный разбор теории игр, найдут его в главе 11 моих книг «Теория цены» (Price Theory) и «Скрытый порядок» (Hidden Order). Читатели, которых интересует еще более подробный разбор, найдут его в: *Baird D. G., Gertner R. H. Picker R. C.* Game Theory and the Law. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1994. Читатели, которые захотят посмотреть, как великий ум пытается разобраться в по-настоящему сложной проблеме, могут прочесть хотя бы первые главы: *von Neumann J., Morgenstern O.* The Theory of Games and Economic Activity. Princeton: Princeton University Press, 1980.

ГЛАВА 9

Столько, сколько стоит ваша жизнь

— Деньги или жизнь.
— Возьмите жизнь, деньги я откладываю на старость.

В ГЛАВЕ 3 я описал один из подходов к получению эффективных результатов: если кто-то создает издержки для других, возьмите с него сумму, равную причиненным убыткам, чтобы заставить его учитывать эти издержки при принятии решений. Эта глава посвящена проблеме, которая возникает в связи с этим подходом, проблеме, о которой вы, возможно, задумывались во время обсуждения автомобильных аварий в главе 7. В автомобильных авариях иногда страдают автомобили; мы умеем, хотя бы приблизительно, измерять стоимость автомобиля. Но бывает, что в авариях погибают люди. Как определить цену жизни?

Экономисты измеряют издержки и ценность при помощи выявленных предпочтений, исходя из реального поведения людей. Если кто-то захочет купить у вас сердце за миллион долларов, даже за десять миллионов, едва ли вы согласитесь. С этой точки зрения может показаться, что большинство людей придает своей жизни безграничную ценность.

Но рассмотрим решение о том, насколько часто проходить медицинское обследование или проверять тормоза. Подобными действиями вы приобретаете дополнительные годы жизни в форме чуть более низкой вероятности остановки сердца или заноса на дороге со смертельным исходом. Если жизнь имеет для вас безграничную ценность, вы должны тратить деньги и время на те виды дея-

тельности, которые продлевают жизнь, а не наоборот, используя малейшую возможность получить хоть какой-нибудь выигрыш.

По той же самой причине человек, бесконечно высоко ценящий свою жизнь, должен избегать любых опасных занятий: полетов на дельтапланах, катания на лыжах или вождения автомобиля с любой целью, кроме спасения собственной жизни в случае прямой угрозы ей. Он не должен курить, должен пить только по предписанию врача и не притрагиваться к мороженому или к свиным ребрышкам. Из физических упражнений — только полчаса на тренажере «бегущая дорожка», во избежание риска маловероятных, но тем не менее потенциально смертельных несчастных случаев на теннисном корте или беговой дорожке. Результатом будет долгая жизнь. Если это, конечно, можно назвать жизнью.

Проблема не в умножении на бесконечность, а в делении на нуль

Мои знакомые так себя не ведут. Я тоже так себя не веду. Сомневаюсь, что и вы так себя ведете.

Вернемся к вашей реакции на предложение миллиона долларов за ваше сердце. Почему вы отказываетесь и продолжаете отказываться, даже когда покупатель повышает цену? Очевидный ответ: не потому, что ваша жизнь бесценна, а потому, что труп не нуждается в деньгах.

Предположим, что мы переключимся на вероятностный вариант этой сделки: вам предлагают сделать ставку на основе броска кости с сотней сторон. При любом результате от 1 до 99 вам заплатят 100 тысяч долларов. Если выпадет 100, вас пристрелят. Вы можете отклонить и это предложение, но только не так быстро. Если предлагающий повысит ставки до миллиона долларов и кости с тысячей сторон, вы можете и передумать.

Снижение вероятности умереть с 100% до 1% или 0,1% объясняет, почему падает цена, которую вы устанавливаете, но не то, почему она падает с бесконечности до миллиона долларов, возможно, даже до гораздо меньшей суммы. Все объясняет возрастание от нуля до почти полной уверенности вероятности того, что вы сможете получить эти деньги. Нулевая вероятность, умноженная на миллион долларов, все равно дает ноль. Вероятность девяносто девять сотых, помноженная на тысячу долларов, — это уже весомая сумма.

Такой взгляд на эту проблему также объясняет, почему люди порой соглашались на почти неминуемую вероятность смерти — когда бросались в атаку под огнем пулеметов во время Первой мировой войны, пилотировали идущие на таран бомбардировщики во время Второй мировой или уступали близкому человеку единственное место в спасательной шлюпке. Можно даже представить себе человека, который согласится на миллион долларов наличными в обмен на свою жизнь, если эти деньги могут пригодиться для какого-то человека или дела, которые для него очень важны. Что не имеет смысла, так это соглашаться на миллион долларов в обмен на жизнь с тем, чтобы потратить эти деньги на себя.

Вернемся к праву

Экономический вопрос о том, как оценивать жизнь, — это еще и юридический вопрос. Если кто-то случайно разобьет вашу машину при обстоятельствах, в которых он по закону несет ответственность, он должен выплатить вам стоимость новой машины. Сколько он должен выплатить вам или вашим наследникам, если он при этом убьет вас?

Традиционный ответ, который давало общее право, как ни странно, был «ничего». Возможно,

это было следствием нежелания деликтного права рассматривать гражданские исковые требования как переуступаемую собственность, что означает, что ваш иск по поводу того, что вас убили, прекращал существование вместе с вами. Или же этот ответ мог быть результатом того, что убытки по деликтам рассматривались как компенсация жертве, а не как отрицательный стимул для причинителя вреда. Трудно компенсировать кому-то его собственную смерть. Благодаря правовым реформам в середине XIX века ваши жена и сын получили возможность подать иск о компенсации им тех потерь, которые они понесли из-за вашей смерти, грубо говоря, вашего будущего дохода за вычетом той суммы, которую вы потратили бы на себя. Но никто не мог потребовать выплаты стоимости вашей жизни.

Однако предположим, что мы создаем собственную правовую систему в соответствии с основными принципами анализа внешних эффектов у Пигу — пока не принимая в расчет те проблемы этого анализа, на которые указал Коуз. Мы хотим переложить издержки на тех, чьи действия убивают людей и причиняют им телесные повреждения по той же самой причине, по которой мы хотим переложить издержки на тех, кто уничтожает имущество или наносит ему ущерб, чтобы лицо, совершающее подобные действия, должным образом учитывало их последствия при принятии решений. Как в принципе мы должны устанавливать цену?

Начнем с действующего лица, которое уже несет все издержки: вас самих, когда вы решаете, рисковать или нет, тратить деньги на лечение или нет, или каким-то иным образом выбираете между собственной жизнью и другими ценностями. Даже самая опасная деятельность редко приводит к немедленной гибели, поэтому вы ожидаете, что компенсация за ту частицу жизни, которой вы жертвуете, будет произведена в такой фор-

ме, что вы почти наверняка сможете ее получить. В таких обстоятельствах ваше поведение показывает, что ценность вашей жизни для вас высока, но не безгранична.

Как мы могли бы измерить эту ценность? Один из способов — посмотреть на надбавку к заработной плате для опасных профессий. Компании, занимающиеся грузоперевозками, платят водителям грузовиков, которые возят динамит, больше, чем тем, кто возит песок. Оценив риск гибели в опасных профессиях и сравнив заработную плату с заработной платой в менее опасных профессиях, которые во всем остальном похожи, мы определим, по крайней мере приблизительно, ценность жизни для людей, выбирающих эти опасные профессии: сумму, которая должна быть выплачена, чтобы они согласились на такую работу. Такие подсчеты проводились; результат показывает, что ценность жизни для обычного американца располагается в диапазоне от одного до десяти миллионов долларов.

Это не совсем точное измерение, по крайней мере по двум причинам. Во-первых, на эти работы соглашаются люди, которые наиболее охотно делают это; при прочих равных условиях это люди, приписывающие своей жизни наименьшую ценность. Во-вторых, вести грузовик с динамитом, возможно, менее приятно, чем грузовик, груженный песком: стресс, который испытывает водитель, сильнее, что само по себе может показаться дополнительными издержками. Конечно, возможно, эти люди считают стресс благом — возможно, они из тех, кто развлекается прыжками с парашютом или скалолазанием. Главный герой романа Нила Стивенсона «Лавина», действие которого происходит в XXI веке, занимается доставкой пиццы для мафии. Он берется за эту работу именно потому, что мафия превратила доставку пиццы в рискованную, опасную профессию.

Из такого рода проблем следует, что определение ценности жизни на основе надбавок за риск в опасных профессиях может быть неточным. Но оно все же дает по крайней мере приблизительную оценку, которая может быть уточнена путем более тщательных исследований.

Если мы согласимся с таким подходом к определению ценности жизни, мы, по-видимому, получим простое решение проблемы оптимального стимула. Если чьи-то действия становятся причиной смерти другого человека при обстоятельствах, которые делают его ответственным за эту смерть (о том, что это значит, мы поговорим в главе 14), он должен выплатить наследникам жертвы компенсацию убытков, соответствующую ценности, которую жертва приписывала своей жизни, о чем говорит ее поведение. Если нам каким-то образом стало известно, что жертва потребовала бы дополнительно тысячу долларов в год за то, чтобы водить грузовик с динамитом, а не с песком, и, если мы также знаем, что вождение грузовика с динамитом увеличивает вероятность смерти каждый год на одну десятую долю процента, лицо, совершившее деликт, должно выплатить наследникам жертвы миллион долларов компенсации, поскольку, если умножить миллион долларов на вероятность один к тысяче, получится тысяча долларов.

Чтобы понять следствия этой правовой нормы, представьте, что вы раздумываете о том, чтобы уничтожить три пня, взорвав их динамитом, что намного легче, чем выкорчевывать их. Единственная загвоздка в том, что есть один шанс из десяти тысяч, что произойдет несчастный случай со смертельным исходом. Если он произойдет, вы должны будете выплатить наследникам жертвы миллионную компенсацию, поскольку она оценивает свою жизнь в миллион долларов. Принимая решение, вы должны будете добавить к цене динамита дополнительную ожидаемую стоимость в 100 долла-

ров, один шанс из десяти тысяч того, что придется платить компенсацию в 1 миллион долларов. Это и есть цена, которую потребовала бы жертва для принятия одного шанса из десяти тысяч, что она погибнет. Ту же самую сумму (плюс дополнительная выплата на покрытие накладных расходов) вам назначит полностью информированная страховая компания за то, чтобы застраховать ваш проект по удалению пней. Вы воспользуетесь динамитом, если он приносит чистую выгоду, если экономия ваших затрат превышает риски для третьих лиц. Это эффективный результат. Магическое действие деликтной системы привело к тому, что вы сделали такой же выбор, какой сделала бы жертва.

Оптимальное сдерживание, оптимальное страхование — и им никогда не сойтись

Это дает людям правильный стимул не рисковать чужими жизнями, но проблема все равно остается. Предположим, что у жертвы нет иждивенцев и нет достойного дела, о котором она бы болела всей душой. Единственное, что она может приобрести за миллион долларов (оказалось, что в завещании оговорен маловероятный случай, что жертва может взорваться из-за чужой небрежности), — это роскошная могила. Мы обеспечили достаточное сдерживание потенциального причинителя вреда, однако сделали это за счет перевода денег от людей, которые могут ими воспользоваться, тому, кто уже не может.

Это крайний пример, но он указывает на общую проблему. Деликтная ответственность выполняет по крайней мере две разные функции. Одна — сдерживать от совершения действий, которые причиняют вред другим. Вторая — возместить убытки жертв, чтобы их застраховать. Нет оснований для того, чтобы ожидать, что оптимальная выплата убытков

в целях удержания от совершения вредоносных действий будет равна оптимальной выплате убытков в целях страхования.

Снова рассмотрим нашу гипотетическую жертву. При данных альтернативах она не станет страховать свою жизнь, поскольку деньги ей нужнее, пока она жива, а не когда умрет. Тот факт, что ее оптимальная страховка равна нулю, не означает, что, если кто-то ее убьет, он не причинит ей никаких убытков.

Такая формулировка вопроса сама подсказывает решение. Потенциальная жертва, не нуждающаяся в страховании жизни, переводит выплату компенсации за ущерб из будущего, в котором она взорвется, в будущее, в котором она жива и пользуется деньгами в свое удовольствие. В нашем обществе есть очень большая сфера бизнеса по переводу денег из одного будущего в другое — страховая. Покупая страховой полис от пожара, вы отказываетесь от денег в будущем, в котором ваш дом не сгорел, ради того, чтобы получить деньги в будущем, в котором он сгорел, тем самым переводя богатство из одного будущего в другое.

Потенциальная жертва, для которой присуждение убытков с лихвой компенсирует ее ущерб, решает проблему не путем покупки, а путем продажи страховки. Теперь в обмен на фиксированную выплату она передает страховой компании право получить возмещение убытков, если она погибнет в результате деликта. Если у нее есть один шанс из тысячи погибнуть по этой причине и получить миллион долларов возмещения и если для простоты мы не будем учитывать ее текущие расходы и предположим, что страховая компания покупает и продает страховой полис по его актуарной стоимости, компания выплатит потенциальной жертве тысячу долларов. Они купили для нее страхование жизни, но получат деньги по нему только в том случае, если ее смерть произойдет в результа-

те чьего-то деликта. Иначе говоря, они купили *требование из незавершенного деликта,* требование по деликту, который еще не произошел.

Такое сочетание институтов не только обеспечивает достаточное сдерживание потенциальных причинителей вреда. Если допустить, что мы можем с разумной точностью определить ценность жизни, оно также осуществляет выплату возмещения жертве, когда оно для нее ценнее всего. Если она хочет иметь деньги, если умрет, иными словами, если она хочет застраховать жизнь, тогда она получает возмещение убытков. Если она не хочет его получить именно тогда, она переводит деньги обратно в то время, когда они будут ей наиболее полезны.

Иллюзия полной информации и как сделать ее реальной

Представьте себе, как бы мы обходились с рисками в мире, в котором все риски известны. Каждый раз, когда вы создаете для кого-то риск, вы оказываетесь должны ему определенную сумму денег, которую он требует от вас в обмен на добровольное принятие этого риска. Это не только дало бы людям, чьи действия могут навредить остальным, правильные стимулы, но также позволило бы достичь *ex ante* номинальную цель деликтной ответственности (то есть возмещения убытков жертв за счет причинителей вреда) — цель, которая не может быть достигнута *ex post*, поскольку у нас нет способа предоставить адекватное возмещение за лишение жизни.

Теперь рассмотрим систему, описанную в предыдущем разделе, с одним дополнением: потенциальные причинители вреда покупают страховку от ответственности. Стоимость для меня рисков, которые я создаю для других, отражается в моей страховой премии, показывая в свою очередь оцен-

ку страховой компанией риска того, что им придется платить по страховому полису. Для вас издержки рисков, созданных другими, уравновешиваются теми деньгами, которые вы получите, продав право получить возмещение в случае вашей смерти. Это тот же самый результат, что и в предыдущем абзаце, за исключением того, что теперь мы находимся в мире, в котором риски могут быть оценены, но не могут быть известны наверняка, и в котором страховые компании обеспечивают рыночный механизм оценки соответствующих рисков.

Почему таких институтов не существует, почему нет рынка, на котором вы могли бы продать ваше будущее исковое требование в связи с потерей жизни по причине неумышленного причинения вреда? Есть два ответа. Первый, как я уже говорил ранее, состоит в том, что общее право традиционно не присуждает вам или вашим наследникам возмещение убытков за лишение жизни в соответствии с принципом, что ваше требование прекращает существование вместе с вами. В последние десятилетия этот порядок изменился, поскольку штаты стали принимать законы о признании основания иска действительным независимо от смерти стороны, которые позволяют вашим наследникам получить возмещение за вашу смерть. Хотя эти законы разрешают наследникам требовать возмещения за вашу боль и страдания, обычно они не допускают требований, основанных на ценности вашей жизни для вас; в результате они серьезным образом занижают реальные потери. Вторая причина, связанная с первой, в том, что общее право не рассматривает исковые требования по деликтам в качестве собственности, которая может быть переуступлена. Хотя вы в принципе можете продать страховой полис на вашу жизнь в соответствии с ограничениями режима регулирования в вашем штате, вы не можете продать ваше исковое требование в отношении возмещения будущих убытков.

Мы еще вернемся к этому вопросу в главах 18 и 19. В главе 18 я буду утверждать, что, если сделать требования по деликтам, включая требования по деликтам, которые еще не произошли, предметом купли-продажи, это поможет решить некоторые из проблем применения деликтного права вместо уголовного. В главе 19 я пишу о том, что неспособность общего права разрешать исковые требования, основанные на ценности жизни жертвы для нее самой (на том, что с недавних пор стали называть «гедонистическими убытками») или рассматривать требования по деликтам как собственность, свидетельствует против тезиса Познера об эффективности общего права.

Компенсация телесных повреждений

Мы рассматривали проблему компенсации людям потерю жизни, но подобные аргументы применимы и к менее тяжелым телесным повреждениям. Если кто-то ослеп или остался инвалидом в результате неумышленного причинения вреда, его положение ухудшилось по крайней мере в трех разных отношениях. Травма приводит к денежным потерям: счета за медицинские услуги, потерянный заработок и так далее. Она приводит и к нематериальным потерям: жить в инвалидном кресле не слишком весело. Наконец, травма сокращает ценность для потерпевшего дополнительных денег, по крайней мере когда оплачены медицинские счета и инвалидное кресло, поскольку многое из того, на что он раньше мог их потратить, стало ему недоступным.

Как могли бы мы измерить то, чего он лишился, чтобы подсчитать возмещение убытков, которое ему должен выплатить тот, кто несет ответственность за его травму? Один из способов — просто измерить денежные убытки: потерянный заработок, медицинские расходы и тому подобное. В зна-

чительной мере это традиционный подход общего права; его очевидное преимущество в том, что эти издержки проще всего измерить. Очевидный недостаток в том, что он может серьезно занизить общие издержки. Очень немногие из нас захотят отказаться от зрения или от ног в обмен на полное покрытие медицинских расходов плюс потерянный доход.

Логике деликтного права лучше соответствовал бы подход, который требовал бы от причинителя вреда предоставить полное возмещение потерпевшему, вернуть его в первоначальное состояние. Это означало бы выплату ему такого возмещения, зная о котором он уже не будет беспокоиться о том, произойдет несчастный случай или нет. Одна из практических проблем, которые с этим связаны, заключается в том, что травмы не только ухудшают положение людей, но также обесценивают деньги для них. Даже если бы было возможно ценой огромных выплат компенсировать жертве ее потерю, не самая удачная идея плодить утопающих в роскоши слепых миллиардеров, компенсирующих удовольствиями, которые можно купить за большие деньги, те утраченные удовольствия, которые за деньги не купишь.

Иной способ подойти к проблеме — отметить, что полное возмещение превышает то страховое покрытие, которое захотела бы приобрести потенциальная жертва. Чтобы понять это, представьте себе, что жертва сначала получает полное возмещение своих денежных убытков и поэтому может позволить себе потреблять те же вещи, которые потребляла бы, если бы травмы не было. Поскольку некоторые из этих вещей (например, цветной телевизор, если жертва ослепла) стали для нее бесполезны, она потратит часть своих денег на вещи, которые до несчастного случая не ценила. Положение жертвы стало хуже, потому что на тысячу долларов она покупает изысканные обеды в ресторане,

которые оценивает в тысячу единиц счастья, вместо того чтобы купить за те же деньги цветной телевизор, который оценивала бы в две тысячи единиц счастья, если бы не ослепла. Имея меньше возможностей потратить одну и ту же сумму денег, жертва получает меньше счастья за один доллар.

Если мы теперь присудим жертве более высокое возмещение, чтобы вернуть ей прежний уровень счастья, она будет тратить эти деньги на покупку вещей, которые считает еще менее стоящими, в результате чего последний доллар будет давать еще меньше счастья. Это менее радикальная причина того, почему вы не продадите свою жизнь за миллион долларов. Отсюда следует, что цена, по которой вы готовы продать свое зрение, высока, может быть, даже бесконечно высока.

Я уже предложил решение этой проблемы в более крайнем случае: присуждать возмещение убытков на основе того, что сама жертва приняла бы в обмен на риск. Поскольку такой подход может привести к чрезмерному возмещению с точки зрения страхования, разрешите потенциальным жертвам переводить часть будущего вознаграждения и получать его в здоровом состоянии путем предварительной продажи части возмещения убытков.

То же самое решение применимо и здесь. Оно подразумевает выплату возмещения, превышающего простую компенсацию за денежные издержки, так как, получив телесное повреждение и возмещение денежных убытков, жертва все равно оказывается в худшем положении, чем если бы травмы не было. Оно также подразумевает выплату возмещения, которое будет меньше полной компенсации, так как, позволяя жертве перевести часть денег и получить их, когда она еще здорова, мы увеличиваем для нее ценность компенсации. В результате, как и в первом случае, мы получаем полную компенсацию *ex ante*. *Ex post* положение потенциальных жертв, которые не получили телесных по-

вреждений, улучшается в результате возложенного на них риска; они получают деньги от продажи части требования о возмещении ущерба за несчастный случай, который не произошел. Положение реальных жертв становится в результате риска хуже.

Полагаю, что я решил загадку, с которой начал эту главу. Как адекватным образом возместить людям потерю жизни или здоровья? Ответ: *ex post* мы часто не можем и не должны этого делать. Но наша неспособность к возмещению *ex post* не означает, что жизнь имеет безграничную ценность, так же как не означает, что мы должны избегать любой деятельности, которая создавала бы смертельные риски для других людей, или любого действия, которое создает смертельную опасность для нас самих.

В обоих случаях вопрос заключается в том, компенсирует ли связанная с риском выгода его издержки. Мы просчитываем это неявно всякий раз, когда садимся за руль, едим мороженное или решаем завести ребенка. Мы могли бы заставить людей делать такие же подсчеты в случае рисков, которые они создают для других, если бы ввели ответственность *ex post*, которая была бы достаточной, чтобы компенсировать ущерб потенциальной жертве *ex ante*.

ИНТЕРМЕЦЦО.

Вкратце об американской правовой системе

Современный экономический анализ права возник в США несколько десятилетий назад; первый выпуск *Journal of Law and Economics*, первого журнала по экономике и праву, вышел в Чикаго в 1958 году. Поэтому, хотя эта теория достаточно значима для всех систем правовых норм во всех странах и во все времена, большая часть примеров ее применения, в том числе и в этой книге, взята из англо-американского права.

Глава 17 внесет изменения в эту практику путем применения идей, разработанных в предшествующих главах, к правовым институтам средневековой Исландии и Англии XVIII века, а также к частным нормам, существовавшим в сельских частях Калифорнии в XX веке. До этого мы будем рассматривать главным образом институты, при которых живет большинство из нас. Цель этой главы — предоставить краткие сведения об этих институтах, прежде чем мы перейдем к изучению системы правовых норм, выполнение которых они обеспечивают.

Откуда происходит право?

В американской юриспруденции наблюдается некоторое расхождение во мнениях, вызванное различием во взглядах на правильность и применимость решений английских

судов в деле *Райлэндс против Флетчера* (*Rylands v. Fletcher*, L. R. 3 H. L. 330).

(Энни Ли Тернер против нефтяной компании Биг-Лейка, *Annie Lee Turner et al. v. Big Lake Oil Company et al.*)

1936 год. Верховный суд Техаса должен вынести решение о том, должна ли нефтяная компания Биг-Лейка выплачивать компенсацию Энни Ли Тернер и ее соседям за ущерб, нанесенный их имуществу по причине утечки загрязненной воды из водохранилища компании, а если должна, то какую. Основной вопрос заключается в том, несет ли компания ответственность, только если она не приняла необходимые меры предосторожности (небрежность), или же она автоматически несет ответственность за любой причиненный ущерб (строгая ответственность).

Чтобы ответить на этот вопрос, техасские судьи сначала обратились не к праву, выраженному в законодательных актах Техаса, а к решению суда в другой стране и в другом столетии: «Райландс против Флетчера», дело, решение по которому было вынесено комитетом британской палаты лордов в 1868 году. То дело также касалось утечки воды, и было вынесено решение о строгой ответственности. Техасский суд по причинам, к которым мы еще вернемся в главе 19, пришел к противоположному заключению, постановив, что компания Биг-Лейка несет ответственность при условии, что проявила небрежность. Чтобы обосновать свое решение, техасские судьи большую часть своего мнения посвятили объяснению своего несогласия с британской палатой лордов.

Естественно, напрашивается вопрос, почему это их так волновало. Англия никогда не управляла Техасом, и ее власть над американскими колониями закончилась почти за столетие до дела «Райландс против Флетчера». Законодательство Техаса не было подконтрольно британским законодателям.

Законы создаются не одними только законодателями. Как часть британской законодательной власти, палата лордов также назначает комитет «судебных лордов», судей, которые выполняют в Британии функции Верховного суда. Именно этот комитет вынес решение по делу «Райландс против Флетчера». Тем самым он оказался одновременно и судом, решающим исход конкретного дела (потребовав от Флетчера выплатить возмещение убытков Райландсу — вопрос, представляющий интерес только для них и их адвокатов), и экспертным органом, дающим толкование общего права Англии. В свете этой второй роли заключение, к которому пришел комитет, имело отношение, хотя и не определяющее, к решениям техасского суда, рассматривающего похожее дело, основанное на той же самой правовой системе. Английский судья выступает в качестве авторитета в американском деле в том же самом смысле, в каком английский ученый выступает в качестве авторитета в споре, ведущемся в его области американскими учеными. Он — эксперт, чье мнение имеет отношение к решению обсуждаемого вопроса факта.

В англо-американской правовой системе судьи создают законы наравне с законодателями. Среди прочего, они создают их, толкуя законодательные акты и конституции, устраняя неясности, восполняя пробелы. Согласно доктрине *stare decisis,* решения одного суда обычно, хотя и не всегда, являются обязательными для другого, поэтому решение по одному делу создает прецеденты, которые влияют на решения по будущим делам.

Но судьи не просто толкуют законы и конституции. Они также создают право постепенно, посредством длинного ряда решений, из ничего. Мнение Суда по делу «Тернер против нефтяной компании Биг-Лейка» ссылалось на один техасский законодательный акт, но только за тем, чтобы сказать, что «в свете Конституции, общего права и гражданского права Мексики...» он не имеет от-

ношения к делу. Решение было основано не на законодательных актах, а на прошлых делах, в Техасе и не только, чтобы показать, что американские суды, как правило, отказывались применять строгую ответственность, как это следовало из дела «Райландс против Флетчера».

Одно из потрясающих открытий, которые делают студенты школ права на первом курсе, — то, в какой степени законы создаются, изменяются и в некоторых случаях отменяются в дальнейшем самими судьями:

> Ответчик настоятельно требует, чтобы в случае, если эта неподсудность все-таки будет отменена, это сделал бы законодательный орган, а не этот суд. Мы вынуждены не согласиться с этим утверждением. Доктрина неподсудности школьного округа была создана этим судом. Установив, что эта доктрина в данном случае является неразумной и несправедливой, мы считаем, что у нас есть не только право, но и обязанность отменить эту неподсудность.
>
> (судья Клингбил в деле *Молитор против Школьного округа Кэйнлэнд*, Molitor v. Kaneland Community Unit District No. 302, 18 Ill. 2d 11, 22–26)

Структура судебной системы

Вас арестовали, судили и признали виновным в том, что вы играли на аккордеоне, не имея лицензии и тем самым нарушив закон штата в том виде, в котором он интерпретировался и расширительно толковался в ряде судебных решений. Поскольку вы имеете склонность к сутяжничеству, вы решаете подать апелляцию.

Первоначально вы выступали перед судьей и присяжными. В задачи судьи входило указать на подходящий закон, в задачи присяжных — определить факты, относящиеся к тому, нарушили вы этот за-

кон или нет. Если ваша апелляция будет принята на рассмотрение апелляционным судом, то это будет суд, состоящий из судьи или группы судей. Их задача — оценить работу судьи суда первой инстанции. Поскольку апелляционный суд интересует закон, а не факты, ни одна из сторон не вправе представлять дополнительные доказательства в отношении произошедшего, хотя обе они могут, если пожелают, представить дополнительные правовые аргументы.

Если апелляционный суд сочтет, что решения судьи по правовым вопросам были правильными, ваш обвинительные приговор останется в силе. Вы можете, если у вас есть на это средства, попытаться подать еще одну апелляцию, дойдя до Верховного суда штата, если он захочет принять дело на рассмотрение.

Предположим, что апелляционный суд постановил, что судья более низкой инстанции совершил правовую ошибку. Это не означает, что вас обязательно освободят; из того факта, что судья совершил ошибку, не следует, что вы невиновны. Как правило, суд высшей инстанции отправляет дело обратно в более низкую инстанцию для повторного рассмотрения, с необходимой поправкой к решению судьи. На этот раз вам придется представить доказательства, касающиеся качества вашей игры на аккордеоне, которые в первый раз были исключены на том основании, что не имеют отношения к делу. Только если правовая ошибка нижестоящего суда была столь значительной, что, как только она была исправлена, дело сразу развалилось, ваша победа в высшей инстанции может быть автоматически переведена в победу в низшей.

Чем выше суд, принимающий решение, тем более авторитетным станет этот прецедент в будущих делах. Если ваши доказательства согласился принять к рассмотрению верховный суд вашего штата, пользу из представления подобных доказательств на суде будут извлекать целые поколения будущих аккордеонистов.

Один из результатов такого устройства системы апелляции в том, что большинство решений, которые изучают студенты-юристы и адвокаты, принадлежит апелляционным судам, в особенности тем из них, которые находятся на вершине системы, поскольку их решения создают прецеденты, которые могут использоваться в прениях по будущим делам. Еще один результат: в школе права студенты знакомятся только с серединой истории, так никогда и не узнав, что же случилось в самом начале, — апелляционный суд полностью принимает на веру первоначальное установление факта по делу, сколь бы малоубедительным оно ни казалось, — или же в самом конце, когда дело отправляется на повторное рассмотрение. Когда-нибудь предприимчивый автор решит эту проблему, написав для любознательных студентов-юристов книгу о том, что же на самом деле произошло между истцом в «Бёрд против Холбрука», «юношей девятнадцати лет», и «служанкой женского пола», по поручению которой он погнался за сбежавшим павлином и вторгся в огороженный сад с тюльпанами Холбрука, где его подстрелили из пружинного ружья, и что с ними стало потом. Мы сможем наконец узнать, что именно из невероятного стечения обстоятельств, на которые ссылался истец в «Палсгрэф против железнодорожной компании Лонг-Айлэнда», в действительности имело место и продолжила ли миссис Палсгрэф заикаться после того, как проиграла дело. Эту книгу можно будет назвать «Что осталось за скобками».

До сих пор я ограничивался примерами судов одного штата. Если расширить картину, встает проблема того, какой суд обладает юрисдикцией и какое законодательство применяется в конкретном деле. Возьмите пример иска за нарушение договора, поданного корпорацией со штаб-квартирой в одном штате против корпорации со штаб-квартирой в другом в связи с событиями, происшедшими

в третьем штате, или иск об ответственности производителя, предъявленный владельцем автомашины, произведенной в Мичигане, проданной в Иллинойсе и разбившейся в Нью-Йорке.

Правило определения юрисдикции простое по своему принципу, хотя и не всегда простое на практике. Предположим, я — житель Калифорнии, а вы — Нью-Йорка. Поскольку это я подаю на вас в суд, я принимаю решение о том, в какой суд подать иск. Если я подаю на вас иск в суд штата Нью-Йорк, вашего родного штата, дело будет решаться нью-йоркской судебной системой. Если я попытаюсь подать на вас иск в Калифорнии, в моем родном штате, или если калифорнийский суд решит, что дело в достаточной мере связано с Калифорнией, чтобы я мог это сделать (и если сумма иска превышает 75 000 долларов), у вас появляется возможность перевести иск в федеральный суд. Федеральный суд, решающий спор о юрисдикции при несовпадении относящихся к ней правовых норм, затем разрешает дело по законам Калифорнии. Или же я могу начать с того, что подам на вас иск в федеральный суд Нью-Йорка.

Споры о юрисдикции при несовпадении относящихся к ней правовых норм — один из путей, по которым судебные споры попадают в федеральную систему. Еще один путь — апелляция, подаваемая в верховный суд штата, а оттуда в Верховный суд Соединенных Штатов на том основании, что дело касается вопросов федерального значения, — например, на основании заявлений о том, что закон штата расходится с федеральным законом или с федеральной конституцией. Третий путь — когда первоначальный спор затрагивает федеральное законодательство, а не законодательство штата — например, уголовное обвинение в нарушении федерального законодательства по борьбе с наркотиками или гражданский иск, в котором против работодателя выдвигаются обвинения в нарушении

федерального антидискриминационного законодательства. Четвертая возможность — ответчик в суде штата идет в федеральный суд и подает иск с требованием признать соответствующий закон штата недействительным на федеральных основаниях.

Суды на федеральном уровне устроены подобно судам на уровне штата. Дело попадает в систему либо как дело, по которому нет прецедентов, поэтому оно должно рассматриваться в федеральном суде, либо по апелляции в Верховный суд по приговору, уже вынесенному верховным судом штата. Апелляции по федеральному делу могут проходить через всю иерархию судов, сначала в федеральном окружном суде, а после этого — в Верховном суде. Окружной суд должен выносить решения по всем делам, представленным ему в порядке апелляции. Верховный суд — нет. Верховный суд отвергает гораздо больше дел, чем принимает на рассмотрение. Решения на любом уровне создают прецеденты для этого уровня и для нижестоящих уровней.

В федеральной системе есть множество округов, географических областей, каждая из которых имеет свою собственную систему апелляционных судов. Дело, рассматриваемое в окружном суде седьмого округа, будет решаться в соответствии с законодательством седьмого округа, что означает, что решения судов в этом округе, в особенности судов высшей инстанции, получат больший вес в качестве прецедентов, чем решения федеральных судей других округов. Одна из причин, по которой Верховный суд принимает дела к рассмотрению, — разрешение конфликта между законодательными актами разных округов: мнения Верховного суда, по крайней мере в теории, обязательны для всех. Похожая ситуация существует внутри судебной системы штатов, в которой разногласия в конечном счете тоже разрешаются верховном судом штата.

Вы уже, видимо, имели возможность удивиться тому, как мы можем иметь непротиворечивую пра-

вовую систему, верховенство законов, а не людей, если законы пишутся судьями, так что для широкого ряда вопросов закон будет таким, как скажет судья. Один из ответов дает система апелляции. Если решения отдельного судьи часто пересматриваются после апелляции, этот факт дойдет до сведения его коллег, которые решат, что этот судья некомпетентен, и станет известен адвокатам, которые будет выступать в его суде. Другие судьи откажутся следовать его прецедентам, адвокаты будут постоянно подавать апелляцию на его приговоры. Таким образом, судья, выносящий решения в соответствии со своими предпочтениями, а не с толкованиями правовых норм, установленных прецедентами, может подвергнуться значительным репутационным санкциям и обнаружит, что его решения имеют ограниченное влияние на конечный исход дел.

Очевидное исключение — федеральный Верховный суд, решения которого пересмотру не подлежат и могут быть пересмотрены только им самим в будущем. По моему опыту, чтение обоснований, которые члены Верховного суда дают своим решениям, может оказаться весьма тоскливым занятием, отчасти потому, что они написаны людьми, которые знают, что как бы ни были плохи их аргументы, их решение все равно вступит в силу:

> Федеральный судья может быть ленив, страдать нехваткой судебного темперамента, плохо обращаться со своими подчиненными, без причины ругать адвокатов, выступающих в его суде, получать выговоры за неэтичное поведение, быть на грани старческого маразма или даже впасть в него, его решения могут постоянно пересматриваться по причине элементарных правовых ошибок, он может годами держать у себя дела, решение по которым легко может быть вынесено в течение нескольких дней или недель, может сливать конфиденциальную информацию прессе, открыто преследовать политические цели

> и совершать другие проступки, за которые уволили бы штатного государственного служащего или университетского профессора,—он все равно сохранит свою должность. (Richard Posner, Chief Judge of the Seventh Circuit, Overcoming Law, p. 111)

Структура права

Если посмотреть с соответствующей точки зрения, например первого семестра в школе права, англо-американское право покажется запутанной мешаниной из законов и прецедентов, деликтов и уголовных преступлений, процедур и сути дела. Одна из целей этой книги — разобраться на более глубоком уровне в этой мешанине, разработать модели идей, в свете которых можно было бы понять это право. В этом разделе я попытаюсь решить более скромную задачу — разложить эту мешанину по более удобным стопкам, чтобы в последующих главах мы могли поочередно разобраться в каждой из них.

Первое большое разделение — это разделение на уголовное и гражданское право. В уголовном праве истцом выступает государство: типичное дело можно обозначить как «Штат против Фридмана». В гражданском праве истцом, как правило, выступает частное лицо, хотя государство время от времени может выставлять себя как частное лицо и делает это для того, чтобы выдвигать обвинения по делу в соответствии с гражданским, а не уголовным правом.

Одно из последствий этого различия в том, что штрафные санкции, взимаемые по уголовным делам, идут государству, тогда как выплаты возмещения по гражданским делам идут жертве, частному лицу, подавшему иск. Другое следствие в том, что только государство может снять обвинения по уголовному делу. Говоря юридическим языком, жертва не является стороной по делу, а только сви-

детелем. С другой стороны, гражданский иск может быть урегулирован во внесудебном порядке путем соглашения между частным истцом и частным ответчиком.

Другие различия между уголовным и гражданским правом будут обсуждаться более подробно в последующих главах, в особенности в главе 18, в которой разбирается вопрос, нужны ли нам обе системы, а если нужны, то почему. Одни из самых заметных различий — это то, что в уголовном праве применяются такие наказания, как тюремное заключение и смертная казнь, тогда как гражданское право полагается в основном на денежное возмещение убытков, и то, что в уголовном праве требуется более высокий критерий доказанности для признания виновным, доказательство «за пределами разумного сомнения», тогда как в гражданском законодательстве требуется только «наличие веских доказательств».

Внутри гражданского права есть свое деление, не всегда четко прописанное, на такие категории, как собственность, деликт и договор. Имущественное право занимается собственностью на вещи, в особенности, хотя и не исключительно, на землю и постройки на ней (они называются «недвижимым имуществом», то есть «реальной собственностью», из чего следует, что компьютер, на котором я пишу свою книгу, нереален, следовательно, книга не существует, следовательно, я могу свободно пойти домой и играть в компьютерные игры, вместо того чтобы дописывать эту главу). В имущественное право включен закон об интеллектуальной собственности: патенты, авторское право, торговые марки, коммерческая тайна и другие смежные области.

Деликтное право имеет дело с деликтами, буквально правонарушениями, действиями одного человека, которые неправоверно причинили ущерб другому человеку или его имуществу. Если вы по неосторожности сбили меня на своем автомобиле,

я подам против вас иск о возмещении убытков, иск по деликту. Если вы опубликуете отрицательную рецензию на эту книгу, я могу подать на вас в суд за клевету (и проиграть дело, даже если все сказанное вами будет неправильно, потому что четко установлено, что правила, запрещающие нападать на авторов, неприменимы к нападкам на их книги), это тоже будет иском по деликту. Грубо говоря, деликтное право можно рассматривать в качестве гражданского аналога уголовного, набора правовых норм, призванного создавать издержки для людей, совершающих действия, которые причиняют вред другим людям. Но в отличие от уголовного права, в деликтное право встроен принцип компенсации; предполагается, что причинитель вреда выплачивает своей жертве компенсацию, достаточную для того, чтобы «вернуть ее в первоначальное состояние» — сделать так, чтобы ее благосостояние было не меньше, чем в том случае, если бы неправомерного действия не было бы вообще.

Третья область гражданского права — это договорное право, правовые нормы, определяющие, в каких случаях договор был заключен, какие обязательства он накладывает на стороны и какие средства есть у одной стороны для предотвращения нарушения обязательств другой стороной.

Чтобы получить хотя бы приблизительное понимание этих категорий, полезно начать с вопроса о том, у кого есть какие права, что определяет, каковы они и почему. Договорное право — наиболее понятный случай. У меня есть право в отношении вас (и у вас в отношении меня), потому что мы подписали договор. Мы сами установили специфические правила этого договора в рамках ограничений, которые допускают более общие нормы договорного права, созданного судами и законодателями.

Самое главное отличие договорного права от права собственности в том, что право по договору действует только в отношении другой стороны,

тогда как право собственности действует в отношении неограниченного круга лиц; по закону я могу запретить вам нарушать мои владения или авторские права, не заключив с вами никакого первоначального соглашения. То же самое относится к деликтному праву; мое право на то, чтобы вы на меня не нападали или не оклеветали меня, также не требует согласия с вашей стороны. Но, если право собственности определяет набор прав, связанных с объектами (с метафорическими объектами в случае интеллектуальной собственности), которые принадлежат одному человеку и могут быть переданы другому, деликтное право озабочено прежде всего набором прав, связанных с человеком.

Договорное право и право собственности похожи друг на друга, хотя и по-разному: в обоих случаях то, какие именно права у вас есть, частично зависит от прошлых договоренностей. Но если права по договору создаются сторонами, заключающими его, из ничего, собственник имущества начинает с уже существующего пучка прав, установленного законодательством о собственности: права предотвращать нарушение его владений при помощи ограды, но не при помощи пехотных мин, права запрещать нарушителям заступать на его землю, но не права запрещать самолетам пролетать на высоте мили над нею. Эти права могут быть переданы кому-то другому, и в ограниченной степени пучок прав может быть разделен, например, когда собственник земли продает сервитут, позволяющий соседу проходить через его владения, а потом продает земли, на которые распространяется сервитут, другому лицу. Но сделки с имуществом не создают новых прав. Для их создания необходим договор.

Традиционные категории собственности, деликта и договора — удобный способ осмысления права, но отсюда не следует, что реальная тяжба может быть всегда четко подведена под одну из этих категорий. Важный вопрос в праве собственности: ка-

кие именно права предполагает право собственности? И он, среди прочего, дает о себе знать в исках по деликту, предъявляемых одним собственником другому в соответствии с законами о нарушении покоя. Нарушение договора при некоторых, хотя и не всех, обстоятельствах, является деликтом, и А, убеждающий В нарушить его договор с С, совершает гражданское правонарушение. Аренда — это одновременно договор между арендодателем и арендатором и передача имущественного права, права распоряжаться землей на протяжении определенного числа лет.

Правильно разложить вещи по стопкам — это полезный первый шаг в домашнем хозяйстве, а в моем случае он зачастую оказывается и последним. В случае правовых норм эти отдельные стопки оказываются существенно важны для тех, кто участвует в тяжбе. Деликт, договор и собственность имеют свои наборы правовых норм, различающихся между собой в целом ряде деталей. Вопрос о том, может ли конкретное нарушение договора считаться деликтом, определяет среди прочего то, что именно будет включено в убытки, возмещение которых вправе получить успешный истец.

Помимо этих больших категорий, есть дополнительные области права, которые либо не до конца попадают в какую-то из них (например, антимонопольное и регулирующее законодательство), либо создают фон для них, как, например, процессуальные нормы и правила юрисдикции.

Одно из последних различий имплицитно присутствует в первом разделе данной главы, это различие между видами права в зависимости от их происхождения. По этому критерию американское право делится на три основных класса: статутное право, право, создаваемое судьями, оно же общее право, и конституционное право.

Здесь тоже деление не всегда четкое. Законы, такие как авторское право, существуют для претворе-

ния в жизнь Конституции, поэтому судебные споры по ним касаются вопроса о том, что говорится в законе и что, согласно Конституции, такой закон должен делать или может не делать. Кроме того, ни законодательные акты, ни конституции сами себя не толкуют, поэтому и те и другие в тот момент, когда они применяются для решения конкретных дел, оказываются сильно нагружены решениями судей, которые толковали их в прошлом.

Одним из следствий этого становится то, что «общее право» превращается в довольно-таки неопределенный термин. В широком смысле оно описывает право, создаваемое судьями, в противовес праву, созданному в законодательном порядке и конституционному праву. Но совершенно неясно, где следует провести разделительную черту. Этот вопрос представляет для нас особый интерес, поскольку на экономический анализ права в том виде, в котором он получил развитие, огромное влияние оказала гипотеза судьи Познера о том, что именно общее, а не статутное право экономически эффективно. Чтобы проверить эту гипотезу, необходимо сначала понять, какое право является общим, а какое нет.

В этой книге мы смотрим на право с функциональной точки зрения: мы видим в системе правовых норм инструмент, предназначенный для определенной цели. Но правовые нормы — это еще и исторические факты, созданные в ходе долгой истории развития права. Даже если окажется, что большая часть структуры может быть объяснена функциональными причинами, мы также должны учитывать, что в эту систему могут быть включены правовые нормы, наличие которых может объясняться только исторической случайностью, если вообще оно может быть объяснено.

ГЛАВА 10

Мое, твое и наше: экономика права собственности

Собственность кажется такой простой идеей: вещи принадлежат людям, и собственник каждой из них следит за тем, как она используется. Как и многие другие простые вещи, она становится тем сложнее, чем больше вы о ней думаете.

В главе 5 мы рассматривали некоторые трудности и увидели, как в принципе можно установить эффективный пучок прав собственности. В этой главе мы расширим нашу аргументацию в двух направлениях: чем именно владеет собственник и почему одни вещи, имущество, находятся в собственности, а другие, общедоступные блага, нет.

Пучки прав: чем владеет собственник

Идея о том, что какая-то вещь принадлежит какому-то лицу, вполне ясна, если эта вещь — автомобиль или брюки. Она становится более запутанной, когда это участок земли. Какие права дает мне мое право собственности? Почти наверняка я могу заниматься на этой земле сельским хозяйством, что-то строить на ней или не подпускать нарушителей владений. Но могу ли я запретить самолетам летать над ней, шахтерам — рыть под ней, соседям — производить шум поблизости от моих владений? Если это моя земля, означает ли это, что я могу запретить радиостанциям вести трансляцию без моего разрешения на том основании,

что если я могу поймать сигнал, то, значит, радиоволны нарушают мои владения?

Я владею не тем, что называется землей, а пучком прав. Одни права почти всегда приходят в составе прав, связанных с определенным земельным участком, как, например, право ходить по нему и запрещать другим это делать. Других прав, связанных с землей, таких, например, как право запрещать вторгаться на этот участок на определенном расстоянии сверху или снизу, и право на то, чтобы почва оставалась на нем как есть, а не проваливалась бы в чью-то шахту, — в этом пакете может и не быть.

В главах 4 и 5 был описан в общих чертах экономический подход к разработке эффективных правовых норм. Он начинается с двух вопросов: кто ценит данное право наиболее высоко и, если мы можем со всей уверенностью ответить на этот вопрос, какое первоначальное определение прав максимально упрощает переход прав к тому человеку, для которого они могут оказаться наиболее ценными.

При составлении пучков прав прежде всего возникает вопрос: какие права подходят друг к другу? Если у меня есть право возделывать землю, право ходить по ней для меня ценнее, чем для кого-либо другого, поэтому оба эти права входят в один пучок. Поскольку трудно вырастить урожай, если другие люди топчут ваши поля, право не допускать в свои владения посторонних тоже, вероятно, входит в этот пучок. Но состав пучка частично зависит от того, как именно будет использоваться земля. Если выращивать лес, а не кукурузу, этот довод уже не столь очевиден. В некоторых правовых системах собственность на землю подразумевает лишь очень ограниченное право не допускать на нее посторонних.

С другой стороны, право запретить прохождение радиоволн через мои владения довольно бес-

полезно для меня. Если бы каждый собственник имел такое право, создание радиостанции требовало бы единодушного согласия всех собственников в диапазоне вещания станции, поэтому передача права от собственников лицу, для которого оно обладает наибольшей ценностью, оказалась бы непомерно затратной трансакцией. Логичнее иметь такие правовые нормы, в соответствии с которыми право на вещание на определенной частоте полностью отделено от владения землями, которые охватывает это вещание. Похожие доводы подсказывают, что право запрещать самолетам летать на высоте мили над моими владениями не будет иметь для меня особой ценности, а передача его тем, для кого оно особенно ценно, будет тогда слишком сложной. Это право тоже не попадает в наш пучок.

Более сложная проблема возникает, когда одно право связано с двумя разными, обычно расположенными по соседству участками земли. Право контролировать звуковые волны, проникающие в мои владения, запрещать вам громко включать музыку или запускать фейерверки в три часа утра, для меня, например, очень ценно. Но право контролировать звуковые волны, исходящие из ваших владений, создавать шум, который я могу услышать на своей земле, ценно для вас.

Та же самая проблема возникает, когда два владения являются смежными по вертикали, а не по горизонтали. В Пенсильвании, угольном штате, права на землю включают права трех разных уровней: право на владение поверхностью участка земли, право на владение полезными ископаемыми под данным участком земли и право на опору. Если мне принадлежит право на поверхность земли и на опору, а вам — право на полезные ископаемые, вы вправе добывать уголь под моей землей, но должны оставить достаточное количество грунта, чтобы он подпирал поверхностный слой.

Если мой дом провалится в вашу шахту, вы нарушили мои права. Если, с другой стороны, вы владеете и правом на полезные ископаемые, и правом на опору, я могу владеть поверхностью земли, но у меня нет никаких законных прав на то, чтобы ее что-то поддерживало. Право на опору имеет ценность и для владельца поверхности участка земли, который хочет, чтобы его дом на что-то опирался, и для владельца шахты, который хочет иметь возможность выработать весь уголь. Поэтому необходимо, чтобы закон разрешал трансакции между владельцами поверхности и владельцами прав на добычу полезных ископаемых, чтобы право на опору перешло к тому, для кого оно ценнее.

Та же самая проблема иногда возникает у соседей, чьи участки соседствуют по горизонтали. Если я выкопаю слишком глубокую яму на своем участке, ваша земля может начать в нее сползать. Согласно английскому общему праву, землевладелец имеет право на боковую опору, а это означает, что его сосед обязан продолжать обеспечивать ту опору, которую прилегающий участок получал бы в естественных условиях.

Такие конфликты являются предметом общего права о нарушении покоя, той области законодательства, которая вдохновляла Коуза. Анализ железных дорог и фермеров в главе 5 был наброском того, как в эффективной правовой системе могут решаться, по крайней мере в принципе, вопросы о том, кому принадлежат отдельные права из пучка прав и как может обеспечиваться их соблюдение. Мы вернемся к этой теме в главе 14.

В главе 5, обсудив правила собственности и правила ответственности как альтернативные подходы к защите прав собственности, я кратко упомянул еще одну альтернативу, решение вопроса о контроле собственности большинством голосов. Она оказалась распространенным, и, как считается, эффективным правилом для контроля использова-

ния текучих и летучих полезных ископаемых: нефти и газа.

Рассмотрим группу землевладельцев, сидящих на большом месторождении нефти. Если я пробурю скважину в моих владениях и начну выкачивать нефть, в конечном счете вся нефть будет принадлежать мне, поскольку по мере того, как нефть выкачивается из-под моего участка, на ее место приходит нефть, утекающая из-под вашего участка. (Надеюсь, что геологи, в том числе и моя жена, простят мне упрощенное изложение геологических фактов.) Моя скважина создает для вас внешний эффект в виде потерянной нефти; ваша скважина, если вы ее пробурите, создаст похожий внешний эффект для меня. В интересах каждого пробурить побольше скважин и побыстрее выкачать нефть, в результате чего всем нам будет хуже. Перед нами дилемма заключенного со множеством заключенных.

Одно из решений — объединение. В некоторых штатах достаточное большинство (зачастую требуется две трети голосов) землевладельцев на таком месторождении может проголосовать за объединение месторождения. Это превращает нефть из частной собственности того, кто владеет землей непосредственно над ней, в совместную собственность всех землевладельцев. В этом случае землевладельцы должны договориться между собой о том, как лучше выкачать нефть и разделить соответствующий доход. Конфликты интересов между землевладельцами уменьшаются благодаря правовым нормам, требующим равного подхода к каждому; большинство не может просто проголосовать за то, чтобы выкачать всю нефть и распределить полученный доход между собственниками. Похожие правила запрещают большинству акционеров корпорации переводить на себя активы компании в ущерб интересам миноритарных акционеров.

Во всех этих случаях правовые нормы можно рассматривать как способ определения прав и их

соединения в пучки для достижения наиболее эффективного из возможных результатов. Объясняет ли этот подход те права, которые у нас есть, и дает ли он основания для того, чтобы иметь другие права, не очень ясно. Коуз пришел к выводу, что в случае общего права о нарушении покоя факты подсказывают, что судьи, по крайней мере, пытались создать более или менее эффективные нормы.

Собственность в сравнении с общим доступом

Для неэкономиста первый и наиболее очевидный вопрос в связи с частной собственностью: зачем нам этот дурацкий институт? Почему бы не забыть об эгоистических понятиях «твое» и «мое» и не позволить каждому пользоваться всем, когда ему это потребуется?

Это не работает по двум причинам. Первая в том, что вы и я не можем одновременно вести одну и ту же машину в разные места, равно как я не могу далеко уехать на своей машине, если после того, как вы ездили на ней в прошлый раз, бензобак остался пустым, а одна шина оказалась спущена. Мы должны найти какой-то способ решить, кто, чем и когда пользуется, желательно такой, чтобы человек, для которого что-то имеет наибольшую ценность, получал это. Частная собственность и обмен решают эту проблему по причинам, вкратце описанным в главе 2. Если использование моей собственности для вас ценнее, чем для меня, вы охотно предложите цену, на которую я соглашусь.

Вторая причина состоит в том, что большинство вещей, с которыми мы обращаемся как с частной собственностью, — это вещи, которые кто-то должен изготовить, а это связано с определенными затратами. Если изготовление вещей позволяет вам

ими владеть, это объясняет, почему вы их производите. Это создает не просто стимул, а правильный стимул. Вы изготовите какую-то вещь тогда и только тогда, когда ее ценность для того, кто ценит ее выше всего, будь то вы сами или кто-то, кому вы собираетесь ее продать, по крайней мере равна тем затратам, которые влечет ее изготовление. Это эффективное правило.

Для неэкономиста загадка в том, как вообще что-то может быть частной собственностью. Для экономиста она в том, как что-то может ею не быть. Раз найдено превосходное решение проблемы производства и распределения благ, почему бы не применить его повсеместно?

Если вы думаете, что ответ в том, что нам следует это сделать, рассмотрим распространение действия закона об интеллектуальной собственности на английский язык. Слова становятся частной собственностью, каждое из них принадлежит первому, кто его употребил, или его наследнику. Прежде чем начать говорить, вы должны получить лицензию на право пользоваться каждым словом.

У приватизации языка могут быть некоторые преимущества. Владелец слова может помешать слишком частому употреблению этого слова, практически лишающего его смысла, как это случилось с «мило» или «ужасно». Что еще важнее, такая приватизация создаст стимулы для производства неологизмов. В английском языке катастрофически не хватает гендерно-нейтральных местоимений, из-за чего нам приходится выбирать между "he-she-or-it" или неправильным употреблением "they", производя на свет такие грамматически неправильные и варварские фразы, как «этот полис покрывает клиента, даже если завтра они скоропостижно скончаются от инфаркта». Если первый человек, который придумал и сделал популярным благозвучный и интуитивно понятный набор гендерно-нейтральных местоимений, смог бы полу-

чить лицензионные сборы со всех, кто ими пользуется, проблема, возможно, была бы решена.

У приватизации языка есть свои достоинства, но есть также и существенные недостатки. Трансакционные издержки письма или речи в мире приватизированных слов были бы крайне высоки. Я подозреваю, что они значительно перевесили бы любое преимущество, связанное с ускоренными языковыми нововведениями. Это был бы очень молчаливый мир.

Аргумент не ограничивается интеллектуальной собственностью. Рассмотрим права собственности среди первобытных народов. У одних есть частная собственность на землю, у других ее нет. Почему?

Хочется ответить, что те, у кого нет частной собственности на землю, слишком первобытные, чтобы додуматься до этой идеи. Но это неправильный ответ, потому что у некоторых частная собственность на землю есть только часть года. Они знакомы с этим понятием и практикуют его, но не круглый год.

Скорее всего, следовало бы начать с того, что, поскольку первобытные народы, вероятно, лучше нас разбираются в условиях своей жизни, их правовые нормы могут быть вполне эффективными в их обстоятельствах. Возьмем землю, которая одну часть года используется для сельскохозяйственных целей, а другую — для охоты на крупных животных. Частная собственность очень полезна для сельского хозяйства, потому что бессмысленно засевать и пропалывать землю, если другие люди вправе собирать с нее урожай и съедать его. В свою очередь, частная собственность на землю, на которой охотятся, означает, что придется останавливаться у каждой границы и спрашивать разрешения на проход, в то время как ваша добыча исчезает вдали. Разумным было бы правило, по которому животное, на которое вы охотитесь, было бы частной собственностью и принадлежало бы охотнику,

который первым его обнаружил, а земля, на которой за ним идет охота, была бы общедоступной собственностью. Если охотники зависят от остального сообщества, которое сообщает им о дичи, в это правило можно внести эффективные поправки, включив в него право других на долю в добыче.

В качестве менее экзотического примера земли в совместном владении возьмите различные виды совместного владения, совместной долевой собственности, неразделенного совладения имуществом мужем и женой и права пожизненного владения с переходом прав к первоначальному владельцу, с которыми студенты-юристы часто сталкиваются при изучении права собственности. Все они ставят обычную проблему совместного владения, риск того, что каждая из сторон, решая, как использовать землю, не примет во внимание интересы другой стороны. Правовые доктрины, например закон о порче имущества, который запрещает пожизненному арендатору изменять собственность, если это ущемляет интересы лица, которому эта собственность будет возвращена, развивались именно в качестве попытки общего права справиться с этой проблемой.

Более свежий пример общедоступной собственности — информация в интернете. Хотя некоторые поставщики информации решают взимать плату за нее, многие другие, включая меня самого, намеренно предоставляют ее бесплатно всем желающим. А стандартная процедура пересылки электронного письма с компьютера A на компьютер G через промежуточные компьютеры B-F не предполагает взимания платы владельцами промежуточных машин с владельцев машин, чью почту они передают.

Взимание платы за онлайн-информацию, хотя и возможно, но затратно, поэтому этим занимаются порносайты, а большинство из нас нет. Вместо этого мы полагаемся на косвенные способы получения платы за информацию, которую отдаем на рекламу в случае коммерческих сайтов, на удовольствие, ко-

торое мы получаем от распространения наших идей и размещения фотографий нас самих и наших детей, в случае сайтов некоммерческих. Это работает, потому что стоимость распространения информации в расчете на одного пользователя достаточно невелика, чтобы ее можно было покрыть такими косвенными методами. Взимание платы за передачу пакетов информации, в которые превращается электронное письмо, уходя с компьютера-хоста, потребовало бы огромного количества крошечных выплат, на настоящей момент неразумно дорогой процедуры (хотя ситуация, возможно, меняется). Вместо этого основная норма для компьютера-хоста: «Я буду передавать ваши пакеты, если вы будете передавать мои».

Есть множество примеров фирм, регулярно отдающих вещи даром. Ресторан, работающий по принципу «съешь, сколько сможешь», берет плату только за вход, но, коль скоро вы вошли, дополнительная еда будет бесплатной. Многие интернет-провайдеры придерживаются той же политики — фиксированная ежемесячная плата за безлимитную услугу. Неважно, можем ли мы объяснить простым невежеством неспособность первобытных народов поддерживать права собственности на землю, ценовую политику крупнейших интернет-провайдеров мы подобным образом объяснить не можем. Более правдоподобное объяснение: такие фирмы компенсируют неэффективность, связанную с чрезмерным использованием, то есть ту дополнительную порцию, которая обойдется вам в 10 центов, но ресторану стоила 20 центов, экономией на расходах на ограничение и отслеживание использования.

Эти примеры указывают на одну из причин, по которой частная собственность порой оказывается бесполезной: трансакционные издержки ее передачи от одного человека другому. Это очевидное объяснение того, почему мы не хотим, чтобы слова английского языка были в частной соб-

ственности. Вторая причина — затраты и трудности определения и официального признания границ. И тут я подхожу к истории о плавучем острове.

Плавучий остров

Остров Стэк на реке Миссисипи находился в чьей-то собственности. За много лет река размыла оконечность острова, расположенную вверху по течению, и нанесла осадок с той стороны острова, которая находилась ниже, в результате чего остров Стэк постепенно переместился вниз по течению.

На некотором расстоянии вниз по течению от острова западный берег реки принадлежал кому-то другому, вместе со всеми островами в этой части реки к востоку от его владений. Прошло много времени, и остров Стэк стал одним из этих островов. Кому он принадлежит?

Возникшее в результате дело было решено исходя из противопоставленного владения (adverse possession): суд, постановив, что владелец прибрежной земли слишком затянул с предъявлением своих прав, уклонился от необходимости высказываться по вопросу о том, были ли вообще у него какие-либо права. В этом деле мне нравится то, что оно проясняет одну из несформулированных презумпций права собственности: границы остаются там, где их установили, позволяя нам однозначным образом определить, чем именно мы владеем. Права собственности, оказавшиеся спорными в этом деле, были определены самым четким и разумным образом до тех пор, пока острова оставались на месте. В мире, где остров Стэк был бы нормой, а не исключением, где физические границы, определяющие права собственности, сдвигались бы неожиданным и неопределенным образом, определение этих границ и разрешение соответствующих судебных споров могло бы создать значительные издержки для поддержания системы частной собственности.

Рассмотрим следующее описание земельного законодательства в Судане:

> Вам не понять судебные тяжбы по поводу земель на Ниле, если вы не знаете, как ведет себя река. Когда вода в ней поднимается и опускается в ходе годового цикла, плодородная земля на берегу реки становится пахотной на семь-восемь месяцев, затем исчезает под водой. В один год отдельный участок земли может так и не появиться из-под воды, и собственник теряет свою землю. Через пять лет земля появляется в том же самом месте. Имеет ли прежний собственник на нее права? Если он уже умер, кому принадлежат права на землю? Может быть, остров исчез во время наводнения. Затем он снова появляется через четверть мили вниз по реке в слегка измененном виде. Принадлежит ли новый остров владельцу прежнего острова?.. Кроме того, берега Нила постоянно движутся туда-сюда, и, согласно обычаю, принятому в большинстве мест, по мере того как берег сдвигается, сдвигаются и прибрежные земли. У всех собственность сдвигается вместе с рекой. Даже люди, чьи земли лежат в стороне от воды, оказываются затронутыми этим процессом, когда река поворачивает в их сторону. Владения вблизи реки и вдали от нее движутся, как соединенные вместе фрагменты кольчуги, сообразно непредсказуемому движению воды. (McPhee J. A Roomful of Hovings. P. 162–63, частично цитируя: Carroll W. Brewster)

Мы вернемся к этой теме в следующей главе. В праве, занимающемся недвижимостью, нечеткие границы — исключение. В патентном законодательстве, пытающемся очертить границы вокруг идей, они норма.

Почему мы обязаны цивилизацией собакам

Десять или одиннадцать тысяч лет до нашей эры. Вы — член первобытного племени, которое сообща обрабатывает землю. Совместная обработка зем-

ли создает проблемы: вы тратите на слежку друг за другом и на споры о том, кто как выполняет свою часть работы, почти столько же времени, сколько на то, чтобы скрести заостренными палками землю и выпалывать сорняки.

Ваше племя первобытное, но не глупое (глупые люди в таких условиях не выживают), и некоторые из вас сообразили, что проблема исчезнет, если превратить общую землю в частную собственность. Каждый будет возделывать свой собственный участок; если ваш сосед решит не слишком себя утруждать, голодными останутся он и его дети, а не вы со своими детьми.

У этого решения есть одна проблема, на которую вы обратили внимание, когда соседнее племя несколько лет назад попробовало внедрить его. Частная собственность сама себя не охраняет. Кто-то должен следить за тем, чтобы ваш нерадивый сосед не решил проблемы дефицита еды за ваш счет. Вместо того чтобы целыми днями следить за тем, насколько усердно ваши соплеменники собирают урожай с общей земли, вам теперь придется ночи напролет следить за тем, чтобы они не стали усердно собирать урожай с ваших полей. С учетом всего этого вы приходите к выводу, что совместная обработка земли — не самое плохое решение.

Сельскохозяйственные земли продолжают оставаться общедоступной собственностью еще тысячу лет, пока кто-то не совершает радикальный технологический прорыв — одомашнивание собаки. Собаки как территориальные животные могут научиться считать владения своего хозяина своей территорией и соответствующим образом реагировать на нарушителей. Теперь вы можете сделать сельскохозяйственные земли частной собственностью и спать спокойно. Считайте это бионической охранной сигнализацией.

Я не помню, кто впервые предложил подобное объяснение происхождения частной собственно-

сти на землю, и я недостаточно хорошо разбираюсь в антропологии или истории первобытного общества, чтобы судить, насколько эта теория достоверна. Но *si non e' vero, e' ben trovato* — может быть, это и неверно, но хорошо придумано. Как история о плавучем острове представляет в удобной символической форме проблему установления границ, так и история о бионической охранной сигнализации о том, почему мы обязаны решающим шагом в развитии нашей цивилизации собакам, отображает в символической форме проблему защиты этих границ и тот факт, что если их защита влечет за собой слишком большие издержки, возможно, не стоит ею заниматься. Мы снова обратимся к этой теме в следующей главе, где посмотрим, как изменения в технологии копирования перенесли нас из мира, в котором издатели успешно обеспечивали охрану прав, которых с юридической точки зрения у них не было, в мир, в котором они не в состоянии обеспечить права, которые с юридической точки зрения у них есть.

Самая дорогостоящая ошибка американского правительства?

До сих пор мы обсуждали проблемы, связанные с определением собственности и защитой прав собственности. Дополнительные проблемы возникают с первоначальным созданием прав собственности, процессом, определяющим, кто и чем владеет.

Как и многое из того, что мы будем обсуждать, стимулы к приобретению прав собственности иногда представляют собой «баг», а иногда — «фичу». В случае вещей, которые создаются человеческими руками, это «фича»: тот факт, что вы получаете в собственность автомобиль, который собрали, создает для людей стимул собирать автомобили.

С другой стороны, в случае земли, большая часть которой не создается человеческими усилиями, сти-

мулы, связанные с установлением прав собственности, имеют менее привлекательные последствия. Рассмотрим экономические последствия получения бесплатной земли поселенцами, механизм, при помощи которого значительная часть Соединенных Штатов стала частной собственностью. В соответствии с Законом о гомстедах 1862 года поселенец получал в собственность земельный участок размером 160 акров, если возделывал его в течение установленного количества лет и выполнял ряд других требований, например требование об успешном выращивании на нем фруктовых деревьев.

1862 год. Участок земли, который мы рассматриваем, находится вдали от поселений, слишком далеко от железных дорог, продовольственных магазинов и других людей, чтобы его возделывание приносило прибыль. Время идет, происходит заселение земель, и ситуация начинает меняться. Эффективным правилом было бы начать возделывать землю в первый же год, когда это становится выгодным, например в 1890 году.

Но если вы решите получить бесплатно землю в 1890 году, вас ждет неприятный сюрприз: ее уже кто-то занял. Получение бесплатного участка, который стало выгодно возделывать, — это заманчивое предложение, поскольку при этом вы не только заработаете деньги, но также приобретете в конечном счете ценное недвижимое имущество. Когда ценные права отдаются даром, в желающих их получить нет недостатка. Если вам нужна земля, вам следует прибыть пораньше. Возделывая ее несколько лет себе в убыток, вы позднее приобретаете право возделывать ее с выгодой.

Насколько рано вы должны прийти? Для простоты предположим, что стоимость земли в 1890 году составляет 20 тысяч долларов, что представляет собой текущую стоимость той выгоды, которая может быть получена от возделывания этой земли, начиная с этого момента. Далее предположим, что убыт-

ки от возделывания земли до этого момента составят тысячу долларов в год. Если вы попытаетесь обосноваться на этом участке в 1880 году, вы снова обнаружите, что земля уже занята. Некто, поселившийся на ней в 1880 году, несет убытки в размере 10 тысяч долларов ради получения выгоды в размере 20 тысяч долларов за недвижимое имущество — это, конечно, не то же самое, что получить землю бесплатно, но все равно достаточно заманчивая сделка. Следуя логике этих рассуждений, мы придем к выводу, что права на землю необходимо предъявлять приблизительно в 1870 году, достаточно рано, чтобы убытки первых лет равнялись последующей выгоде. Отсюда следует, что Закон о гомстедах привел к тому, что большая часть ценности земельных угодий в США была уничтожена издержками их возделывания.

Если это обсуждение кажется вам знакомым, вы совершенно правы. Логика получения бесплатных участков та же самая, что и логика кражи, которая обсуждалась в главе 3. Оба они — примеры поиска ренты. Вор тратит время и ресурсы ради того, чтобы в конечном счете ваш телевизор оказался у него, а не у вас. Поселенец тратит ресурсы ради того, чтобы определенный земельный надел оказался в его собственности, а не в собственности будущего возможного претендента. В обоих случаях действующие лица конкурируют друг с другом за то, чтобы получить нечто ценное, что уже существует, и в процессе этой конкуренции расходуют ресурсы, приблизительно равные стоимости того, что они получают.

И в том и в другом случае полный анализ был бы немного более сложным. У одних людей лучше, чем у других, удается обосноваться на земле, точно так же, как одни оказываются более искусными ворами, чем другие. В равновесии предельный поселенец или предельный вор просто покрывают свои расходы. Особенно одаренный поселенец или вор

получает выгоду. Отсюда следует, что бесплатное наделение землей уничтожает не всю стоимость земельных угодий, а только значительную ее часть.

Возможно, и не ошибка — в защиту бесплатного наделения землей

Джерри Андерсен и П. Дж. Хилл, экономисты, статью которых я здесь вкратце изложил, пришли к выводу, что государству следовало бы продать земельные угодья с аукциона. Тогда расходы поселенцев, направленные на извлечение ренты, пошли бы на оплату государственных расходов вместо того, чтобы быть впустую растраченными на занятие сельским хозяйством, которое совершенно не окупалось, и на попытки выращивать фруктовые деревья на территориях, предназначенных природой для прерий. Что они не объяснили, так это то, почему государство, которому принадлежали земли и которому всегда есть, на что потратить деньги, и тогда, и сейчас, этого не сделало.

Ответ в том, что оно пыталось. Вскоре после Революции были многократные попытки как федерального правительства, так и правительств штатов собрать деньги за счет продажи с аукциона земель, находящихся в государственной собственности. Но была одна проблема.

Федеральное правительство объявляет, что отдельная территория вот-вот должна быть выставлена на земельный аукцион, который будет проводиться на месте, чтобы покупатели могли осмотреть земельные участки, которые собираются купить. Вы, как представитель бостонского синдиката по сделкам с недвижимостью, устремляетесь на Дикий Запад, в район современного Огайо, чтобы купить землю.

К своему удивлению, вы обнаруживаете, что, хотя на землях пока еще не разрешается селиться, они уже заняты. Большинство людей на аукционе,

проходящем в 90 милях от какой-то дыры, — скваттеры, незаконные поселенцы, участвующие в аукционе на землю, которую они уже возделывают, крутые парни с фронтира, с ножом за голенищем сапог и кремневым ружьем у стены. Они ясно дают вам понять: что бы там ни происходило на востоке, здесь не принято делать ставки против поселенца на «его землю», — а дальше догадайтесь сами, что будет с вами, если вы все-таки это сделаете. Каждый из поселенцев в итоге покупает 160 акров земли, лучшей земли, какую он мог найти, когда прибыл несколько лет назад и начал обживаться, по минимальной аукционной цене, потому что никто не будет пытаться перебивать цену на «его» землю. Вам остаются только те земли, которые никому не нужны.

Порой процесс был еще проще. Как только земли должны были стать доступными для заселения, люди, которые на них уже обосновались, подавали в Конгресс петицию о том, что как отважные переселенцы они имеют право на льготные условия. Государство может получать доходы, продавая с аукциона другие земли другим людям, но они имели право купить землю, на которой они уже поселись, по минимальной допустимой цене. Очень часто это срабатывало. Поселенцы, даже незаконные, — тоже избиратели.

Эти несколько стилизованные примеры из реальной истории подсказывают, что формальная продажа земли часто на практике превращается в бесплатное наделение землей, вот почему, возможно, государство отказалось от этой практики и в конце концов узаконило бесплатное получение земли поселенцами.

И в качестве заключительного аккорда в защиту самовольного заселения земель — вполне возможно, что скваттеры были правы, а экономисты ошибались. В конце концов, скваттеры и в самом деле были отважными переселенцами. То, что они заселяли новые земли, помогло утвердить притязания

Соединенных Штатов на землю в борьбе как с коренным населением, так и другими государствами на севере и на юге. Заселение земель можно защитить на том основании, что удовлетворить притязания поселенца на землю — то же самое, что удовлетворить притязания автомобильной компании на машины, которые она производит, то есть создать полезный стимул — не создавать землю, а выходить на ее защиту. С точки зрения государства, раздававшего землю, заселение было продуктивной деятельностью. С более широкой точки зрения, которая учитывает при подсчете экономической эффективности интересы канадцев, мексиканцев и американских индейцев, это все равно был широкомасштабный поиск ренты.

Независимо от того, насколько убедительна эта защита того, что произошло, логика неэффективного заселения, история Хилла и Андерсена о том, как государство уничтожило ценность общественных земель, дает еще одно объяснение тому, почему приватизация — не всегда хорошая идея. Мы вернемся к этой теме в следующей главе, где будем рассматривать закон об интеллектуальной собственности как способ приватизации интеллектуальной собственности, которая до этого никому не принадлежала, и посмотрим, при каких обстоятельствах результатом ее окажется неэффективный поиск ренты.

С другой стороны: польза от собственности

До сих пор мы рассматривали издержки превращения чего-то в собственность, проблемы определения, охраны и трансакций с правами собственности. Окупаются эти издержки или нет, зависит от того, насколько велики выгоды от стимулов к эффективному производству и размещению благ, создаваемых частной собственностью.

Предположим, вы считаете, что романов будет написано много, даже в отсутствие авторского пра-

ва. Великие писатели, можете сказать вы, писали не ради денег, а ради славы или из любви к искусству. В доказательство вы можете указать на то, что большая часть великой литературы, включая Гомера, Данте и Шекспира, была написана до появления авторского права.

Если этот довод верен, то тогда стимул создавать собственность, чтобы ею владеть, не очень важен в случае литературы, что ослабляет аргументы в поддержку авторского права. Второе преимущество прав собственности — лучшее размещение существующих благ, а поскольку то, что я читаю роман, отнюдь не мешает вам тоже его читать, размещение благ в случае литературы тоже не проблема. Мы не можем одновременно вести одну и ту же машину в разных направлениях, но можем одновременно читать разные экземпляры одного и того же романа. А авторское право устанавливает права собственности именно на сам роман, на последовательность слов, а не на материальную книгу. Книга будет в частной собственности и без авторского права.

Если перевести этот аргумент на более технический язык, выгода от дополнительного стимула к производству зависит от эластичности предложения, от того, насколько чувствительно производимое количество реагирует на цену, которую производитель получает за свою продукцию. Если предложение очень неэластично, тогда стимулы не так важны, и без авторского права вы получаете почти столько же романов, сколько с ним. С другой стороны, если предложение очень эластично, за отменой авторского права последовало бы резкое сокращение предложения новой литературы.

Этот же самый аргумент применим и к спросу. Рассмотрим ресторан, работающий по принципу «съешь, сколько сможешь». Если в нем подается салат, тот факт, что дополнительные порции бесплатны, приведет лишь к незначительной неэффективности. Дополнительные порции обходятся

ресторану в 20 центов за штуку, но я за них ничего не плачу: их цена, заниженная на 20 центов, лишь слегка увеличивает количество съеденного мною. А мое дополнительное потребление неэффективно лишь в малой степени: в худшем случае я съем порцию салата, которая мне обойдется в один цент, а ресторану — в 20 центов, в результате чистая потеря эффективности составит 19 центов.

Сравните такой ресторан с суши-баром, работающим по тому же принципу «съешь, сколько сможешь», — по моему опыту, гораздо более необычным заведением. Приготовление суши требует высокой квалификации, потому порция суши стоит довольно дорого. Снижение цены, которую я плачу за дополнительную порцию, с трех долларов до нуля, приведет к тому, что я неэффективно объемся. А последнее суши, которое я съем, прежде чем смирюсь с ограниченными размерами моего желудка, будет представлять потерю эффективности в размере приблизительно 2,99 доллара.

Итак, принимая решение о том, чтобы установить на что-то частную собственность, вы должны рассмотреть две группы вопросов. Насколько велики будут издержки обращения с такими вещами, как с частной собственностью, а не с общедоступным благом, насколько легко будет определить границы, обеспечить соблюдение прав, заключать сделки? Насколько велики для такого рода благ выгоды от обращения с ними, как с собственностью? Насколько сильно производители и потребители реагируют на последствия нулевой цены, создающей неправильные стимулы?

Собственность реальная и нереальная

Любая собственность состоит из пучков прав в отношении вещей. Но земельная собственность, называемая в праве «*реальной собственностью*», имеет

одну особую характеристику — собственник вправе существенным образом менять права в пучке. Я могу продать моему соседу сервитут, например разрешение на проход через мои владения. Как только я это сделаю, сервитут перестает быть договором только между нами, но, как и другая собственность, становится правом, действующим в отношении неопределенного круга лиц. Если я продам кому-то свою собственность, для него сервитут тоже будет обязательным, даже если он никогда на него не соглашался и может даже не знать, что он существует. Такая особенность собственности помогает владельцам смежных участков координировать свои действия. Купив сервитут на проход по вашей земле, я могу построить новый дом, не беспокоясь о том, что будущий владелец может отозвать это разрешение, поставив меня в затруднительное положение.

С другой стороны, предположим, что я продаю вам автомобиль. Будучи членом крайне радикальной секты ортодоксального иудаизма, я полагаю, что не только я не должен работать в священный день отдохновения, но и мой автомобиль тоже. Поэтому одно из условий продажи, с которым вы соглашаетесь, — от захода солнца в пятницу до захода солнца в субботу на моей машине ездить нельзя.

Это условие — договор, исполнения которого я могу требовать от вас по суду. Но если вы продаете машину кому-то другому, я уже не могу подать на него в суд. Я бы мог сделать оговорку в первоначальном договоре, что вы можете продать машину только тому, кто примет это условие, но эта оговорка будет обязательной только для вас, а не для нового покупателя. Я могу подать против вас иск за нарушение договора, но не могу помешать новому покупателю ездить на машине по субботам.

Есть простая и ясная причина, почему недвижимая собственность отличается от всего остального. Владение землей контролируется при помощи

сложной системы регистрации, включая документы, подтверждающие право собственности, земельные кадастры и прочее. Ограничения, такие как сервитуты, следующие за недвижимостью, — часть этой системы, поэтому добросовестному покупателю будет о них известно. Добросовестный покупатель автомобиля будет знать, обременен ли он кредитами, потому что это обременение включено в систему регистрации прав, но это все, что ему будет известно. А добросовестному покупателю других благ будет известно и того меньше.

Если перевести тот же самый довод на язык предшествующей части этой главы, остров Стэк — исключение, а не правило. Чаще всего вокруг собственности легко провести границу. Легко не только обозначить физические границы участка земли, но благодаря системе регистрации также довольно просто определить границы пучка прав, который есть у владельца в отношении него, — границы, которые другие люди могут увидеть, если захотят. На практике это позволяет в значительной мере менять состав пучка прав. Аргумент в поддержку такого изменения подразумевается несколькими стрелками в диаграмме спагетти в главе 5. Разрешение испускать искры — это сервитут.

Собственность на другие вещи также действует в отношении неопределенного круга лиц, но только в единой для всех версии. Вы либо чем-то владеете, либо нет. Покупатель краденого имущества, как правило, не обладает безупречным правовым титулом, хотя бывают исключения. Но покупатель собственности, пользование которой обременено договором, например таким договором, который требует отказаться от поездок на этой собственности по субботам, имеет безупречный правовой титул. Титул собственности действует в отношении неопределенного круга лиц, обязательства по договору действуют только в отношении лица, подписавшего договор.

Если мы готовы разрешить изменение состава пучка прав собственности благодаря наличию системы регистрации, которая позволяет третьим лицам выяснить, что они приобретают, то из этого, в частности, следует, что возможность изменения пучка прав должна ограничиваться возможностью третьих лиц узнать о ней. Так примерно и происходит. Как правило, сервитут бывает обязательным для последующих покупателей, только если его наличие можно установить или, по крайней мере, предположить при осмотре земли или если его можно обнаружить, предусмотрительно изучив соответствующие регистрационные записи.

Сравнение норм и регулирования: доктрина «затрагивает и касается»

> Сервитут... недействителен, если ограничение неразумно. Разумность определяется сравнением пользы от ограничения с пагубными последствиями его принудительного исполнения.
>
> (Третий свод норм о собственности, Сервитуты, §3.4, 1991)

Права собственности могут быть собраны в новые пучки с целью создания прав, связанных с землей, которые будут действительны в отношении будущих владельцев. Такие права включают не только сервитуты, например право прохода через владение, но также лицензии, например право пользоваться землей — охотиться на ней или добывать полезные ископаемые. Они также включают договоренности, действующие в отношении земли, такие, например, как соглашение о том, что участки под жилищное строительство будут использовать-

ся только для жилья, но не в коммерческих целях, — это частный аналог постановлений о зонировании. Сложная система законодательных актов определяет, в каких обстоятельствах и против кого такие соглашения могут быть принудительно осуществлены.

Одна интересная особенность этой совокупности правовых норм в том, что, хотя детали могут варьироваться в зависимости от времени и юрисдикции, обычно будущим покупателям проще передать льготу, чем обременение. Предположим, я заключил с моим соседом имеющий исковую силу договор за печатью о том, что я не буду строить завод на моей земле рядом с его жилищем. Вероятность того, что, если я продам свою собственность, мой договор аннулируется, что лишит моего соседа возможности подать в суд на нового владельца, больше вероятности того, что он аннулируется, если он продаст свою собственность, лишив нового владельца возможности подать в суд на меня.

У этой закономерности есть экономическая причина. Право собирать новые пучки имеет смысл благодаря имеющейся у покупателей возможности выяснить, что они приобретают. Если вы продаете землю с закрепленной за ней льготой — правом заставить вашего соседа не совершать действия, которые бы обесценивали землю, — у вас есть все основания для того, чтобы рассказать об этом покупателю. Если же, с другой стороны, я продаю землю с закрепленным за ней обременением — обязательством не использовать землю для тех целей, в которых новый покупатель хотел бы ее использовать, — я заинтересован в том, чтобы не сообщать об этом покупателю. Поэтому правовые требования, определяющие, грубо говоря, насколько очевидным должно быть наличие договора за печатью, чтобы он стал юридически обязательным для нового владельца, носят более строгий характер при передаче обременений, чем при передаче льгот.

Второй вопрос, возникающий, когда мы собираем права на землю в новые пучки: что именно можно включить в этот пучок? Если нет вообще никаких ограничений, тогда можно собрать в пучок все права. Я должен всего лишь объединить мое владение машиной с владением участком земли, сделав все права, связанные с ними, частью одного общего пучка. Поскольку это пучок прав, связанный с недвижимостью, его состав можно изменить. Итак, я вынимаю из него право водить машину 6 дней в неделю и продаю его вам, оставляя у себя право ездить на ней (или не ездить) по субботам.

Общее право предупреждало попытки подобного жонглирования правами, требуя, чтобы любой договор за печатью, следовавший за землей, включал обременения или льготы, которые имели отношение к земле или касались ее. То, что вы водите по субботам машину, которую я вам продал, не имеет отношение к моей земле или не касается ее, поэтому это право не может следовать за нею.

А что, если я продал вам участок земли вместе с договором за печатью, по которому я соглашаюсь поставлять, а вы — покупать по фиксированной цене воду из моего колодца? Доступ к воде может иметь прямое отношение к стоимости вашей земли, поэтому ваше право ее получать касается земли, которую вы купили. Но если вы решили выкопать свой собственный колодец, следует ли мое право требовать, чтобы вы платили мне за воду, которую вы больше не хотите покупать, за вашей землей?

Современные суды в определенной степени отказались от этой доктрины в пользу правила, процитированного в начале этого раздела: договоры за печатью подлежат принудительному исполнению, только если они разумны. Грубо говоря, это означает, что они подлежат исполнению, если суд полагает, что они экономически эффективны и их соблюдение не может быть обеспечено иным способом.

В главе 4 я указал два разных способа, при помощи которых суд может решать вопрос о внешних эффектах. Он может решать в каждом деле, какая из сторон может устранить проблему с наименьшими издержками, и соответственно присуждать права в каждом конкретном деле, или же он может установить общие правила, направленные на то, чтобы разрешать проблемы наиболее эффективным образом. Тот же самый вопрос возникает и здесь. Старый подход использовал общее правило, доктрину «затрагивает и касается», чтобы определиться с тем, был ли договор за печатью просто договором между двумя сторонами, или же он был частью собственности на землю, и тем самым определить, может ли быть изменен пучок прав. Новый подход ближе к судебному определению в каждом конкретном деле желательности изменения пучка прав.

Одна из причин этого изменения, возможно, была в том, что норма, которую выработало общее право, не слишком хорошо выполняло функции нормы — она была слишком размытой, поэтому стороны сталкивались с высокой степенью неопределенности, пытаясь понять, будут ли суды требовать принудительного исполнения конкретных договоров за печатью. Посмотрим, будет ли новый подход работать лучше.

Дополнительная литература

Anderson T., Hill P. J. Privatizing the Commons: An Improvement? // Southern Economic Journal. 1983. Vol. 50. № 2. P. 438–50.

Источник моего обсуждения прав собственности у первобытных народов: *Bailey M.* The Approximate Optimality of Aboriginal Property Rights // Journal of Law and Economics. 1992. Vol. 35. P. 183.

ГЛАВА 11

Облака и колючая проволока: экономика интеллектуальной собственности

> Конгресс имеет право... содействовать развитию науки и полезных ремесел, закрепляя на ограниченный срок за авторами и изобретателями исключительные права на принадлежащие им сочинения и открытия.
>
> (Американская Конституция, статья 1, раздел 8)

В СТАТЬЕ Конституции, посвященной интеллектуальной собственности, упоминаются две категории подлежащих защите интеллектуальных творений: произведения и открытия. Там ничего не говорится о различиях в том, как должны защищаться эти два вида результатов мыслительной деятельности. Тем не менее американское законодательство, следуя за английским, предусматривает две совершенно разные системы защиты: авторское право для произведений, патентное право — для изобретений. В этой главе мы попытаемся разобраться в различиях в двух сводах законов и в принципах классификации различных видов интеллектуальных творений по категориям, пользуясь идеями, разработанными в главе 10. Первый шаг — краткий очерк авторского права, патентного права и различий между ними.

Авторское право: законодательство

> Там, где... оба главных героя наделены замечательной силой и скоростью; прячут свою силу, а также обле-

> гающее трико, под обычной одеждой; считаются защитниками угнетенных; сокрушают оружие; останавливают пули; прыгают со зданий.
>
> (Детектив Комикс Инк. против Брунс Пабликейшнс; *Detective Comics, Inc. v. Bruns Publications*)

Авторское право первоначально действовало только для сочинений, но позднее стало охватывать также компьютерные программы, картины, музыку и многое другое. Объектом контроля в нем становится право делать копии (и создавать производные произведения, например переводы). В связи с этим встает вопрос о том, какую именно характерную черту произведения запрещается копировать. На этот вопрос принято отвечать, что закон защищает способ выражения, а не идею. Если я скопирую главу из вашего романа, я нарушу ваше авторское право. Если же я скопирую сюжет, идею вашего романа, снабдив их своими собственными персонажами, происшествиями и фоном, ваше авторское право не будет нарушено. Патентное право, наоборот, защищает идею, а не способ выражения. Вы патентуете не конкретную машину, а набор идей, которые воплотились в этой машине и могут воплотиться в других машинах.

Различие между идеей и способом выражения при ближайшем рассмотрении размывается. Является ли супергерой, который видит сквозь стены, неуязвим для пуль и одним махом перепрыгивает с одного высотного здания на другое, *идеей*, выраженной в конкретном комиксе о Супермене, или *выражением* идеи о сверхчеловеке?

Данный вопрос решался в судах; Супермен выиграл иск о нарушении авторских прав против подражателя, который позаимствовал слишком много его особенностей. Этот вопрос остается нерешенным в новом и более важном контексте авторского права на компьютерные программы. Является ли

дерево меню Lotus 123, специфический набор команд, использовавшийся в таблицах, которые в течение нескольких лет использовались повсеместно, идеей, выраженной в форме конкретной программы, или способом выражения идеи использования ключевых команд для того, чтобы делать что-то с помощью электронных таблиц?

Этот правовой вопрос приобрел особую важность несколько лет назад, когда несколько компаний начали производить клоны Lotus 123. Их программы, написанные с нуля без копирования кода Lotus, по замыслу должны были работать как Lotus, используя те же самые команды в тех же самых паттернах, чтобы покупатели могли, не переучиваясь, переходить с одной программы на другую. Результаты длительных судебных тяжб оказались неоднозначными, одни суды поддержали одних, другие — других; одно решение, попавшее на рассмотрение в Верховный суд, было им подтверждено, но голоса членов суда разделились поровну: 4–4. Хотя ясно, что копирование чужого компьютерного кода или точного вида экранов, которые он производит, — это нарушение авторского права, неясно, в какой момент за пределами буквального копирования охраняемый способ выражения превращается в неохраняемую идею.

Одно из ограничений авторского права состоит в том, что оно относится только к способу выражения, а не к идее. Второе заключается в том, что оно применяется только к копиям, а не к самостоятельным произведениям, даже если они окажутся идентичными материалу, защищенному авторским правом. Если я самостоятельно напишу главу с тем же содержанием, что и ваша, и смогу это доказать, ваше авторское право не будет распространяться на мою главу.

Вероятность того, что два автора независимо друг от друга напишут идентичные главы, невелика. Но возьмем аналогичный случай в компьютер-

ном законодательстве. Для того чтобы клонировать IBM PC, чтобы сделать компьютеры, на которых одинаково работает одно и то же программное обеспечение, необходимо было произвести функциональные эквиваленты чипов ROM, встроенных в оригинал. Эти чипы содержали прошивки, биты компьютерного кода, которые использовались для различных базовых функций. Компьютерный код защищен авторским правом. Компании, разрабатывавшие чипы, позволявшие произвести клонирование, должны были найти какой-то способ воспроизвести функцию чипов, не копируя их.

Решение заключалось в том, чтобы создать две команды инженеров. Команда изучала чип IBM, читала встроенные в него компьютерные инструкции и выясняла, во всех мельчайших подробностях, что он делал. В результате был получен набор функциональных спецификаций: если вы поместите это число в это место памяти, произойдет то-то. Когда были получены полные спецификации, описывающие то, что инженеры считали полным набором функций чипа, они были переданы команде B.

Членам команды B, команде из «чистой комнаты», не разрешалось смотреть ни на оригинальные чипы, ни на код, который в них содержался. Они должны были написать код, который делал в точности то же самое, что код IBM, основываясь на спецификациях, полученных командой A, не видя и не копируя оригинал.

Если вы возьметесь тщательно продублировать функции множества коротких фрагментов компьютерного кода, включая точное местоположение в памяти, в котором числа должны размещаться или с которого они должны считываться, полученный вами код будет очень похож на оригинальный код. Он может даже оказаться идентичным ему. Но с точки зрения закона об авторском праве это неважно. Авторское право защищает только от копирования.

Очень маловероятно, что я смог бы написать точно такую же главу, как и вы; если мы хотим подождать, пока это произойдет по чистой случайности, нам придется запастись свечами, потому что солнце погаснет раньше. А если зто все-таки случайно произошло с чем-то более коротким, чем глава, это было бы очень трудно доказать. Для команды в «чистой комнате» вероятность того, что она в конце концов воссоздаст по спецификациям большие фрагменты исходного кода, гораздо выше, вот почему компания как следует позаботилась о том, чтобы иметь возможность доказать в суде, что созданное ими было создано самостоятельно, а не скопировано. Они копировали функцию кода, но функция — это идея, а не выражение, поэтому она не защищена авторским правом.

Независимое изобретение — это одна лазейка в законе. Другая — доктрина *scènes à faire*, согласно которой копирование способа выражения не является нарушением авторского права, если существует только один способ выразить идею или лишь очень небольшое число таких способов. Без этого авторское право на способ выражения неявно включало бы владение идеей.

Еще одна лазейка — доктрина добросовестного использования, которая порой позволяет воспроизводить защищенный авторским правом материал. Критерий — характер использования (некоммерческое использование и использование в образовательных целях хорошо, коммерческое — плохо), характер произведения, воспроизводимый фрагмент (чем меньше, тем лучше) и то, как это скажется на доходах правообладателя.

Как можно стать обладателем авторского права? Краткий ответ: вы получаете его, создав произведение, защищаемое авторским правом. Хотя в США есть специальный реестр авторских прав, а регистрация вашего произведения дает вам некоторую дополнительную защиту от нарушителей, произве-

дение необязательно регистрировать, чтобы получить защиту. Необязательно даже включать объявление об авторском праве.

Сколько действует авторское право? В Соединенных Штатах срок действия авторских прав был разным в разные годы, но тем не менее всегда длительным. В настоящее время он действует в течение жизни автора плюс еще 50 лет.

Итак, авторское право легко получить, у него долгий срок действия, оно очевидным образом применимо к буквальному копированию сочинений и множества других вещей и иногда применимо к не столь буквальному копированию.

Патенты: законодательство

Вопреки широко распространенному представлению, не существует такой вещи, как запатентованная машина. Патенты распространяются не на вещи, а на идеи. Для обращения за патентом вы должны детально изложить свои притязания, в точности объяснив, какие именно идеи, как вы считаете, вы изобрели, и описать лучший из известных вам способов использовать ваше изобретение на практике. Если вы изобрели электрический телеграф, вы описываете и идеи, и лучший из известных вам способов его применения — создание телеграфа.

Подать заявку на патент — это задача для изобретателя и для патентного адвоката. Отказать в патенте — задача патентного эксперта. От него зависит определение того, отвечает ли заявка критериям патентоспособности, является ли изобретение новым, неочевидным и полезным.

Новое означает, что идея до вас никому не приходила в голову, по крайней мере никому, кто ее опубликовал, или открыто применял изобретение на практике, или совершал какие-то другие дей-

ствия, из которых о нем можно было бы узнать. Неочевидное означает, что, если кто-то хотел бы сделать то же самое, что сделали вы, ему было бы недостаточно просто нанять компетентного инженера, кого-то «искусного в том же ремесле», и сказать ему, что делать. Требуется нечто большее, чем то, что традиционно и смутно представляют себе как вдохновение, проблеск гениальности и что карикатурно изображается в виде лампочки, загорающейся над головой.

Один из источников удовольствия от изучения права — это истории, и одна из моих самых любимых связана с определением «полезного» в XIX веке. Дело «Рикард против Дю Бон» возникло, когда Рикард получил патент, Дю Бон его нарушил, и Рикард подал в суд. Защищаясь, Дю Бон утверждал, что запатентованный процесс был бесполезен, поэтому патент недействителен.

Кажется несколько странным, что компания не поленилась нарушить патент на что-то, что делать не стоит. Это покажется еще более странным, если учесть определение «полезного» в патентном законодательстве XIX века. Суды утверждали, что если изобретение не приносило никому пользы, то и выдача патента на него не причиняла никакого вреда. Если изобретатель считал, что оно полезно, а патентный эксперт так не считал, то изобретатель мог свободно тратить свои деньги на получение патента. Чтобы изобретение было признано непатентоспособным, оно должно было быть не просто бесполезным, а безусловно вредным. Как заявил судья Стори в деле «Лоуэлл против Льюиса»:

> По закону требуется только то, чтобы изобретение не противоречило принципам нравственности или не было губительным для благосостояния, надлежащей политики или добрых нравов общества. Таким образом, слово «полезное» включено в закон как противопоставление вред-

ному или аморальному. Например, изобретение нового способа отравления людей или изобретение, способствующее распущенности или убийствам частных лиц, не может быть запатентовано.

Таким образом, мы имеем дело, в котором Дю Бон утверждает, во-первых, что запатентованный Рикардом процесс вреден, поэтому не может быть запатентован, а, во-вторых, поскольку, он не может быть запатентован, Дю Бон имеет полное право его воспроизводить.

Суть процесса состояла в том, что табачные листья искусственно покрывались пятнами. Пятна на листьях никак не сказывались на качестве табака, но листья с пятнами происходили из мест, где производился высококачественный табак, поэтому потребители сигар воспринимали пятнистые листья как признак высокого качества. Рикард запатентовал эту технологию. Дю Бон утверждал, что это вредоносное изобретение, потому что его цель — обмануть покупателя, следовательно, оно бесполезно, а значит, не может быть запатентовано — а потому, следует позволить ему применять его.

Современные суды ужесточили критерий полезности, утверждая, например, что технология для производства химического вещества, способы применения которого неизвестны, бесполезна, а потому не может быть запатентована.

Составляя заявку на получение патента, вы характеризуете свое открытие, формулируя, на какие изобретенные вами идеи вы заявляете свои права. Проблема в том, что идеи рождаются без четко установленных границ. Одно и то же изобретение может быть описано достаточно узко, как точный способ конструирования конкретной машины, или более широко, в некоторых случаях гораздо более широко, как идеи, осуществление которых сделает эту машину отличной от всех предшествующих. Вы сами решаете, где провести границу вокруг

вашего изобретения, заявить свои права на него в пространстве идей. Это как если бы поселенца не ограничивали 160 акрами, а позволили ему самому решать, сколько земли заселить.

В пространстве идей, так же как в географическом пространстве, чем больше пространства, тем лучше, если вы в состоянии его получить. Проблема в том, что, если ваша заявка определена слишком широко, велика вероятность того, что под это определение подойдет что-то, что уже сделал кто-то другой, или какой-то из способов сделать то, что подходит под определение, слишком очевиден. Если, изобретя первый ядерный реактор, вы опишете его в вашей заявке на патент как способ получения энергии из вещества и заявите права на все способы, которыми можно это делать, патентный эксперт может указать вам на то, что то же самое какое-то время назад делал паровой двигатель.

Чем *уже* заявка, тем меньше вероятность возникновения проблем. Если продолжить нашу географическую аналогию, чем меньше территория, на открытие которой вы претендуете, тем меньше вероятность того, что кто-то еще сможет предъявить доказательство того, что он добрался до какой-то ее части первым. Проблема с узкой заявкой в том, что она может быть не особенно ценной: в следующем году кто-то может изобрести что-то похожее на ваш патент, создав реактор, на который не распространяется описание вашего изобретения.

Когда Сэмюэл Морзе составлял заявку на патент для своего изобретения, у него было решение этой проблемы. Его заявка содержала в себе шесть пунктов формулы изобретения. Шестое касалось всех способов использования электромагнитной силы для передачи букв или символов на расстоянии. Оно включало не только все телеграфы, но также факсы, телевидение и интернет, несмотря на то что ничто из этого тогда еще не было изобретено. Верховный суд в деле «О'Райли против

Морзе» отклонил этот пункт на основании того, что он был слишком широким, при этом удовлетворив пять более узких пунктов, которые Морзе (предусмотрительно) тоже включил в свою заявку. Судьи должны были их отклонить на том основании, что они не были новыми. Сигнальные флажки, семафоры и сигнальные огни использовали электромагнитный спектр в форме видимого света для передачи сообщений задолго до того, как Морзе изобрел телеграф.

Как показывает это описание процесса патентования, одна из его функций — превратить общедоступную собственность в пространстве идей, состоящую из всех идей, которые могут быть придуманы, в частную собственность, при которой каждый изобретатель проводит границы вокруг своей конкретной заявки. Один ученый, Эдмунд Китч, утверждал, что это его основная функция. Его «геологоразведочная» теория патентов проводит аналогию между патентами и заявками на отвод участка. Одна из функций заявки на отвод участка — создать для будущих золотоискателей стимулы отправляться в пустыню искать золото, подобно тому как возможность получения патента дает изобретателям стимулы к изобретениям. Но вторая причина в том, что для того, чтобы успешный золотоискатель мог воспользоваться своей находкой, ему нужны права на разработку земли вокруг нее, достаточно земли, чтобы кто-то другой не мог прийти, выкопать яму рядом с ним и бесплатно пользоваться его открытием. Сходным образом, по мнению Китча, владение значительным куском пространства идей позволяет обладателю патента контролировать и координировать дальнейшую разработку его изобретения.

Как мы видели, патенты отличаются от авторского права в ряде аспектов. Авторское право применяется к способам выражения, патенты — к идеям. Авторское право получают автоматически,

патент — только после трудоемкого процесса, который многим заявкам не удается выдержать. Наконец, авторское право действует в течение жизни автора плюс еще 50 лет, а патент, согласно американскому законодательству, обычно действует от 14 лет до 21 года, нынешние патенты (за некоторыми исключениями) действуют 17 лет.

В предыдущей главе я вкратце изложил основы определения того, какие права собственности должны существовать и для какого вида вещей. В первой половине этой главы мы изучали, какого рода права существуют и для какого рода вещей в контексте интеллектуальной собственности. Пришло время объединить эти два очерка.

Экономическая теория интеллектуальной собственности

Рассматривая издержки системы прав собственности, я начал с проблемы проведения границ. Это незначительная проблема в случае защиты произведения от буквального копирования. Моя глава является или не является копией вашей. Ваше авторское право на вашу книгу — четко определенное право собственности.

То же самое верно в отношении защиты патента. Патентные адвокаты и патентные эксперты тратят массу времени и сил на споры о том, что должно быть включено в конкретную патентную заявку, а что нет. После их завершения и выдачи патента адвокаты патентообладателя и предполагаемого нарушителя тратят еще больше времени и энергии, и своих, и судей и присяжных, чтобы определить, не воплощены ли в конкретной промышленной технологии или машине идеи, защищенные этим патентом. Даже после того, как изобретатель застолбит во всех мельчайших подробностях свою заявку, у него все же будет менее четкое представ-

ление о том, чем он владеет, по сравнению с автором, который даже не позаботился застолбить свою заявку.

Вторая и тесно связанная с первой проблема — это обеспечение исполнения. Большая часть нарушений авторского права принимают форму публикаций, которые заметны всем. Право четко определено, потому и судебные издержки доказательства факта нарушения, которые ложатся на правообладателей, и издержки, которые несут потенциальные нарушители, желающие избежать непредумышленного нарушения, обычно низки. Нарушение патентов принимает форму машин или промышленных технологий, детали которых бывают порой засекречены. И даже если все известно, нечеткие границы собственности делают судебное разбирательство затратным, его исход — неопределенным, а случайные нарушения или ошибочные обвинения в нарушениях, которых на самом деле не было, — почти неизбежными.

Третья проблема — трансакционные издержки использования рынка для передачи собственности тому, кто ценит ее выше. Здесь снова частные права собственности на способ выражения полезнее прав на идеи. Я могу скопировать ваше защищенное авторским правом произведение только намеренно, в случае чего я знаю, к кому обращаться за лицензией. Но изобретатель рискует изобрести заново отдельные фрагменты и элементы множества запатентованных изобретений. Во избежание нарушения патента, возможно, придется провести всесторонний патентный поиск, за которым последуют лицензионные переговоры о разрешении, которое, возможно, потребуется, а возможно, и нет.

Наконец, возможно, самый интересный вопрос — это вопрос о стимулах к созданию прав. Создание стимулов для того, чтобы писать книги или делать изобретения, — очевидная цель закона об интеллектуальной собственности. Но нам ну-

жен не просто стимул, а правильный стимул. Выгода для производителя интеллектуальной собственности должна хотя бы приблизительно быть равна ценности того, что он производит, для других людей, чтобы производитель соглашался нести издержки производства тогда и только тогда, когда это производство в целом окупится.

Когда я пишу книгу и защищаю свои права на нее, я тем самым мешаю другому автору написать такую же книгу; хотя независимое создание произведения и является возражением против обвинений в нарушении авторского права, на практике его очень трудно доказать. Я изъял крошечный кусочек собственности из общественного достояния: возможность написать эту книгу. Но число книг, которые могут быть написаны, гораздо больше числа книг, которые будут написаны в действительности, поэтому то, что я изъял, имеет ценность только для меня — никто другой не собирался писать эту книгу.

Отсюда следует, что, если я пишу книгу, защищаю ее авторским правом и получаю авторские отчисления по ней, эти отчисления дают скромное представление о той ценности, которую я произвел. Это представление скромное потому, что, несмотря на все усилия моего издателя, некоторые читатели в конце концов получат книгу за меньшую сумму, чем та, которую они были готовы за нее заплатить. Я могу не обращать внимания на воздействие моего авторского права на возможности, представляющиеся другим авторам. Они ничего не теряют от того, что им не позволено написать мою книгу, поскольку все равно не написали бы ее.

Совсем иначе обстоит дело, когда я создаю изобретение. Возможность изобретения часто весьма ценна, как это показывают патентные гонки, в которых две или три команды соревнуются друг с другом за то, чтобы сделать одно и то же изобретение и получить патент на него. Команда, первой

создавшая изобретение, получает патент и отчисления по нему в течение 17 лет. Но если бы вторая команда создала изобретение на полгода позднее, социальная ценность работы первой команды составляла бы полгода, а не 17 лет. Общедоступные ресурсы, которые уменьшает изобретатель, быстрее поддаются исчерпанию, чем общедоступные ресурсы, которые истощает автор. Из этого следует, что выгода для изобретателя может частично состоять в трансферте от других людей, которые могли бы придумать ту же самую идею несколько позднее. Поэтому отчисления по патенту могут чрезмерно вознаграждать изобретателя, тем самым создавая слишком сильные стимулы к созданию и патентованию изобретения. Если это так, то процесс изобретения становится в каком-то смысле поиском ренты, расходованием ресурсов одним изобретателем для того, чтобы получить выгоды за счет другого.

Сопоставление всех этих аргументов дает нам простое объяснение наблюдаемых законов. Защита от буквального копирования при помощи авторского права создает такую форму собственности, которую легко определить, охрана прав на которую обходится дешево, с которой относительно легко совершать трансакции и которая не создает проблемы поиска ренты. Поэтому мы с легкостью предоставляем авторские права на длительный срок. Защита при помощи патента создает такую форму собственности, которая с трудом поддается определению, права на которую сложно охранять, трансакции с которой затратны и которая, кроме того, содержит в себе потенциальную неэффективность в связи с патентными гонками, которые ведут к дублированию усилий и неэффективным преждевременным изобретениям. Поэтому мы неохотно выдаем патенты и на короткий срок.

Тот же самый анализ объясняет по крайней мере некоторые детали законодательства об интеллек-

туальной собственности. Практика *scènes à faire*, как исключение из общего правила того, что способ выражения можно защищать авторским правом, распространяется на особые случаи, в которых возникает проблема истощения общедоступных ресурсов (как способ выражения), которые являются одним-единственным (или одним из немногих) для данной идеи. Такие критерии патентоспособности, как новизна и неочевидность, необходимы, чтобы контролировать поиск ренты путем ограничения патентов теми изобретениями, которые достаточно значительны, чтобы существовала разумная вероятность того, что они не были созданы независимо когда-то раньше в период патентования. Эти критерии выполняют свои функции не очень хорошо, отчасти потому, что патент, за очень немногими исключениями, — это система, построенная по принципу «один размер для всех», хотя идеи, появляющиеся на свет, различаются по своей значимости и сроку жизни.

Еще одна разумная деталь — это исключение, которое делается для добросовестного использования. Чем меньше копируемый вами фрагмент, тем выше трансакционные издержки получения разрешения в сравнении с ценностью этого разрешения, следовательно, тем сильнее аргументы в пользу того, чтобы относиться к собственности как к общественному достоянию. Чем меньшее воздействие вы оказываете на доходы правообладателя, тем меньше страдает его стимул создавать произведение из-за того, что он не может запретить вам его использовать. Даже предпочтение, отдаваемое некоммерческому и образовательному использованию, имеет смысл, если мы полагаем, что эти виды деятельности создают в среднем положительные внешние эффекты, а потому эффективно их субсидировать — в данном случае за счет правообладателя, в других случаях через налоговые вычеты и прямое государственное финансирование.

Рассмотрим, наконец, решение современных судов придать смысл критерию полезности патентуемого изобретения. Учитывая характер и скорость современных исследований, это требование может выполнить полезную функцию. Без него компании будут заинтересованы в том, чтобы синтезировать новые химические вещества, применение которых пока неизвестно, в надежде, что однажды кто-то откроет это применение и придет к ним просить право на синтезированное ими вещество. Поскольку информация о веществе полезна, только когда найден какой-то способ его применения, предполагается, что эффективнее отложить исследования синтеза до тех пор, пока не станет известно, стоит ли синтезировать это вещество.

Хотя это и правдоподобный аргумент, он может быть неверным. Так, например, можно возразить, что решение вопроса о том, стоит ли искать применение химического вещества, частично зависит от того, насколько легко его сделать, поэтому иногда полезно выяснить сначала, как оно синтезируется. Еще одно возражение, основанное на геологоразведочной теории патентов Китча, состоит в том, что, запатентовав синтез, изобретатель де-факто становится владельцем химического вещества, по крайней мере до тех пор, пока не закончится действие его патента или пока кто-нибудь не откроет другой способ его синтеза, что создаст для изобретателя и стимул, и возможность продвигать и координировать поиски применения вещества.

Компьютерное законодательство

Еще одно применение экономического анализа собственности — решение вопроса о том, является ли компьютерная программа произведением и, следовательно, защищается ли она авторским правом.

В ранних делах судьи выражали большую неуверенность и приходили к разным выводам. В конце концов, некоторые программы, такие как программы на машинных языках, которые вживляются в чипы ROM, не были предназначены для человеческого глаза. Такая программа, по словам Джона Херси, выдающегося автора и главы ведомства по патентам и товарным знакам США, больше похожа на сложную часть машины, которая контролирует другие части, чем на роман. Как отмечалось на судах по некоторым из первых дел, ближайшим прецедентом была бумажная лента, использовавшаяся для управления механическим пианино, которая была признана не охраняемой авторским правом, потому что не предназначалась для чтения, а следовательно, не была произведением.

Если ссылаться на аналогию, Херси и судьи, отвергнувшие авторское право (по крайней мере) на программы на машинных языках, были правы. Если ссылаться на функцию, они ошибались.

Первый шаг в функционалистской аргументации — поставить вопрос не о том, почему программы — произведения, а о том, почему произведения защищены особым видом правовых норм, который мы называем авторским правом. В предыдущем разделе данной главы был предложен краткий ответ. Далее следует спросить, имеют ли компьютерные программы те характеристики, которые делают авторское право применимым к произведениям. Ответ «да», для защиты от буквального копирования. Одна программа либо содержит, либо не содержит существенное количество кода, скопированного из другой программы, и обычно легко сказать, с чем мы имеем дело. Независимое создание произведения маловероятно, за исключением особых случаев инженерного анализа, когда технологии чистой комнаты дают возможность доказать, что программа была создана независимым образом. А препятствие на пути буквального копирова-

ния конкретной программы создает незначительные издержки для последующих программистов, потому что они не могли бы скопировать программу, если бы она не была написана сначала кем-нибудь другим, а вероятность того, что они независимым образом написали точно такой же код, мала.

В моем обсуждении авторского права я последовательно ограничивался случаем защиты от буквального копирования. Если мы пойдем дальше и попытаемся использовать авторское право для защиты дерева меню в Lotus или вида и ощущения от интерфейса Macintosh, доводы в пользу охраны посредством авторского права становятся гораздо слабее. Подобное расширение делает охраняемую собственность более похожей на идеи, традиционно охраняемые патентным законодательством. Отсюда следует, что нам лучше ограничить авторское право буквальным копированием и использовать что-то вроде патентного законодательства для охраны не столь четко определенных прав.

Возможность охраны при помощи авторского права — один из примеров оправданного распространения юридических прав, призванных охранять произведения, на другие виды интеллектуальной собственности. Еще один пример — законы штатов о заливочных формах. Такие законы, например, запрещали фирмам для получения дизайна корпуса корабля покупать у конкурента сам этот корпус, помещать его в форму, а затем использовать ее для производства собственных корпусов. Здесь снова аргумент «за» состоит не в том, что корпуса — это произведения, а в том, что данная форма копирования имеет свои особенности, которые делают закон об авторском праве пригодным для сдерживания от копирования произведений.

Я сослался на законы штатов о заливочных формах в прошедшем времени, потому что они были признаны неконституционными Верховным судом, по-видимому, по причине того, что он придержи-

вался теории о том, что охрана интеллектуальной собственности — дело Конгресса, а не штатов. Похожая охрана предоставляется на федеральном уровне для компьютерных чипов по закону о праве на шаблон и для дизайна корпусов судов по закону о защите корпусов судов (статья V в законе о защите авторских прав в цифровую эпоху).

Аргументы против интеллектуальной собственности

У прав собственности есть две связанные друг с другом функции: они определяют, кто, чем и когда пользуется, а также предоставляют стимулы для создания вещей.

В случае интеллектуальной собственности первая функция не только бесполезна, но и вредна. Мы не можем одновременно ехать на одной и той же машине в разные места, что является аргументом в пользу прав собственности на автомобили. Но мы оба можем воспользоваться одной и той же идеей, чтобы построить разные машины, или одновременно читать разные экземпляры одной и той же книги, что является аргументом против прав собственности в сфере идей или произведений.

Если еще один человек решит прочитать книгу, это не увеличит стоимость ее написания; она должна быть оплачена полностью, чтобы у книги вообще были читатели. Поэтому, когда мы включаем в цену книги отчисления по авторским правам, с точки зрения эффективности мы завышаем цену. Если цена за книгу, составляющая 11 долларов, представляет собой стоимость производства плюс 1 доллар на отчисления автору, дополнительный экземпляр приносит чистую выгоду, если ценность книги для покупателя превышает 10 долларов. Но если он готов заплатить за нее больше 10, но меньше 11 долларов, он ее не купит, а это неэф-

фективный результат. То же самое верно и в отношении потенциального пользователя идеи, который ценит ее выше нуля, но меньше лицензионных отчислений, установленных владельцем патента. С точки зрения того, сколько людей будут пользоваться идеей или произведением, частная собственность приводит к неэффективно низким результатам, общедоступная собственность оказывается в этом отношении гораздо эффективнее.

Остается вторая функция частной собственности. Едва ли удастся прочитать книгу, если ее никто не написал, а писатели, возможно, предпочтут не писать книг, если не смогут получить отчисления по авторским правам. То же самое относится к изобретателям. Таким образом, защита интеллектуальной собственности действительно может принести некоторую пользу. Но доводы в защиту того, чтобы обращаться с идеями как с собственностью, с экономической точки зрения слабее доводов в пользу установления прав собственности на многие другие вещи, что позволяет объяснить, почему интеллектуальная собственность — довольно современный институт.

Коммерческая тайна: ни рыба ни мясо

«Коммерческая тайна» означает информацию, включающую формулу, модель, компиляцию, программу, устройство, метод, технику или процесс, которая: (а) имеет действительную или потенциальную самостоятельную экономическую ценность в силу того, что она не является общеизвестной и ее нелегко получить при помощи подходящих средств другим лицам, которые могли бы извлечь экономическую выгоду из ее разглашения или использования, и (б) становится объектом

> приложения разумных при данных обстоятельствах усилий для сохранения ее в тайне.
>
> («Единообразный закон о коммерческих тайнах»)

Коммерческая тайна — это информация, ценность которой для ее обладателя зависит от того, что она не является общеизвестной. Закон о коммерческой тайне устанавливает, какие средства защиты есть у законного обладателя коммерческой тайны в отношении тех, кто получил ее противоправным образом, — например, тех, кто нарушил договор, или работника, нарушившего свой долг верности, или лица, вторгшегося на охраняемую территорию. Это позволяет обладателю коммерческой тайны получить возмещение с учетом его убытков или прибыли лица, ее похитившего. Иногда, хотя и не во всех случаях, этот закон позволяет ему добиться судебного запрета на использование коммерческой тайны лицом, которое узнало о ней от виновной стороны. Как правило, судебный запрет не применяется против третьих лиц, в отношении которых нельзя предположить, что они знали о том, что коммерческая тайна была украдена, и предприняли какие-то действия, например построили фабрику с использованием этой тайны, так что, если будет наложен судебный запрет, их благосостояние окажется меньше, чем в случае, если бы они никогда не узнали эту коммерческую тайну.

В отличие от патента или авторского права, закон о коммерческой тайне не дает защиты от того, кто добыл эту тайну без согласия ее владельца, но и не нарушая его законные права, например, путем инженерного анализа продукта, в котором была реализована эта тайна. Таким образом, она предоставляет ограниченную защиту по сравнению с полномасштабными правами собственности.

Это краткое описание предлагает два вопроса, ставящие в тупик. Во-первых, почему с засекречен-

ными технологиями, в отличие от патентуемых изобретений, не обращаются как с собственностью? Во-вторых, если засекреченные технологии нельзя запатентовать, почему им вообще предоставляется охрана, почему федеральное патентное законодательство не является приоритетным перед законами штатов о коммерческой тайне, как это происходит в случае законов о заливочных формах?

Правовой режим, при котором коммерческая тайна могла бы рассчитывать на такую же защиту, как и собственность, при котором, например, можно было бы добиться наложения судебного запрета на конкурента, который сам вывел эту коммерческую тайну, или получил ее посредством инженерного анализа, или самостоятельно изобрел ее, был бы режимом самопровозглашенных патентов, не прошедших экспертизы. Такой режим был бы неэффективен по тем же причинам, что и режим, при котором патентное ведомство выдавало бы патент первому, кто придумал любую идею. В этом случае был бы стимул впустую растрачивать ресурсы на то, чтобы открывать идеи и заявлять о своих правах на них задолго до того, как им найдется какое-то применение. В этом смысле стимул к присвоению слишком силен, поскольку некоторые из выгод будут представлять собой трансферты первому изобретателю от людей, которые могли бы сами придумать идею и пользоваться ею бесплатно, но теперь вынуждены платить лицензионный сбор. Итак, возможность присваивать права собственности на идеи — потенциальный источник неэффективного поиска ренты.

Поиск ренты во второй раз возникает при защите собственности — в форме расходов на судебное преследование и защиту по искам о нарушении патентных прав. Подобных расходов можно было бы избежать, если бы идеи, о которых идет речь, совсем не подлежали бы охране. Является ли это аргументом против защиты интеллектуальной

собственности, зависит от того, выше или ниже издержки правовой защиты при патентной системе, по сравнению с издержками защиты таких идей другими способами, прежде всего при помощи секретности.

Один из аргументов в пользу ограниченной защиты, которую предоставляет закон о коммерческой тайне, состоит в том, что, упрощая защиту коммерческой тайны, мы повышаем ее эффективность. Без закона о защите коммерческой тайны ее владелец может ограничиться ее использованием под своим присмотром на собственной фабрике, где он может принять все меры к тому, чтобы ее никто не украл. Если доступна правовая защита, у него появляется возможность давать разрешение другим лицам на использование этой засекреченной технологии и подать против них иск за незаконное присвоение, если те ее украдут, или добиться наложения судебного запрета на третьи лица, которым они ее продадут.

Предоставляет ли поиск ренты в конечном счете аргумент за или против правовой защиты, он по крайней мере является доводом в пользу того, чтобы подлежащие защите права определялись на основе критерия, который суды могли бы легко оценить. Этим можно объяснить, почему засекреченные технологии не защищены от инженерного анализа: в большинстве случаев грань между инженерным анализом, направленным на раскрытие секретов конкурентов, и исследованиями, целью которых является улучшение производимых продуктов, нечеткая. Вообще говоря, требование о том, что присвоение коммерческой тайны для того, чтобы считаться незаконным, должно включать самостоятельное противоправное действие, дает удобное четкое правило, которое использует действующее законодательство, определяющее соответствующий вид противоправного действия. Как и в других случаях, четкие правила

в данном случае способствуют сокращению судебных издержек.

Это подводит нас ко второму вопросу: почему закон о коммерческой тайне не заменяется полностью патентным законодательством? Чтобы ответить на этот вопрос, рассмотрим изобретение, которое нельзя запатентовать, потому что патентное ведомство считает его слишком очевидным. Возможно, такое изобретение не заслуживает защиты в течение 17 лет, но это не означает, что оно не заслуживает вообще никакой защиты. Защита коммерческой тайны предоставляет изобретателю определенное вознаграждение и тем самым дает стимул к изобретению, не создавая никаких издержек для тех, кто мог бы самостоятельно изобрести то же самое. Таким образом, это позволяет восполнить один из пробелов в патентном законодательстве, недостаток защиты для изобретений, которые не очевидны лишь в умеренной степени.

Закон о коммерческой тайне также позволяет восполнить второй пробел — то, что патентное законодательство может предоставить защиту крайне неочевидным изобретениям только в течение 17 лет. Изобретатель, чье изобретение может использоваться без раскрытия его сущности, который полагает, что потребуется более 17 лет на то, чтобы кто-то другой мог изобрести его самостоятельно, получает возможность выбрать коммерческую тайну вместо патента. По сути дела, он утверждает, что время жизни изобретения, а следовательно, его социальная ценность, больше, чем предполагает патентное законодательство, — и берется это доказать. Закон о коммерческой тайне помогает ему в этом, поскольку увеличивает шансы того, что, если кто-то действительно повторит изобретение, это будет означать, что он создал его самостоятельно, а не украл.

Закон о коммерческой тайне также оказывает содействие изобретателю, который не может убедить

патентного эксперта в том, что его изобретение заслуживает защиты. Изобретатель берется доказать, что его изобретение не столь очевидно, сохраняя его в тайне. Если кто-то другой изобретет то же самое в следующем году, это доказывает правоту патентного эксперта, и никакого вреда при этом не причиняется. Но если повторение не происходит, изобретатель хотя бы частично получает вознаграждение, которое получил бы, если бы изобретение можно было запатентовать, — как и должен был, поскольку доказал, что он был прав, а патентный эксперт ошибался.

Наконец, законодательство о коммерческой тайне предоставляет защиту изобретателю, чье изобретение, хотя его и можно запатентовать, не окупает затрат на получение патента. Изобретение, имеющее лишь скромную ценность, может отвечать всем требованиям для выдачи патента, но не окупать значительные затраты на его получение. Защита коммерческой тайны обходится тем дешевле, чем меньше ценность этой тайны, поскольку, чем она менее ценна, тем меньше усилий будет прилагаться, чтобы ее украсть.

На самом деле закон о коммерческой тайне предлагает в некотором отношении более эффективную структуру стимулов, чем патентное законодательство. Если мы сделаем изобретение, на которое можно получить патент, в этом году, а не в следующем, то мы получим лишь один дополнительный год использования изобретения. Но в соответствии с правилом, предоставляющим патент первому изобретателю, получим в качестве вознаграждения монополию на 17 лет. Если затраты на создание изобретения с течением времени быстро падают под действием прогресса в соответствующих технологиях, мы получаем в результате неэффективное преждевременное изобретение. С другой стороны, в случае защиты при помощи коммерческой тайны вознаграждение для изобретения тем ниже, чем бы-

стрее падают затраты на его повторение, поскольку изобретение, которое вскоре будет совсем дешево повторить, недолго будет оставаться тайной. Поэтому при режиме коммерческой тайны, в отличие от патентного законодательства, изобретение, затраты на которое падают быстрее, будет (при прочих равных условиях) сделано позднее, чем изобретение, затраты на которое падают медленнее, что эффективно с экономической точки зрения.

Защита без копирования: преимущество первого хода

> Мне задавали вопросы, по Писанью
> был мой ответ:
> «Тако да воссияет перед людьми
> ваш свет».
> В чем могли, они подражали,
> но им мыслей моих не украсть —
> Я их всех позади оставил потеть
> и списывать всласть.
>
> (*Р. Киплинг.* Мэри Глостер)

В начале этого века у Соединенных Штатов не было договора об авторских правах с Британией; американские издатели могли без ограничений выпускать пиратские издания книг британских авторов. Тем не менее, несмотря на нехватку правовой охраны, британские авторы обычно получали отчисления от продаж в Америке. Как это могло произойти?

Британский автор отправлял своему американскому издателю рукопись книги до того, как она будет опубликована в Англии, в результате чего английское и американское издания выходили в свет почти одновременно. Издатель-пират не мог начать набор книги, пока не будет самой книги, которую можно копировать. С печатными технологиями того времени набор был медленной и дорогостоящей операцией, поэтому законный издатель полу-

чал все первые продажи, что для большинства книг означало крупную долю продаж.

Если выходило пиратское издание, законный издатель мог снизить цену, выпустив «бойцовское издание», достаточно дешевое, чтобы помешать пиратам окупить свои первоначальные вложения. Эта тактика привела к тому, что, хотя случаи пиратства встречались, они были не настолько серьезными, чтобы помешать британским авторам в получении денег с американских продаж. Издательские технологии того времени давали законному издателю преимущество первого хода, которое могло стать вполне адекватной заменой защите при помощи авторских прав.

И авторское право без защиты

Столетие спустя мы имеем почти противоположную ситуацию с компьютерными программами. Купив компакт-диск с Microsoft Office-98, я выяснил, что лицензия не позволяет мне установить программу на обоих домашних компьютерах. По закону и, как мне кажется, из этических соображений мне необходимо приобрести вторую копию Word, чтобы работать над этой книгой в двух местах сразу. Но если я решу нарушить это правовое требование и использовать один и тот же CD для установки программы на обоих компьютерах, Microsoft не может ничего со мной сделать.

Компьютерные программы охраняются авторским правом, независимо от того, кто их копирует — продавец, университет или индивидуальный покупатель. Но на практике они защищаются законом об авторском праве только в двух первых случаях. Если кто-то купит копию Office и привод CDR, а потом сделает сотни копий и будет продавать их в интернете, его, скорее всего, поймают и накажут. Если мой университет решит сэкономить, приоб-

ретя одну копию Office и установив ее на нескольких сотнях компьютеров, один недовольный работник, знающий, где найти адрес электронной почты Билла Гейтса, может доставить нам немало хлопот. Но если я установлю Office на двух компьютерах, хотя в соответствии с лицензией имею право устанавливать его только на одном, или если мой шестилетний сын раздаст всем друзьям копии своих компьютерных игр, наши шансы быть пойманными и наказанными практически равны нулю.

Совсем скоро по соседству с вами

Компании, производящие программное обеспечение, несколькими способами отреагировали на фактическую невозможность обеспечить охрану их авторских прав. Одним из первых решений была дистрибуция программ на дисках, которые были защищены от копирования на компьютерах, которые их использовали. Они оказались достаточно хорошо защищены, чтобы доставить немало неудобств добросовестным покупателям, но недостаточно защищены, чтобы их не могли скопировать более или менее умелые пираты. Появились программы для копирования защищенных дисков. Моя любимая история связана с программой для компьютеров TRS80 под названием Super Utility Plus, которая (среди прочего) копировала наиболее защищенные диски, но при этом сама была защищена от копирования. Поэтому была создана другая программа, SuperDuper, единственной задачей которой было делать копии Super Utility Plus.

В конечном счете после нескольких безуспешных судебных разбирательств между компанией, поставлявшей программное обеспечение для защиты дисков, и компанией, которая создавала программы для копирования защищенных дисков, большинство производителей программного обес-

печения отказались от защиты от копирования. Но это был только первый раунд поединка: второй раунд идет сейчас, когда я пишу это, на этот раз с CD-ROM вместо дискет. В настоящее время множество программ, особенно игр, устроены так, что требуют присутствия CD с программой, когда программа запущена. Это работало до тех пор, пока дисководы для записи компакт-дисков были дороги и редки, а пространство на жестком диске было слишком дорогим, чтобы его можно было тратить на изображения CD-диска. По мере того как жесткие диски становятся все дешевле, а цена приводов CDR составляет всего 200 долларов и продолжает падать, снова становится ясно, что конец близок.

Если фирма, производящая программное обеспечение, решит, что она не может напрямую защитить свою интеллектуальную собственность, одно из решений проблемы — найти способы как-то иначе получать за нее деньги. Они могут включать продажу технической поддержки, получение дохода от продажи с нагрузкой продуктов, которые нелегко скопировать, расчет на честность покупателей или получение основной части дохода от крупных фирм, которые не могут рисковать тем, что у них найдут пиратское программное обеспечение.

Она также может искать новые формы защиты. Технологии продолжают меняться, и по крайней мере есть возможность того, что происходящие в настоящее время изменения приведут нас к миру, в котором технология будет обеспечивать уровень защиты, намного превосходящий ту, которую должен обеспечивать закон об авторском праве.

Одна из важных технологий с этой точки зрения — это шифрование, математические процедуры кодирования и раскодирования информации. Современное развитие технологии позволяет производителям интеллектуальной собственности предоставлять ее вместе с криптографической защитой, что дает своего рода цифровой аналог колючей

проволоки. Программа поступает в цифровом контейнере; IBM называет предложенную ими версию «криптолопом». Чтобы использовать содержание (например, мультимедийный развлекательный пакет) или получить доступ к базе данных, вы должны сделать платеж, возможно в цифровой валюте, онлайн-агенту владельца контента. В обмен на оплату вы получаете контролируемый доступ к содержимому. Например, за доллар вы можете купить часовой просмотр мультимедиа и сотню обращений к базе данных. Вы, конечно, можете скопировать все целиком, контейнер и содержимое, и отдать его кому-нибудь еще. Но если этот человек захочет этим воспользоваться, ему тоже придется заплатить.

Сейчас в разработке находится целый ряд такого рода проектов, но еще рано судить, выдержит ли какой-то из них атаки программистов, пытающихся получить доступ к контенту, не заплатив за него. Один из правовых вопросов, которые ставят подобные технологии: должны ли программы, предназначенные для взлома технологической защиты, цифровые отмычки, аналоги SuperDuper XXI века, сами быть легальными? Если (как это недавно стало ясно) они таковыми не являются, а также, еще более сомнительное предположение, если окажется возможным обеспечить исполнение судебного запрета, тогда контейнер должен выдерживать только атаку со стороны обычного пользователя, хотя все еще есть риск, что специалист взломает защиту и станет бесплатно распространять содержимое. Если программы для взлома защиты легальны или нелегальны, но повсюду доступны, тогда защита должна быть достаточно прочна, чтобы выдерживать атаку программы-взломщика, написанной специалистом.

Окончательный приговор еще не вынесен. Если технология цифровых контейнеров окажется жизнеспособной, мы снова вернемся в мир 1900-х годов;

производители интеллектуальной собственности будут иметь возможность защищать себя, не прибегая к закону об авторском праве. И их новая защита будет намного лучше, чем та, которую они сегодня получают по этому закону. Цифровые контейнеры не только будут обеспечивать соблюдение своих собственных ограничений, не прибегая к судебных тяжбам, но также сделают возможным гораздо более тщательный контроль за условиями, на которых продается интеллектуальная собственность, чем тот, который обеспечивает авторское право.

ГЛАВА 12

Экономика договора

Я ДАЮ вам деньги, вы даете мне яблоко. Нет договора, нет нужды в договорном праве.

Я нанимаю вас построить дом на земле, которая принадлежит мне. Мы договариваемся о цене 100 тысяч долларов. Я даю вам 100 тысяч долларов, и в мире, в котором нет договоров, имеющих исковую силу, я вас больше никогда не увижу.

Очевидное решение — выплатить деньги после того, как строительство дома будет завершено. Вы заканчиваете строительство дома и просите, чтобы вам заплатили. Я предлагаю заново обсудить условия. Пока я вам не заплатил, дом принадлежит вам, но он стоит на моей земле. Если вы не согласны на новую, более низкую цену, можете его снести.

Более удачное решение — предложить вам постоянные выплаты по мере того, как вы строите дом, но у него тоже есть свои недостатки. Когда дом готов на три четверти, вы предлагаете снова обсудить цену — повысить ее. Все выполненные вами работы были оплачены, и три четверти дома для меня довольно бесполезны. Я мог бы заплатить кому-то еще, чтобы он завершил строительство, но без детальных знаний исходного подрядчика о том, какие именно работы были сделаны и что еще осталось сделать, предложение может оказаться дорогостоящим.

Еще одно весьма распространенное решение — репутация. Вы можете меня обмануть, но не станете, потому что пойдут слухи и никто больше не наймет вас строить дома. Репутация, возмож-

но, — самый важный метод обеспечения исполнения договоренностей в нашем обществе, хотя для юристов она не представляет особого интереса.

Вы покупаете спортивную куртку в магазине, который гарантирует, что, если вы не будете удовлетворены покупкой, деньги вернут без лишних вопросов. Когда вы разворачиваете покупку, жена указывает вам, что ваш размер 42-й укороченный, а не 40-й удлиненный, да и фиолетовый цвет вам не идет. Вы относите куртку в магазин, и он возвращает вам деньги.

Магазин прекрасно знает, что вы не станете с ним судиться; куртка не стоит потраченного времени и нервов. Они возвращают деньги потому, что не хотят иметь репутацию магазина, обманывающего клиентов.

Возврат денег в магазине — простой случай, поскольку речь идет о небольших суммах, простых проблемах и стороны повторно имеют дело друг с другом. Даже помимо того, что вы можете сказать своим друзьям, магазин хочет, чтобы вы оставались его клиентом. Бо́льших усилий требует обеспечение исполнения посредством репутации, когда речь идет о серьезных суммах и более сложных трансакциях. Если ваш подрядчик согласится на оплату после завершения строительства дома, а вы настоите на пересмотре цены в сторону понижения, вы озаботитесь тем, чтобы придумать какое-нибудь убедительное оправдание, возможно перечень недостатков строительных работ. В этом случае третьим лицам будет трудно решить, кто кого обманул. Даже если они решат, что виноваты вы, это уже будет неважно, поскольку вы не планируете в ближайшем будущем строить еще один дом.

Даже когда ставки высоки, репутация иногда предоставляет вполне пригодный механизм для обеспечения соблюдения договоренностей. Один такой случай был изучен в классической статье Лизы Бернштейн о торговле алмазами в Нью-

Йорке. Покупка и продажа алмазов — бизнес, в котором люди постоянно передают крупные суммы денег в обмен на конверты с большим количеством мелких камешков, не проводя их осмотра, не взвешивая их и не проверяя друг друга.

В те времена, когда Бернштейн исследовала эту отрасль, в ней преобладали ортодоксальные евреи, чья религия запрещала им судиться друг с другом. Она исследовала отрасль, в значительной мере основанную на доверии, в которой обеспечение соблюдения договоренности имело огромную важность, но при этом почти полностью осуществлялось людьми, которые не могли прибегнуть к помощи правовой системы. Как такое было возможно?

У нью-йоркского рынка алмазов было то, что заменяло судебную систему: местные раввины с их репутацией разумных и честных людей. Если один торговец алмазами считал, что другой его обманул, он мог обратиться за решением спора к раввину. Если раввин признавал его правоту, а другая сторона отказывалась платить, эта сторона исключалась из торговли алмазами, ей переставали доверять. Экономические санкции подкреплялись социальными, поскольку в круг людей, которые непременно делали вывод о том, что некто жульничает, вероятно, входили большинство его друзей, родственников и потенциальных родственников со стороны жены. Предположительно, сумма, которой торговцы алмазами готовы были рискнуть в рамках одной сделки, частично зависела от того, как долго другая сторона работала в этой отрасли, и, следовательно, от того, сколько она потеряет, если ей придется ее покинуть.

Как показывает этот анализ, пользующиеся доверием негосударственные третейские судьи являются альтернативой судебной системе не потому, что напрямую принуждают исполнять договоры, а потому, что производят информацию, необходи-

мую для работы репутационных механизмов, которые обеспечивают их исполнение. Третьим лицам нет необходимости детально разбираться в сути спора, чтобы узнать, кто виноват. Они только должны выяснить, в чью пользу решил дело раввин. Это также подсказывает возможное объяснение того, почему в отдельных видах профессий порой преобладает одна сплоченная этническая группа. Если негосударственное обеспечение исполнения договоров при помощи репутации и социального давления дешевле и надежнее, чем обеспечение посредством судебной системы, люди, чьи социальные институты позволяют применять на практике такое негосударственное обеспечение, имеют конкурентное преимущество перед теми, кто вынужден полагаться на суды.

Репутация может многое сделать для обеспечения исполнения договоров, но все равно не может всего. Когда я заключаю договор на строительство дома, велика вероятность того, что подрядчик не будет членом той же самой сплоченной этнической группы, что и я. Если один из нас нарушит договоренности, второй может оказаться не в состоянии доказать этот факт заинтересованным третьим лицам и тем самым создать репутационные издержки — либо потому, что третьи лица не знают о существовании потерпевшего, либо потому, что дело слишком сложное, чтобы третьи лица могли легко разобраться в том, кто виноват. А нарушитель, не работающий в бизнесе, основанном на доверии, или не имеющий многократных контактов, может посчитать, что выгода от нарушения договоренности окупит репутационные издержки, которые она создает.

Даже в этой ситуации негосударственные механизмы могут разрешить проблему при условии, что мы можем договориться об обращении к третьему лицу, которому мы оба доверяем. Каждый из нас передает залог третьему лицу. Мой за-

лог удерживается, если, по мнению третьей стороны, я нарушил соглашение, то же самое относится к вам. Но хотя залог дает возможности для негосударственного обеспечения исполнения договоренностей, которое не может обеспечить обычный механизм репутации, он все равно не охватывает все ситуации.

Мой вывод состоит в том, что, хотя обеспечение исполнения договоров через суды и договорное право не всегда является способом решения проблемы и часто бывает не лучшим способом ее решения, оно все равно играет важную роль. И независимо от того, должно ли оно играть важную роль или нет, оно ее фактически играет, и потому его стоит изучать. В любом случае, хотя остальная часть главы посвящена контексту договорного права, большинство вопросов, которые в ней обсуждаются, — это вопросы договора, а не права. В той или иной форме они будут вставать и перед нью-йоркским раввином, и перед коммерческим третейским судьей.

Зачем нам нужно договорное право?

Если мы имеем систему, в которой исполнение договоров обеспечивается по суду, то зачем нам договорное право? Почему суд не может просто прочитать условия договора и заставить их выполнить? Это кажется очевидным и справедливым решением — и это позволило бы сэкономить студентам-юристам несколько семестров учебных часов.

Есть по крайней мере три ответа. Во-первых, суды могут не захотеть требовать исполнения договоров в том виде, в котором они написаны, потому что полагают, что они лучше, чем стороны договора знают, какими должны были быть эти условия. Во-вторых, даже если вы хотите заставить исполнить договор в том виде, в котором он написан, вам

все равно придется решать, существует ли этот договор и каковы его условия, а стороны порой могут расходиться во мнениях по этим вопросам.

В-третьих, даже если все согласны с тем, что договор существует и должен быть исполнен, и если все сходятся во взглядах относительно того, что именно предусмотрено в нем, договоры никогда не оговаривают всего до конца. Никакого мелкого шрифта в мире не хватит, чтобы предусмотреть все случайности, которые могут возникнуть. Договоры в реальном мире отражают некоторые случайности, обычно те, которые представляются вероятными составителям договора, но оставляют пробелы для восполнения их судом.

Доводы в пользу свободы договора

Мы с вами составляем договор для совместного бизнес-проекта. Мне приходит в голову, что одно из его условий неэффективно. Если дать вам дополнительный месяц на выполнение первой стадии проекта, вы бы сэкономили 100 тысяч долларов, мне бы это стоило 50 тысяч, а суммарная прибыль увеличилась бы на 50 тысяч.

Моя первая мысль, что мне лучше промолчать, поскольку в результате этого изменения я обеднею на 50 тысяч долларов. Но есть альтернатива получше. Я предлагаю вписать изменение в договор вместе с дополнительной суммой в размере 75 тысяч долларов, которую вы мне заплатите за мое участие.

Этот простой пример демонстрирует общий тезис, который лежит в основе теоремы Коуза. Если существует такое изменение условий нашей сделки, которое принесет чистую выгоду, есть способ внести это изменение, который сделает его выгодным нам обоим. Поэтому мы ожидаем, что рациональные переговорщики придут к таким условиям договора, которые максимизируют чистую прибыль.

Если наша цель — экономическая эффективность, это одновременно и привлекательный исход, и довод в пользу того, что необходимо требовать исполнения договоров в том виде, в котором они написаны.

Суды часто постановляют исполнять договоры так, как они написаны, но не всегда. Одна из причин, на которую они указывают, — «неравная переговорная сила». Эта метафора подразумевает скорее мир конфликта, чем сотрудничества, не столько сделку, сколько войну, в которой только сторона, наделенная достаточной силой, может рассчитывать на то, что ее интересы будут учтены в окончательной редакции договора.

Это распространенный и убедительный способ вести переговоры. Чтобы понять, что с ним не так, рассмотрим случай неравной переговорной силы, взятый из реальной жизни. Предположим, что я — единственный продавец этой книги, каковым я, собственно, и являюсь благодаря авторскому праву. Далее предположим, что ни одна из альтернативных книг не является близкой заменой для этой. Это предположение тоже верно, в чем, как я надеюсь, я смогу вас убедить к тому времени, как вы дочитаете последнюю главу. Я — монополист. Если вы хотите такую книгу, как эта, вы должны покупать ее на моих условиях или не покупать вовсе.

Следует ли мне ее переплести и снабдить обложкой, в которой обычно продают книги, или просто сложить непереплетенные страницы в большой конверт и продать в таком виде? Переплет книги будет стоить мне денег, а выгоду принесет лишь вам. Если монополия может навязывать свои собственные условия, не считаясь с желаниями покупателей, то зачем беспокоиться?

Ответ: монополия не может заставить людей покупать свою продукцию. Как рациональный монополист, я уже назначаю вам самую высокую цену, какую вы готовы заплатить, точнее, я уже назна-

чаю цену, при которой стоимость продаж, которые не совершатся из-за дальнейшего увеличения цены, будет по меньшей мере компенсироваться прибылью от более высокой цены. Снижение качества книги будет иметь тот же самый эффект, что и увеличение цены. Некоторые люди (на самом деле, многие), готовые заплатить назначенную мною цену за книгу в переплете, не станут платить ее за непереплетенную книгу. Возможно, вы заметили, что эта книга вышла в переплете.

Предположим, я раздумываю над способом улучшить эту книгу, например снабдив ее более подробным указателем или более качественным переплетом. Мне это будет стоить дополнительно 2 доллара с каждой книги, для покупателя ценность увеличится на 3 доллара. То же самое было бы верно, если бы вместо того, чтобы продавать вам книгу, я бы продал вам автомобиль, и улучшение, над которым я раздумываю, было бы не в автомобиле, а в договоре. Если ценность изменения в условиях договора для моих покупателей выше моих дополнительных затрат, я должен внести это изменение и соответствующим образом изменить цену. Мы снова вернулись к нашему аргументу в пользу эффективного договора. Ничто в этом аргументе не зависело от предпосылки о том, что продавец не был монополией.

До сих пор я предполагал, что изменение, в книге или в договоре, одинаково ценно для всех покупателей. Предположим, однако, что если я усовершенствую предметный указатель и буду использовать более качественную бумагу, я смогу на 5 долларов увеличить ценность этой книги для тех читателей, которым это действительно понравится, но только на 1 доллар для предельных покупателей. Снова предположим, что улучшение будет стоить мне 2 доллара с каждой книги.

Даже если улучшение эффективно, то есть приносит чистую выгоду, вносить его не в моих инте-

ресах. Цену, по которой я могу продавать книгу, ограничивает именно ценность для предельных покупателей. Поклонники книги уже получают больше того, за что платят.

Следуя логике этого примера, мы можем увидеть, что улучшения, которые избирательно полезны для предельных покупателей, могут вноситься, даже если они не окупаются, тогда как улучшения, которые избирательно полезны для непредельных покупателей, могут не вноситься, даже если они окупаются. В результате получится уровень качества, который будет выше или ниже эффективного. Это возможный источник неэффективности и законный аргумент против автоматического признания свободы договора, если одна из сторон является монополией. Но он не имеет отношения к традиционному объяснению неравной переговорной силы.

Второе уточнение к выводу о том, что договоры будут заключаться на условиях, максимизирующих чистую выгоду для сторон, следует из моей неявной предпосылки о том, что стороны, заключающие договор, вправе вписать в него любую цену, о какой смогут договориться. Предположим, я — домохозяин, сдающий квартиру, ее рыночная арендная ставка составляет полторы тысячи долларов в месяц. К несчастью для меня, квартира расположена в Нью-Йорке и на нее распространяется действие городского регламента об аренде, который устанавливает максимальную арендную плату в размере тысячи долларов в месяц.

Если город контролирует цены, но не другие условия договора, я отреагирую на это тем, что сделаю квартиру хуже по качеству любыми способами, которые сэкономят мне деньги. Пока квартира стоит больше тысячи долларов, я могу найти жильцов. Но если я не буду поддерживать в исправном состоянии систему горячего водоснабжения, не буду обогревать здание до температуры, которая устраи-

вает жильцов, или не буду чинить сломавшуюся сантехнику в разумные сроки, я заставлю жильцов нести расходы, которые будут превышать мою экономию; поэтому, если я вправе устанавливать свою собственную цену, я не буду всего этого делать. Но поскольку я не вправе ее устанавливать, снижение качества продукта, с моей точки зрения, — следующая по привлекательности альтернатива.

Отсюда следует, что одним из следствий регулирования арендной платы и в целом контроля цен становится подрыв механизмов, которые обычно поддерживают качество продукции и условия договора на эффективном уровне, что является доводом в пользу законодательного ограничения обеих форм контроля.

Доводы против свободы договора

Аргумент, который я только что привел, подразумевает, что, за некоторыми исключениями, договоры призваны максимизировать выгоды тех, кто их подписывает. Но эффективность предполагает, что в расчет принимаются издержки и выгоды для всех. Во многих случаях мы можем игнорировать воздействие на других людей по причинам, описанным в главе 2. В рыночном обществе стороны, заключающие договор, не могут навязывать третьим лицам издержки без их согласия. Однако имеется несколько важных исключений.

Когда я заключаю договор с киллером, чтобы убить вас, я пытаюсь наложить серьезные издержки на третью сторону. Если мой киллер промахнется, суд не поможет мне получить деньги обратно. Точно так же он не может потребовать исполнения договора, по которому я соглашаюсь не давать свидетельские показания в отношении чьих-то незаконных действий. Американские суды не станут также требовать исполнения договоров, которые

ограничивают свободу торговли, например соглашения между членами картеля о том, чтобы поддерживать общую цену. Во всех этих случаях факт подписания договора доказывает, что он выгоден подписавшим его сторонам, но не говорит о том, что он создает чистую выгоду.

В аргументе о свободе договора, как и в экономическом анализе права, неявно присутствует предпосылка о том, что подписывающие договор лица рациональны, что они знают, в чем их интерес, и действуют так, чтобы его достичь. Этот аргумент не работает там, где эта предпосылка, скорее всего, не соответствует действительности, именно поэтому суды не требуют исполнения договоров, заключенных детьми или душевнобольными.

Менее убедительный вариант того же самого обоснования появляется, когда суд отказывается требовать исполнения договора на том основании, что одна из сторон, скорее всего, была некомпетентна, потому что в противном случае она бы не согласилась на подобные условия. Это утверждение неявно предполагает, что суд уверен в том, что он лучше самой стороны разбирается в ее интересах и потому может компетентно судить о ее некомпетентности.

Рассмотрим, в рамках современной правовой доктрины, пример того, как подобная уверенность может оказаться ложной.

Я соглашаюсь поставить вам в срок до 10 января 10 тысяч единиц изготовленных на заказ устройств. Кроме того, я соглашаюсь в случае несоблюдения сроков поставки выплатить вам возмещение в размере 100 тысяч долларов. Если я не произведу поставку, вы подадите иск. Получите ли вы возмещение убытков?

Ответ зависит от того, сочтет ли суд, что 100 тысяч долларов — разумная оценка тех издержек, которые возникнут у вас из-за того, что я нарушу свои обязательства. Если да, то *заранее оцененные убыт-*

ки могут быть взысканы по суду. Но если суд сочтет, что 100 тысяч долларов — завышенная оценка реальных издержек, он может решить, что это условие о *штрафных санкциях,* а оно не имеет исковой силы.

Эта политика исходит из двух предпосылок: что суд в состоянии оценить реальные издержки нарушения мною обязательства настолько хорошо, чтобы распознать штрафные санкции, и что штрафные санкции всегда неэффективны. Первое допущение, возможно, ошибочно, второе несомненно ошибочно.

Чтобы понять почему, рассмотрим анализ выбора между правилом собственности и правилом ответственности в главе 5. По правилу ответственности, если я использую вашу собственность без разрешения, я должен выплатить возмещение убытков, отражающее причиненный вам ущерб. По правилу собственности, если я хочу использовать вашу собственность, я должен сначала получить у вас разрешение. Если я его не получу, я понесу наказание, направленное не на то, чтобы возместить причиненный вам ущерб, а на то, чтобы гарантировать, что впредь я не буду использовать вашу собственность без вашего разрешения.

Пункт о штрафных санкциях — частный вариант правила собственности. Я передал вам право собственности на мою поставку в срок до 10 января. Если я захочу произвести поставку после этого срока, я должен приобрести ваше разрешение. Если я не выполню свои обязательства по договору и не получу от вас разрешение аннулировать договор, я буду выплачивать штрафные санкции.

Как и в главе 5, у сторон могут быть веские основание для того, чтобы выбрать правило собственности вместо правила ответственности. Они могут считать, что издержки перехода ресурсов к тому, кто ценит их наиболее высоко, посредством рынка будут меньше, чем при помощи судебной системы,

потому что издержки соответствующих рыночных трансакций низки, потому что расходы на использование суда высоки, а возможно, и по обеим причинам одновременно.

Возможно, мы с вами предполагаем, что между нами будет происходить множество подобных трансакций, и потому заинтересованы в поддержании репутации разумных людей, с которыми можно вести дела. Я уверен, что, если у меня возникнут проблемы с поставкой в срок до 10 января, мы сможем договориться на разумных условиях. Далее предположим, что мы оба невысокого мнения о компетентности судей и оба предпочитаем не тратить лишние деньги на адвокатов. В нашем случае, возможно, вполне разумно выбрать пункт о штрафных санкциях, исходя из того, что он едва ли будет применяться часто, вместо того чтобы предоставлять суду полную свободу решать, каково должно быть возмещение убытков. Однако та же самая правовая система, которая регулярно обеспечивает соблюдение правил собственности, созданных судьями и законодателями, отказывается обеспечивать соблюдение правил собственности, созданных в частном порядке людьми, на которых они налагают обязательства.

Разберемся с принуждением

Грабитель останавливает вас на темной, пустынной аллее и предлагает выбор: вы даете ему сто долларов или он вас убьет. Вы отвечаете, что это подходящая цена за вашу жизнь, но у вас нет при себе столько наличных. Он готов принять чек. Должно ли у вас быть право отменить выплату, когда вы доберетесь домой? Должен ли иметь исковую силу договор, заключенный под принуждением?

Довод в пользу признания исковой силы такого договора состоит в том, что в противном случае гра-

битель отказался бы принять ваш чек — или бы принял его, а затем, чтобы вы не заблокировали оплату, убил бы вас и обналичил чек, прежде чем банку станет известно о вашей смерти. С этой точки зрения даже договор, заключенный под принуждением, приносит выгоду обеим сторонам и потому должен иметь исковую силу. Вы предпочитаете отдать сто долларов, но сохранить жизнь, грабитель — получить сто долларов и не убивать вас. В чем проблема?

Проблема в том, что в случае признания исковой силы подобных договоров предлагать выбор между кошельком и жизнью станет очень прибыльным делом — у большинства из нас на банковском счете больше денег, чем в бумажнике. Выгода от признания исковой силы подобных договоров в том, что, если на вас нападет грабитель, у вас будет больше шансов выкупить свою жизнь. Эти шансы следует сопоставить с более высокой вероятностью ограбления. Скорее всего, действующая в настоящее время правовая норма, в соответствии с которой договоры, заключенные под принуждением, считаются недействительными, эффективна.

Но это верно не во всех обстоятельствах. Мирный договор — это договор, заключенный под принуждением, тем не менее большинство из нас полагают, что мир, в котором страны могут подписывать мирные договоры и выполнять их, лучше мира, в котором победитель уничтожает побежденного, прежде чем будет знать наверняка, что война выиграна. То же самое, в более скромных масштабах, касается трансакции, в которой военнопленный обещает отказаться от попытки побега. Действительно, военнопленных очень часто отпускали домой под честное слово — с обещанием не возвращаться в армию до тех пор, пока они не будут обменены на пленного такого же звания с другой стороны. Система освобождения под честное слово делала войну в некотором смысле менее затратной для обеих сторон, и, возможно, каким-то образом

поддерживала войны, хотя едва ли этот эффект был очень значим, и существенно уменьшала издержки, которые несли и пленные, и те, кто брал их в плен.

В качестве примера такого же рода выбора в несколько иных обстоятельствах рассмотрим случай, о котором недавно писали во всех газетах, — попытку испанского судьи экстрадировать Аугусто Пиночета из Англии, чтобы в Испании провести над ним суд за преступления, которые он совершил, будучи диктатором Чили. Правовые нормы, в соответствии с которыми бывшие диктаторы получают неприкосновенность, удешевляют для них совершение преступлений, пока они находятся у власти. Но правовые нормы, в соответствии с которыми бывшие диктаторы несут ответственность за подобные преступления, могут привести к тому, что добровольный отказ от власти будет обходиться им слишком дорого. Пиночет — один из редких примеров диктатора, который добровольно передал власть выборному правительству. Если он в конце концов окажется в испанской тюрьме, следующий диктатор, возможно, не совершит подобной ошибки.

До сих пор мы обсуждали реальное принуждение: кошелек или жизнь. Есть и другие виды договоров, исковую силу которых суды отказываются признавать, ссылаясь на принуждение, но это принуждение иного рода, и решения суда должны обосновываться при помощи других доводов. Мы рассмотрим два совершенно различных примера, один из них мне нравится называть *квази*бесспорным принуждением, другой — *псевдо*принуждением.

Переговоры на тонущем судне

Ваше судно стоимостью 10 миллионов долларов попало в шторм, разбито и постепенно идет к дну. К счастью, появляется буксир и предлагает его спасти. К несчастью, капитан буксира, зная стои-

мость вашего судна, просит 9 миллионов долларов за свои услуги. Если вы не примете его предложение, он с радостью возьмет на борт вас и вашу команду, оставив судно тонуть. Вы соглашаетесь на его цену, он без приключений отводит судно в гавань, а вы отказываетесь платить, утверждая, что ваше согласие было получено под принуждением. Морской суд приходит к выводу, что разумная цена за буксировку составляет миллион долларов, и, соответственно, переписывает ваше соглашение.

Переговоры с капитаном буксира, когда вы стоите по щиколотку в воде, конечно же, могут показаться вам принуждением. Но ситуация отличается от реального принуждения — кошелек или жизнь — в одном важном отношении. В беду вы попали по вине грабителя, буксир же спасает вас от беды. Он не виноват в том, что ваше судно тонет.

Высказанный ранее довод против признания исковой силы договоров, заключенных под принуждением, здесь включает обратный ход. Если упростить грабителю процесс получения денег от вас, повышается вероятность того, что кто-то вас ограбит, что само по себе плохо. Увеличение суммы, которую буксир может выручить за спасение вашего судна, увеличивает вероятность того, что, если вы начнете тонуть, буксир окажется где-то рядом, что само по себе хорошо. Если мы должны обосновать отказ признавать исковую силу таких договоров, нам нужны другие доводы.

Первый шаг к таким доводам — спросить, какова та эффективная цена, которую должен назначить за свои услуги буксир, — цена, максимизирующая чистую выгоду для всех заинтересованных сторон. Поскольку платеж сам по себе является всего лишь перераспределением средств, это означает, что нужно спросить, как стимулы, создаваемые ценой, повлияют на действия людей, которые владеют буксирами, и на действия людей, чьим судам может понадобиться буксир.

Рассмотрим вопрос сначала с точки зрения владельца буксира, который решает, потратить ли ему лишние сто тысяч долларов на то, чтобы на один процент увеличить вероятность того, что он окажется в нужное время в нужном месте, чтобы спасти тонущее судно. Возможно, он принимает решение о том, следует ли в штормовую погоду выходить в море и искать суда, терпящие бедствие, или установить круглосуточное дежурство у передатчика в надежде поймать сигнал о помощи. В каком случае он примет решение потратить дополнительные деньги и в каком случае (с точки зрения эффективности) ему следовало бы принять это решение?

Он потратит их, если сможет получить не менее 10 миллионов долларов, так как в этом случае (без учета сложностей, связанных с неприятием риска) потраченные им 100 тысяч долларов принесут среднюю прибыль в размере по меньшей мере 100 тысяч долларов. Ему следует потратить их, если стоимость судна составляет по меньшей мере 10 миллионов долларов, поскольку в этом случае социальная выгода от его действий — один дополнительный процент вероятности спасения тонущего судна — будет по крайней мере равна их издержкам. Если мы хотим, чтобы он был заинтересован в принятии этих и только этих мер предосторожности, мы должны позволить ему взимать полную стоимость судна в качестве цены за его спасение. Любая меньшая цена означает, что, когда он будет принимать меры предосторожности, часть выгод достанется владельцу судна. Это положительный внешний эффект, а результат — уровень мер предосторожности ниже оптимального.

Рассмотрим далее ситуацию с точки зрения стимулов владельца судна. Предположим, что вероятность того, что судно будет спасено, составляет 50%, что бы ни делали владельцы буксиров. Судовладелец должен решить, какие риски брать на себя при использовании судна, — например, должен ли

он оставить судно в порту во время шторма или же выйти в море, взяв на себя небольшой риск того, что судно может потерпеть бедствие. Как он будет принимать это решение и как (с точки зрения эффективности) он должен его принимать?

Предположим, что выход в море в шторм означает 2%-ю вероятность, что судно потерпит бедствие. Далее предположим, что в свете проведенного выше анализа, если судно спасают, ценой за спасение будет выплата его полной стоимости. Отсюда следует, что издержки отправки судна в море для его владельца составляют 1%-ю вероятность того, что оно утонет, плюс еще 1%-ю вероятность того, что придется заплатить владельцу буксира 1 миллион долларов за его спасение. Судовладелец отправит судно в море только в том случае, если выгода от этого составит не меньше 200 тысяч долларов.

Для него это правильный расчет, но он ошибочен с точки зрения эффективности. Выход судна в море приводит ко всего лишь одному шансу из ста, что оно затонет, потому что в половине случаев оно будет спасено. Спасение приведет к убыткам в 10 миллионов долларов для судовладельца и к такой же выгоде для владельца буксира. Поэтому выход судна в море эффективен, если выгода составляет не менее 100 тысяч долларов. Чтобы такие действия были в интересах судовладельца, цена, запрошенная владельцем буксира, должна равняться нулю. Если она выше нуля, судовладелец создает положительный внешний эффект для владельца буксира каждый раз, когда рискует своим судном, поэтому он рискует им реже, чем ему следовало бы.

Пока что я не учитывал реальные издержки буксира: затраты времени, риск и расход топлива на буксировку поврежденного судна назад в порт. Если мы заново проделаем наш анализ с учетом этих факторов, то придем к выводу, что цена, которая создает для судовладельца правильный сти-

мул поберечь свое судно, будет равна фактическим затратам на его спасение. Читатели, которых интересует более строгое изложение и которые готовы мириться с необходимой для этого математикой, найдут его на моем сайте.

Мы только что показали, что есть две эффективные цены. Одна, полная стоимость судна, дает владельцу буксира правильные стимулы к тому, чтобы быть готовым к спасению тонущих судов. Другая, стоимость спасательной операции, создает для судовладельца надлежащий стимул избегать ситуаций, в которых его судно придется спасать. Где между двумя этими ценами должна находиться цена, зависит от того, насколько каждая из сторон восприимчива к соответствующим стимулам. Если судовладелец может принять лишь небольшое число мер, которые стоит принимать при цене 10, но не 5 миллионов долларов, снижение цены до 5 миллионов может привести лишь к незначительной неэффективности на стороне владельца буксира. Аналогичным образом, если есть лишь несколько случаев, в которых стоит выходить в море, если спасатели запрашивают лишь оплату своих издержек, но не половину стоимости судна, тогда цена в 5 миллионов долларов вызовет лишь незначительную эффективность на стороне судовладельца. Взвешивая подобные соображения, в принципе можно найти наименее плохую цену, которая сведет к минимуму неэффективность, вызванную неадекватными стимулами для обеих сторон.

Логика этой проблемы знакома по предшествующим главам. Проблема двух эффективных цен, которую я здесь подробно описал, — это просто проблема обоюдной причинной обусловленности у Коуза применительно к тонущим судам, а не к загрязнению воздуха или шуму аэропорта. Она снова появится в следующей главе в контексте автомобильных аварий, причиной которых также являются действия обеих сторон. Причина, по ко-

торой она здесь выглядит иначе, в том, что это примеры обоюдной причинной обусловленности для плохих вещей, таких как автомобильные аварии или загрязнение воздуха, которые мы хотим устранить. А в этот раз нас интересует обоюдная причинная обусловленность спасательных работ, которые мы хотим поощрить. Решение — то же, что мы нашли в главе 7: создайте стимул там, где он принесет больше пользы.

Пока мы сделали вывод, что эффективная цена установится где-то между стоимостью судна и затратами на спасательные работы. Второй вывод состоит в том, что нет причин ожидать, что к ней можно прийти путем переговоров. Переговоры происходят, когда судно идет ко дну и буксир уже прибыл, после того, как и судовладелец, и владелец буксира уже приняли все значимые решения. Единственное решение, которое остается принять, — спасать судно или дать ему утонуть, и все уже знают правильный ответ на этот вопрос.

Все его знают, но мы можем его и не получить. Переговоры происходят в ситуации двухсторонней монополии. Каждая из сторон пытается получить максимальную выгоду, а пока они спорят, судно идет ко дну. Это подсказывает хороший довод в пользу действующей правовой нормы, которая позволяет адмиралтейскому суду изменять договор со слишком односторонними условиями. Это уменьшает риск того, что судно затонет, пока стороны спорят по поводу цены.

Внимательные читатели могут поинтересоваться, как этот анализ, в котором наилучший возможный результат приводит к неэффективности с обеих сторон, соотносится с теоремой Коуза. Ответ в том, что в коузовском мире, в котором все трансакционные издержки были бы равны нулю, судовладельцы и владельцы буксиров заранее договаривались бы о том, когда буксиры должны быть там, где они могут понадобиться судам, о том,

насколько охотно суда будут выходить в море в шторм, и так далее. Достаточно детально разработанный договор в мире с нулевыми трансакционными издержками привел бы к полностью эффективному результату. Я неявным образом включил трансакционные издержки в свой анализ, предположив, что переговоры по поводу договора начнутся только после того, как судно начнет терпеть бедствие. Было бы интересно изучить реальный рынок услуг по спасению и посмотреть, где именно в промежутке между этой простой картиной и полностью эффективным вариантом оказываются реальные договоренности.

Псевдопринуждение: договоры присоединения

Последняя категория принуждения, которую признают некоторые суды, хорошо знакома всем нам — это типовые договоры, предлагаемые на условиях «принять что-либо или отказаться». Когда вы арендуете машину у *Avis*, вам не нужно договариваться ни о цене, ни об условиях договора. Вам предлагается набор опций, которые вы можете либо принять, либо отказаться, и потому у вас есть выбор: подписать договор либо обратиться в *Hertz* или *Budget*. На нынешнем юридическом языке они называются термином, позаимствованным несколько десятков лет назад из французского, — *contracts of adhesion*, договоры присоединения.

Это немного напоминает принуждение. Без сомнения, в сделке, все условия которой определены одной стороной, есть некоторая односторонность. Если вы представляете себе переговоры по поводу договора как конфликт, в котором каждая сторона получает только то, за что торгуется, естественно предположить, что договор окажется таким же односторонним, как и переговоры.

Причины, по которым это не так, уже обсуждались. Компания *Avis*, составляя договор, знает, что ей еще придется убеждать вас подписать его. Она, конечно, составит наиболее благоприятный для себя договор, который, как она рассчитывает, вы подпишите. Но сделать это можно, составив эффективный договор, тем самым максимизировав общую прибыль, а затем назначив самую высокую цену, которую, по ее мнению, вы готовы заплатить, и тем самым присвоив как можно больше этой выгоды.

У нас остается вопрос, почему *Avis*, *Hertz* и многие другие фирмы решили использовать типовые договоры. Есть две очевидные причины. Во-первых, они хотят сократить издержки составления договоров. Если вы заключаете одни и те же соглашения с миллионами клиентов в год, гораздо дешевле составить один договор с вариантами, которые охватывали бы возможные различия в предпочтениях ваших клиентов, чем заново составлять договор для каждой новой трансакции.

Вторая причина заключается в том, что типовой договор уменьшает риск того, что служащие станут обманывать компанию. Предположим, что компания *Avis* возложила на всех служащих в приемной обязанность договариваться об арендной плате в каждом конкретном случае. Так, 5 долларов служащему и 20 долларов *Avis* — более выгодная для меня сделка, чем цена в 30 долларов, на которой будет настаивать служащий, если я не дам ему взятку. Но для *Avis* эта сделка хуже.

Эти аргументы касаются вопроса о том, должны ли типовые договоры вообще считаться подозрительными с правовой точки зрения. Я считаю, что не должны. Остается возможность того, что в некоторых случаях такие договоры могут оказаться подозрительными по особым причинам — например, когда договор настолько запутанный, что клиент не понимает, что он подписывает.

Эта ситуация ставит обоснованные вопросы перед судом, пытающимся определить, на что согласился клиент; очевидно, что условия, напечатанные серым шрифтом шестого кегля и запрятанные в орнаментальной рамке страницы, не выдерживают проверки. С другой стороны, одной из причин того, что договоры, составляемые в нашей правовой системе, разработаны столь тщательно, могут быть опасения, что суды станут истолковывать любую неясность, как то, о чем должен говорить договор по их мнению, а не по мнению сторон по договору. Один из способов защиты от этого — прописать в договоре все детали. Мы вскоре вернемся к этой проблеме и к тому, как мы можем с нею справиться. Аналогично одна из причин того, почему договоры могут содержать крайне односторонние условия, в том, что стороны стремятся ограничить способность судов истолковывать договор и полагаются на неправовые сдерживающие факторы, такие как репутация, чтобы предотвратить реальное обеспечение исполнения этих условий в судебном порядке.

Договор, договор, у кого договор?

> Отто был бы наследником Бильбо, если бы не усыновление Фродо. Он внимательно прочитал завещание и фыркнул. К сожалению, оно было очень ясное и правильное (согласно обычаям хоббитов, которые среди прочего требовали семь подписей свидетелей, сделанных красными чернилами).
>
> (*Д. Р. Р. Толкин.* Братство кольца)

Выше, когда я рассматривал различные причины, по которым договор может не иметь исковой силы, включая возможность того, что соглашение не было добровольным, я предполагал, что договор

существует. Следующий круг вопросов появляется, когда необходимо решить, а был ли договор, исполнения которого можно требовать по суду.

Мы договорились встретиться завтра и пообедать в ресторане. Если вы не придете, имею ли я право подать на вас в суд? Вероятно, нет. Степень того, насколько обязательными считаются договоренности, может быть очень разной, и не со всеми из них имеет дело правовая система. Нам нужны способы проведения различий между заявлением о намерениях, не имеющим исковой силы, и имеющим исковую силу договором, чтобы люди могли сообщать о своих намерениях, не рискуя при этом быть втянутыми в дорогостоящие отношения с правовой системой.

Одно из решений проблемы — соблюдение формальностей. Чтобы соглашение считалось договором, на нем должна стоять подпись красными чернилами, или фиолетовая сургучная печать, или же оно должно быть нотариально заверено, или передано соответствующему официальному лицу, или все вместе. Такие правила определяют язык, который образован действиями, а не звуками, и потому скажите нам, как именно действия указывают на то, что «согласно нашим намерениям, это соглашение должно иметь исковую силу».

В различных правовых системах использовались самые разные подходы к определению того, имеет ли договор обязательную силу. Один из самых важных подходов в нашей правовой системе — считать договором только такое соглашение, по которому каждая из сторон что-то получает, — принцип, известный под названием «*доктрина встречного удовлетворения*». Отсюда возникает интересная проблема.

Мой богатый дядюшка в порыве щедрости объявляет на семейном праздновании Рождества, что такой умный молодой человек, как я, должен учиться в колледже и что он готов за него запла-

тить. Полгода спустя, после того, как меня зачислили в Гарвард, я посылаю ему счет: 25 тысяч долларов за обучение и проживание. Он отсылает мне его обратно с запиской, в которой объясняет, что обещал не всерьез. Когда я возмущаюсь, он советует мне обратиться к его адвокату, который терпеливо мне объясняет, что, поскольку я не давал дяде ничего в обмен на его обещание, встречного удовлетворения нет, а значит, нет и договора, имеющего исковую силу.

К счастью для меня, ситуация не столь проста. Я подаю иск, ссылаясь на доктрину «пагубного доверия». Я ничего не дал ему в обмен на его обещание, но я потратил много времени и сил и даже собственные деньги, чтобы поступить в Гарвард, а также отказался от нескольких привлекательных предложений о работе. Все эти издержки появились из-за того, что я доверился его обещанию, и они дают мне основание утверждать, что обещание было договором и должно иметь исковую силу.

Его обещание создало для меня издержки, поэтому есть некоторые основания считать его ответственным. Возможно, договорное право не очень подходит в данном случае в силу отсутствия большинства признаков, по которым мы обычно распознаем договоры. Другая альтернатива — рассматривать такое скоропалительное обещание как деликт. Еще одна альтернатива — никак его не наказывать, исходя из теории, что прежде, чем полагаться на это предложение, я должен быть оформить его в письменном виде: нотариально заверить, заверить печатью и подписями семи свидетелей, сделанными красными чернилами.

Интересно, что требование о встречном удовлетворении отсутствует в праве собственности. Если я подарю вам участок земли без встречного удовлетворения, он будет вашим; я не смогу через месяц передумать и забрать его обратно. Возможное объяснение состоит в том, что в имущественном пра-

ве есть другие способы определения, произошла ли передача прав: согласно закону о мошенничестве, любая передача имущества должна быть оформлена в письменном виде.

Договоры, в которых меньше двух сторон: о кошках и жертвах аварий

Может ли существовать договор, если одна из сторон не знает о его существовании? Я отвернулся, и моя кошка выскочила за дверь. Я повесил объявление о награде в 50 долларов тому, кто ее вернет. На следующий день сосед привел кошку обратно. После этого ему случайно попалось на глаза мое объявление о награде, и он пришел ее требовать. Имеет ли он по закону право на награду?

Люди, которые видят потерявшуюся кошку и не знают, предложена ли за нее награда, с большей вероятностью попытаются найти ее хозяина, если знают, что, если награда объявлена, они будут иметь право ее получить. Они станут прикладывать больше усилий, тем самым увеличится вероятность того, что моя кошка будет найдена. Это в свою очередь может сдерживать усилия тех, кто ищет кошку, зная о награде, потому что, чем больше вероятность, что кто-то ее найдет, тем меньше шансов, что ваши поиски приведут к награде. Но все вместе это должно привести к увеличению вероятности того, что кошка будет найдена, потому что в среднем, только если она будет найдена быстрее, у информированных искателей будет основание ослабить свои усилия.

Пока мы рассматривали действие правовых норм на стимулы людей, ищущих кошек. А как они действуют на стимулы людей, теряющих их? Если придать таким договорам исковую силу, предлагать награду станет затратно; вам придется выплачивать награду, даже если тот, кто нашел кошку,

узнал о ней после того, как принес ее вам. В итоге мы получим в среднем меньше предложений о награде. Приведет ли общий эффект к увеличению или уменьшению найденных и возвращенных домашних питомцев, зависит от деталей ситуации: функции спроса на потерявшихся кошек, функции предложения для потенциальных искателей.

> «Договор» — не предсуществующая сущность неизменной величины; это не платоновская Форма; это имя, данное обещанию, которое суд сочтет имеющим исковую силу... Ответ на вопрос, является ли возврат потерянной вещи акцептом оферты, должен зависеть от того, будет ли в результате того, что мы признаем это, возвращено больше вещей, — сложный вопрос, между прочим не имеющий отношения к логике. (Познер Р. Экономический анализ права. С. 251)

Философский вопрос у Познера правильный, но его экономический вывод ошибочен. Возврат потерянных вещей, особенно если они мурлыкают, — это благо. Но время, потраченное, когда вы, надеясь на награду, в лепешку расшибаетесь, чтобы найти потерявшуюся кошку, — это издержки. Ключевой вопрос — это не вопрос о том, будет ли возвращено больше потерянных вещей, если такие обещания будут иметь исковую силу, а вопрос о том, будет ли выгода от возврата потерянных вещей выше, чем затраты на их поиск.

В качестве последнего вопроса, вызывающего затруднение, рассмотрим договор с нулевыми сторонами, то есть договор, который никто не подписывал.

Врач случайно проезжает мимо места аварии, останавливается и оказывает медицинскую помощь жертве, которая истекает кровью и находится без сознания. Через неделю жертва получает счет за оказанные услуги. Должна ли она платить по нему?

Согласно действующему американскому законодательству, ответ — да. Чтобы понять почему, снова рассмотрим выбор между правилом собственности и правилом ответственности. Почти при любых обстоятельствах при приобретении услуг действует правило собственности: если я собираюсь оказать вам услуги и жду, что вы мне за них заплатите, я должен сначала получить ваше согласие. Я не вправе предоставить вам услуги, о которых вы меня не просили, а потом выставить вам счет.

Почему бы не рассматривать выставление счета за помощь, о которой никто не просил, как обратную сторону исков за причинение увечий, о которых никто не просил, субсидию по Пигу, призванную компенсировать положительный внешний эффект? Ответ в том, что правило собственности обычно позволяет передать услуги тому, кто их ценит наиболее высоко более дешевым и надежным образом, чем правило ответственности. Если услуга выгодна для меня, вы должны убедить меня приобрести ее. Этот подход дает более дешевый и надежный способ измерить, насколько ценна для меня услуга, чем попытка сначала предоставить ее без моего согласия, а потом подать иск о ее оплате.

Однако жертва аварии не может заключить договор об услугах, потому что она без сознания, даже если услуги настолько ценны, что их стоимость для нее вполне оправдана. Таким образом, в этом случае, в отличие от всех остальных, суды присуждают исполнение обратного правила ответственности, награду по Пигу за оказание помощи, о которой не просили.

Восполняя пробелы

Трудовой договор оперной певицы оговаривает множество возможных причин, по которым она не сможет выступать, но, вероятно, не риск того,

что ее похитят марсиане или страну охватит новая религия, которая запретит пение как уловку дьявола. Как бы тщательно стороны ни составляли договоры, какие-то случайности они все равно не учтут либо потому, что о них никто не подумал, либо потому что они слишком маловероятны, чтобы включать их в договор. Когда маловероятное становится неотвратимым или когда стороны выясняют, что они расходятся во мнении о том, что имеется в виду в договоре, который они согласовали, спор может попасть в суд. Перед судом тогда встает задача восполнить недостающие условия или устранить неясность. Как ему следует это делать?

Один из вероятных ответов: суд должен попытаться выяснить, о чем договорились бы стороны, если бы включили в договор данную случайность или устранили неясность. По причинам, которые обсуждались ранее в этой главе, это означает, что суды должны попытаться найти эффективные условия, такие, которые максимизируют общие выгоды сторон.

Есть два довода в пользу того, чтобы это сделать. Первый довод: эффективность — это хорошо. Второй: такая политика снижает издержки составления договора. Стороны могут не включать в него маловероятные случайности, зная, что, если они возникнут, суд постарается применить те условия, о которых бы они договорились и сами. Один из видов издержек альтернативной политики использования судами пробелов или неясностей как возможность проводить в жизнь собственную программу заключается в том, что у сторон появляются стимулы писать очень длинные договоры.

Если мы примем этот ответ, при толковании договоров возникнет та же проблема, что и при их составлении, — выяснение того, какие условия максимизируют общие выгоды сторон.

Распределение рисков

Я договорился с вами, что поставлю вам в срок до 10 января 10 тысяч штук изготовленных на заказ устройств. Рано утром 1 января пьяный водитель на машине врезается в стену моего склада и уничтожает половину этих товаров. В результате мне нужно их заменить, что обойдется мне в 100 тысяч долларов. Кроме того, я смогу поставить их только через месяц после даты поставки, что еще обойдется вам в 100 тысяч долларов потерянной прибыли с продажи. Пьяный водитель мертв, его наследники — банкроты. Кто оплатит убытки? В главе 6 мы детально разбирали проблему эффективного распределения рисков. Пришло время применить наши результаты.

Один из основных принципов распределения рисков — разделение потерь. Предположим, что я заказал постройку дома большой фирме, которая строит каждый год множество домов. Существует некоторый риск того, что дом сгорит во время строительства. Мы должны возложить этот риск либо на меня, записав в договоре, что я должен буду в этом случае оплатить дополнительные расходы на строительство, либо на строителей. Так как строители строят много домов в разных местах, они могут разделить риск. Я не могу. Хотя бы с этой точки зрения в нашем договоре в любом случае должна быть указана фиксированная цена. Если в договоре не указано, кто несет этот риск, разделение риска дает аргументы в пользу того, чтобы возложить его на строителей.

Профессиональный фотограф полгода делал фотографии в Гималаях по заказу журнала *National Geographic* за 100 тысяч долларов. По возвращении домой он отдает пленку на проявку в местную аптеку сети Walgreen's, где ее теряют. Должны ли они заплатить ему 100 тысяч долларов? С точки

зрения разделения рисков ответ положительный. Walgreen's ежегодно работает со множеством пленок, поэтому может легко объединить риски. С точки зрения морального риска, то есть стимула не терять пленки, ответ отрицательный.

В Walgreen's не могут знать, что это особая пленка. Единственный способ предотвратить ее потерю для них — усилить меры предосторожности для всех пленок. Перед компанией стоит выбор между неэффективно низким уровнем осмотрительности в отношении 10 рулонов пленки и неэффективно высоким уровнем осмотрительности в отношении 10 миллионов рулонов. Фотограф же знает, что эти пленки исключительно ценные, и может избежать проблемы, если отнесет их в специализированную лабораторию и должным образом объяснит владельцу, что это за пленки. Правило, эффективное с точки зрения морального риска, — возложить ответственность на фотографа, потому что он — тот, кому легче всего предотвратить потерю пленок. Собственно, это правило, названное «правилом Хэдли против Бэксендейла» в честь одного из первых дел, и является здесь законом.

В случае фотографа моральный риск и разделение рисков действуют в противоположных направлениях; фирма, составляющая договор, или суд, толкующий его, должны решить, какое действие важнее. В случае фирмы, строящей дома, оба довода идут в одном направлении. Строитель не только лучше меня может разделить риск, он также лучше меня может позаботиться о том, чтобы дом не сгорел во время строительства.

Третий фактор, имеющий отношение к распределению риска, — это неблагоприятный отбор. Посмотрим еще раз на нью-йоркскую беду с заказанными устройствами. Я не знал, что этот пьяный водитель врежется именно в эту стену. Но, возможно, я гораздо больше вас знал о вероятности того, что что-нибудь (авария, забастовка или ошибки

в планировании) может помешать мне в срок поставить вам товар. Если наш договор возлагает на меня ответственность за проистекающие из этого убытки, вам не нужно беспокоиться об этом риске, когда вы решаете, у кого купить товар. Вы знаете, какую цену я запрошу, и знаете, что я застрахован от риска срыва поставки. Если в договоре указано, что этот риск несете вы, вы должны будете выяснить, насколько надежны другие поставщики, а также узнать их цену, чтобы решить, кто предлагает наилучшие условия сделки.

Как показывает этот пример, моральный риск и неблагоприятный отбор обычно действуют в одном направлении. По общему правилу у стороны, которая контролирует часть процесса производства, больше возможностей как предотвратить убытки, так и предсказать их. Отсюда следует, что эффективный договор обычно будет перекладывать убытки, связанные с тем, что что-то пошло не так, на сторону, которая контролирует это «что-то».

Как выйти из договора: эффективное нарушение

1929 год. Я заключаю с вами договор на расчистку участка, который планирую застроить через несколько лет; мы договариваемся о цене и графике работ. При составлении договора мы охватываем ряд проблем, которые могут возникнуть: наводнение может затопить землю, вы можете столкнуться с забастовкой, я могу оказаться втянутым в судебную тяжбу по поводу моего правового титула на землю. Одна из случайностей, которую мы никак не отразили в договоре, — Великая депрессия. Два года спустя, когда вы собираетесь начать расчищать земли, на рынке недвижимости происходит крах; цена расчищенной земли будет меньше стоимости ее расчистки. Я сообщаю вам, что не хочу

расчищать землю; вы отвечаете, что у вас договор о расчистке земли и вы ожидаете, что вам по нему заплатят.

Как показывает этот пример, нарушение договора — не всегда зло; бессмысленно тратить кучу денег на расчистку земли, которую никто не хочет застраивать. В связи с этим возникает важный для договорного права вопрос: можно ли разрешить нарушение договора, а если да, то какое возмещение убытков сторона, нарушившая договор, должна заплатить пострадавшей стороне?

Простейшая правовая норма — не налагать совсем никаких санкций. Некоторые проблемы, возникающие в связи с этим, обсуждались выше в этой главе, в контексте *оппортунистического нарушения* — строитель, который берет деньги и уходит, или покупатель, пересматривающий цену после того, как дом уже построен. Другие проблемы возникают, когда обе стороны намеривались честно выполнять договор в момент его подписания.

Мы договариваемся о сделке, которая, как мы ожидаем, сделает каждого из нас на 100 тысяч долларов богаче. После подписания договора происходит какое-то событие, которое увеличивает мои затраты на 150 тысяч, превращая 100 тысяч долларов прибыли в 50 тысяч долларов убытков. Выполнение договора по-прежнему эффективно, поскольку ваша прибыль более чем уравновешивает мои потерю. Но для меня это чистый убыток, поэтому в мире, в котором договоры не имеют исковой силы, я его нарушу.

А возможно, и нет. Я информирую вас о том, что собираюсь нарушить договор и о причинах нарушения. Вы в ответ предлагаете заплатить мне дополнительно 60 тысяч долларов, чтобы я исполнил обязательства по договору. Теперь выполнение договора делает меня богаче на 10 тысяч долларов, а вас — на 40 тысяч, поэтому больше нет никаких причин нарушать договор.

Как подсказывает этот пример, теорема Коуза применима даже в мире, в котором договоры не имеют исковой силы. Если трансакционные издержки достаточно низкие, договоры, выполнение которых выгодно, будут выполняться. Проблема договоров, не имеющих исковой силы, в том, что они могут привести к постоянным дорогостоящим пересмотрам, в ходе которых стороны будут представлять в ложном свете издержки и выгоды в попытке добиться для себя более выгодных условий.

Далее рассмотрим противоположную крайность, правовой режим, в котором нарушение договора запрещено. Сторона по договору имеет право требовать реального исполнения договора. Невыполнение будет караться суровыми наказаниями.

Ситуация та же самая, что и раньше, за исключением того, что на этот раз мои затраты выросли на 300 тысяч долларов, превратив 100 тысяч прибыли в 200 тысяч убытков. Мои убытки больше вашей прибыли, поэтому эффективное решение — расторгнуть договор. Но ваше благосостояние все равно увеличится, если я выполню договор, и на этот раз у вас по закону есть право заставить меня это сделать. Выполнение договора неэффективно, но прибыльно для вас, поэтому вы заставляете меня его выполнить.

А возможно, и нет. Я предлагаю заплатить вам 150 тысяч долларов за разрешение нарушить договор (строго говоря, это не нарушение, раз я имею на то ваше разрешение, но, если я буду обращать внимание на это различие, мне придется использовать в разных местах термины «прекратить», «разорвать» и «нарушить» для обозначения, по сути дела, одного и того же действия, поэтому я буду пользоваться одним термином «нарушить»). Вы принимаете мое предложение. Теперь нарушение договора делает нас обоих на 50 тысяч долларов богаче, чем его выполнение, поэтому мы нарушаем. Обобщив этот аргумент, мы видим, что, если трансакционные издержки низки, правило реального

исполнения договора приводит к эффективному результату. Договоры нарушаются тогда и только тогда, когда их исполнение приносит чистые потери.

И здесь проблемы возникают из-за трансакционных издержек. Когда какая-то неожиданная проблема делает для одной из сторон крайне затратным выполнение ее части обязательств по договору, правило реального исполнения договора создает проблему двусторонней монополии при переговорах. Я готов, если это необходимо, заплатить вам любую сумму в пределах 200 тысяч долларов за разрешение нарушить договор. Вы готовы, если необходимо, принять любую сумму, превышающую 100 тысяч долларов. Результатом могут стать затяжные дорогостоящие переговоры, особенно если учесть, что в реальном мире издержки и выгоды не столь очевидны, как в моем примере. Каждая сторона имеет стимулы солгать об издержках, чтобы добиться более выгодных условий, и имеет стимулы не доверять заявлениям другой стороны. В результате переговоры могут сорваться, что приведет к исполнению договора, который было бы эффективнее нарушить.

И отсутствие исковой силы, и реальное исполнение договора — это правила собственности в том смысле, в котором мы говорили о них в главе 5. Если договор не имеет исковой силы, стороны имеют право его нарушить, поэтому договор исполняется, только когда обе стороны согласны. При реальном исполнении договора каждая сторона имеет право заставить другую сторону выполнить договор, поэтому нарушение происходит, только когда обе стороны дали согласие. В обоих случаях механизм, приводящий к эффективному результату, путем передачи прав тому, кто ценит их выше, — это переговоры. И в обоих случаях подобные переговоры потенциально могут породить серьезные издержки.

Соглашения, лишенные исковой силы, широко распространены, хотя мы и не называем их договорами. Реальное исполнение договора — редкое

правило, за исключением договоров о продаже недвижимости. Выполнение таких договоров едва ли будет очень неэффективным: если недвижимость, которую я согласился вам продать, стала для меня более ценна и я не могу убедить вас аннулировать договор, я всегда могу продать вам ее, а потом выкупить обратно.

Альтернативой правилу собственности является правило ответственности: разрешить нарушение, но заставить виновную сторону выплатить возмещение убытков. Это имеет смысл, если мы полагаем, что регулирование нарушения договора при помощи пересмотра его условий оказывается слишком дорогостоящим. Но здесь встает новая проблема: как оценить убытки, чтобы получить эффективный результат.

Ответ кажется очевидным. Если я хочу нарушить договор, я должен заплатить вам достаточную сумму, чтобы ваше благосостояние было таким же, как если бы я выполнил договор, — решение проблемы внешних эффектов по Пигу. Возлагая на меня ответственность, закон заставляет меня принимать во внимание все издержки, которые могут создать мои действия. Если моя выгода от нарушения договора превышает ваши убытки, мне следует его нарушить, и я его нарушу. Если нет, мне не следует его нарушать, и я этого не сделаю. Юридическое название для этого правила — *убытки в виде упущенной выгоды*. Если я нарушу, я должен заплатить вам сумму, достаточную для обеспечения результата, которого вы ожидали от моего выполнения договора.

Этот аргумент станет понятнее, если вернуться к нашему более раннему примеру. Вы ожидаете заработать 100 тысяч долларов на нашем договоре. В соответствии с нормой о компенсации упущенной выгоды, если я нарушаю договор, я должен заплатить вам 100 тысяч долларов. Если выполнение договора будет стоить мне больше 100 тысяч долларов, я его нарушу и правильно сделаю. Если оно

стоит мне менее 100 тысяч долларов, я его не нарушу и не должен нарушать.

Это правильная норма, если мы заботимся только об эффективном нарушении договора, но (как обычно) на самом деле все сложнее. Отдельная правовая норма влияет на стимулы в самых разных областях; мы должны их все принимать во внимание, выбирая правильную норму. Один из способов избежать издержек, связанных с нарушением договора, — выполнить его. Другой — прежде всего его не подписывать. Как норма о компенсации упущенной выгоды влияет на стимулы, затрагивающие это решение?

Заключение договоров, которые вы, возможно, захотите расторгнуть: эффективное подписание

Предположим, что, если все идет хорошо, подписание и выполнение договора принесет нам 100 тысяч долларов. Если что-то пойдет не так, подписание договора и его последующее нарушение с моей стороны сделают вас на 100 тысяч долларов богаче, а меня — на 1 миллион долларов беднее. Решая, подписывать ли мне такой договор, я учту эти факты.

Вероятность того, что что-то может пойти не так, сделав нарушение эффективным, составляет один к десяти. Девять раз из десяти я заработаю 100 тысяч долларов, один раз из десяти — потеряю 1 миллион. В среднем я потеряю деньги, поэтому не буду подписывать договор.

Но если смотреть не с моей точки зрения, а с нашей общей, мне следует его подписать. Если принять во внимание издержки и выгоды обеих сторон, девять раз из десяти мы заработаем 200 тысяч долларов, один раз из десяти — потеряем 900 тысяч. В среднем мы заработаем. Мы должны пересмотреть условия договора таким образом, чтобы и в моих, и в ваших интересах было его подписать.

Это было бы достаточно легко сделать, если бы мы оба знали, какова вероятность того, что каждый из нас нарушит договор. Как правило, я плохо осведомлен о событиях, которые могут заставить вас нарушить договор, а вы в свою очередь — о событиях, которые заставили бы меня его нарушить, и это создает проблему. Поэтому нам нужно правило, по которому каждая из сторон должна знать только о риске, что она нарушит договор, чтобы решить, стоит ли его подписывать.

Мы можем его получить, заменив убытки в виде ожидаемой прибыли на *убытки, понесенные в расчете на выполнение договора*: если я его нарушу, я должен сделать так, чтобы ваше благосостояние было таким же, как в случае, если бы вы не подписывали договор. Я должен выплатить вам компенсацию за любые расходы, понесенные вами в расчете на то, что я его исполню, — отсюда название этой нормы о компенсации, — но я не должен выплачивать вам возмещение за прибыль, которую вы заработали бы, если бы договор был выполнен. Аналогично вы должны будете выплатить мне убытки, понесенные мною в расчете на выполнение договора, если вы его нарушили.

Если я нарушу договор и заплачу вам возмещение убытков, понесенных в расчете на его выполнение, ваше благосостояние в итоге окажется таким же, как оно было бы, если бы вы вообще не подписывали договор. Чтобы решить, подписывать договор или нет, вам нужно всего лишь понять, выгодно ли вам подписание договора, если я его не нарушу. Чтобы это решить, вам нужно знать вероятность того, что вы нарушите договор, поскольку это влияет на риск того, что вам придется платить мне возмещение убытков, но не вероятность того, что его нарушу я. Аналогично, чтобы решить, подписывать договор или нет, я должен знать, какова вероятность того, что его нарушу я, а не того, что его нарушите вы.

Норма о компенсации убытков, понесенных в расчете на выполнение договора, работает, если

мы озабочены тем, подписывать ли договоры, которые могут быть нарушены, поскольку это означает, что вам не нужно знать о риске того, что я нарушу договор, чтобы решить, стоит ли его подписывать. Она приводит к эффективному результату в отношении подписания или отказу от подписания договора при допущении, что каждый из нас знает, какова вероятность событий, которые могут заставить его нарушить договор, но к неэффективному результату в отношении выполнения или невыполнения, поскольку я не учитываю упущенную вами выгоду, когда решаю, нарушить договор или нет. Иначе говоря, убытки, понесенные в расчете на выполнение договора, заставляют меня интернализировать внешние эффекты, созданные подписанием мною договора, который я с некоторой долей вероятности, известной мне, но не известной вам, собираюсь нарушить. Убытки в виде упущенной выгоды заставляют меня интернализировать внешние эффекты, которые создает мое нарушение договора с учетом того, что он уже был подписан.

Неэффективное доверие к договору

Есть еще один аспект, в котором обе правовые нормы приводят к неэффективному результату. Представим себе, что вы размышляете над тем, как выполнить вашу часть договорных обязательств. Один вариант — потратить 900 тысяч долларов на переоснащение вашей фабрики для производства нового продукта. Другой — использовать фабрику как она есть, в результате чего производство продукта будет стоить на миллион долларов дороже, чем на переоснащенной фабрике.

Если с договором все будет в порядке, ваше благосостояние увеличится, если вы произведете переоснащение. Предположим, однако, что есть один шанс из пяти, что какая-то проблема заставит меня

нарушить договор и отменить заказ — после того, как вы переоснастили фабрику, но до того, как произвели продукцию. Четыре раза из пяти переоснащение экономит 100 тысяч долларов. Один раз из пяти оно принесет убыток в 900 тысяч долларов, так как переоснащение фабрики для производства определенной продукции, которую затем не производят, — это впустую потраченные деньги. В среднем эффективнее использовать вашу фабрику в ее существующем виде.

Но для вас выгоднее переоснастить фабрику. Если я нарушу договор, мне придется сделать так, чтобы ваше благосостояние было таким же, как если бы я его не нарушал. Пять раз из пяти ваше решение переоснастить фабрику приносит вам 100 тысяч долларов. Один раз из пяти я теряю 900 тысяч.

Если представить этот аргумент в более широком виде, при каждой норме потенциальные жертвы нарушения решают, насколько они могут рассчитывать на выполнение договора так, как если бы вероятность пострадать от нарушения равнялась нулю, потому что, если другая сторона нарушает договор, жертва получит компенсацию той суммы, которую она потратила впустую в расчете на то, что другая сторона выполнит свои обязательства. Но эффективная политика — рассчитывать на выполнение, только сделав предварительную поправку на риск того, что что-то пойдет не так. И возмещение убытков в виде упущенной выгоды, и возмещение убытков, понесенных в расчете на выполнение договора, приводят к неэффективно высокому доверию.

Есть третья альтернатива, решающая проблему: заранее оцененные убытки. Вместо того чтобы заставлять суд устанавливать ответственность на основании того, какие убытки, с его точки зрения, были причинены, стороны заранее договариваются о том, сколько они выплатят друг другу в случае, если одна из сторон нарушит договор. Поскольку пострадавшая сторона получает одну и ту же сумму, каковы бы

ни были ее расходы в расчете на выполнение договора, заранее оцененные убытки приводят к эффективному уровню доверия. Если предусматривается, что они будут такими же, какими могли бы быть убытки в виде упущенной выгоды, они также приведут в итоге к эффективному нарушению; если предусматривается, что они будут равными убыткам, понесенным в расчете на выполнение договора, в результате будет получено эффективное подписание. Все выглядит так, как будто заранее оцененные убытки однозначно превосходят две другие альтернативы.

Но заранее оцененные убытки должны устанавливаться заранее, когда договор подписывается. Суд, устанавливающий размер возмещения убытков после того, как произошло нарушение, имеет дополнительную информацию о том, насколько велик был реальный ущерб. Таким образом, лучше ли заранее оцененные убытки или хуже, чем другие альтернативы, частично зависит от того, насколько серьезной проблемой является неэффективное доверие, частично — от того, насколько точно убытки могут быть предсказаны заранее, а частично — от того, насколько компетентно суды могут оценивать убытки после факта.

Повторимся

> Есть новость, и единственная повесть,
> Чтоб ты другим поведал.
>
> (*Роберт Грейвз.* Хуану в день зимнего солнцестояния)

Если вы увидели что-то знакомое в анализе санкций за нарушение договора, вы не ошиблись. Основной аргумент в данном случае тот же, что и при анализе оптимального страхования. Убытки в виде упущенной выгоды — это решение проблемы морального риска, она же неэффективное нарушение.

Убытки, понесенные в расчете на выполнение договора, — решение проблемы неблагоприятного отбора, она же неэффективное подписание.

Одна из проблем с устранением морального риска путем возложения риска на одну из сторон заключается в том, что увеличивается моральный риск, исходящий от другой стороны, в результате чего в большинстве случаев эффективное распределение рисков минимизирует неэффективность, вызванную этим риском, но не полностью ее устраняет. Если заставить компанию «Кока-Кола» нести ответственность за взрывающиеся бутылки, это приведет к эффективным мерам предосторожности на заводе, но к неэффективным взрывам, когда кто-то захочет потрясти бутылкой кока-колы на пикнике в День независимости. То же самое и здесь. Я могу контролировать потери, вызванные моим нарушением, за счет того, что не буду нарушать. Вы можете их контролировать за счет того, что не будете слишком полагаться на мое выполнение договора. Правовая норма, которая возлагает на меня ответственность за ваши потери, вызванные моим нарушением договора, создает для меня правильный стимул к тому, чтобы не нарушать его, но создает неправильный стимул для вас, к тому, чтобы слишком полагаться на меня.

Границы мошенничества

> Мы из ружей стреляли, а британцы
> все шли,
> Но их становилось все меньше;
> Мы стреляли еще, и британцы бежали
> По Миссисипи к Мексиканскому заливу.
>
> (Битва за Новый Орлеан)

Война 1812 года проходила в Америке, но мирный договор был подписан в Европе, в результате чего самое прославленное сражение этой войны про-

изошло уже после того, как договор был подписан. То же запаздывание во времени, которое сделала из Эндрю Джексона ненужного героя и в конечном счете президента, породило также знаменитое дело о правовых границах мошенничества — «Лэдлоу против Органа».

Орган, торговец из Нью-Орлеана, одним из первых узнал о Гентском договоре, который положил конец войне, а вместе с ней и британской блокаде Нового Орлеана. Он воспользовался этой информацией, заказав большую партию табака на фирме «Лэдлоу». Когда стало известно об окончании войны, цены на табак взлетели. Компания «Лэдлоу» попыталась отказаться от выполнения обязательств, Орган подал на нее иск в суд — и выиграл.

Экономический аргумент против этого приговора очевиден: если единственная причина, по которой Орган хочет купить табак сегодня, в том, что завтра он будет стоить дороже, трансакция не производит никакой чистой выгоды. Орган получает свою прибыль только за счет компании «Лэдлоу». Он занимается поисками ренты, и любые ресурсы, которые он тратит на эту деятельность, например деньги, потраченные на то, чтобы получить информацию на день раньше, — чистый убыток с точки зрения экономической эффективности.

Этот пример подсказывает очевидный контраргумент. Конкретная цель, ради которой Орган использовал информацию, возможно, и не производит чистой выгоды. Но производство информации само по себе очень ценный вид деятельности, и возможность извлечь выгоду из производства информации, таким образом, дает полезный стимул. Чем быстрее люди в Новом Орлеане узнают о том, что война окончена, тем быстрее они снова займутся экспортом табака.

Рассмотрим спекулянта, который покупает пшеницу сегодня в надежде, что в следующем месяце она будет стоить дороже. Если он прав, это приведет

к тому, что он заработает за счет кого-то, кто в противном случае владел бы пшеницей в тот момент, когда цены пошли вверх. Но есть и еще одно следствие — повышение цены на пшеницу прямо сейчас, когда он знает, а все остальные не знают о том, что в будущем ожидается ее дефицит. Это дает другим людям стимул сэкономить свою пшеницу, организовать дополнительный импорт и самыми разными способами заблаговременно подготовиться к будущим условиям, о которых они еще не знают.

Известный аргумент о том, что спекулянты, выводя товар с рынка, создают дефицит и нестабильность цен, не просто ошибочен, он все ставит с ног на голову. Спекулянт, покупающий пшеницу сегодня, чтобы продать ее в следующем месяце, хочет, чтобы цена была низкой в этом месяце и высокой в следующем, но его действия приводят к противоположным последствиям. Он повышает цену пшеницы, когда она есть в избытке, тем, что ее покупает, и понижает ее цену, когда с нею наблюдаются перебои, тем, что продает, тем самым сглаживая колебания цен. Конечный результат — не создание перебоев и голода, но, наоборот, их предотвращение благодаря тому, что он создает для обычных людей стимул приспосабливать свое нынешнее поведение к будущим условиям, которые может спрогнозировать достаточно квалифицированный эксперт.

Чтобы это сработало, спекулянт должен иметь возможность воспользоваться своим знанием. Если бы людям, которые продали спекулянту пшеницу сегодня, разрешалось отменить сделку после того, как цены выросли, не было бы никакого смысла становиться спекулянтами. Если бы верховный суд Луизианы вынес решение в пользу фирмы «Лэдлоу», а не Органа, и последовательно бы его придерживался в других делах, в результате мы бы получили ослабление спекуляций и усиление нестабильности цен на сельскохозяйственную продукцию.

Но хотя успешная спекуляция одновременно и продуктивна, и выгодна, ее продуктивность не измеряется тем, насколько она выгодна. Если Орган покупает в один день, а на следующий день продает, пользуясь информацией о заключении мирного договора, и если оказывается, что никаких решений в отношении производства или потребления табака в этот промежуток принято не было, он все равно заработает на этой сделке. Таким образом, спекуляция — странный случай экономической деятельности, производящей частную выгоду, которой противостоят внешние издержки — убыток для стороны, которая была бы обладателем товара, когда цены на него пошли вверх, если бы спекулянт у нее его не купил. Конечный результат — создание для спекулянтов стимула производить ценную информацию и доводить ее до общего сведения посредством воздействия, которое их сделки оказывают на цены, но этот стимул не связан с тем, насколько эта информация ценна.

Этот анализ подсказывает возможное оправдание как решения по делу «Лэдлоу против Органа», так и желания судов в некоторых других контекстах признавать договоры недействительными на основании утаивания информации в целях обмана. Мы хотим иметь такую правовую систему, в которой люди, добывающие информацию, могли бы иногда извлекать из этого выгоду. Но мы не хотим иметь систему, в которой люди, к которым попала информация, непосредственным образом касающаяся того, что они продают, — например, тот факт, что корова, которую они продают, тяжело больна, хотя этого не видно, или что продаваемый ими дом известен как дом с привидениями, — имели бы стимул утаивать ее, совершая трансакции, которые могут привести к чистым потерям, а не к чистой выгоде.

Дом с привидениями — это реальное судебное дело. Истец пытался отменить свою покупку после

того, как узнал, что у купленного дома была репутация дома с полтергейстом. Судья вынес решение в его пользу, потому что было ясно, что своей репутацией дом обязан активной рекламной кампании его продавца. Рассказав всем на свете, включая подписчиков журнала *Reader's Digest*, что ее дом полон привидений, хозяйка не имела права утаивать эту информацию от будущего покупателя.

> Независимо от того, является ли источник явлений, которые наблюдал продавец-ответчик, парапсихическим или психогенным, поскольку она сообщила об их присутствии как в общенациональной прессе (*Reader's Digest*), так и в местной... ответчик ограничивается в праве отрицать их существование, и (с юридической точки зрения) дом считается домом с привидениями...
>
> Наконец, если толковать язык договора так широко, как этого желает ответчик, распространяя его на присутствие полтергейста в доме, нельзя сказать, что ответчик передал площади свободными и готовыми для въезда в соответствии с тем, что предусмотрено положениями договора (Дж. Рубин по делу Стамбовски против Экли Rubin, J., in Stambovsky v. Ackely).

Дополнительная литература

Bernstein L. Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry//Journal of Legal Studies. 1992. Vol. 21. P. 115–157.

ГЛАВА 13

Брак, секс и дети

В ПРОШЛОМ в большинстве известных нам обществ основная часть людей заключали браки, большинство браков длилось до тех пор, пока не умирал один из супругов, и большая часть детей рождались в браке, хотя и не всегда они были зачаты в браке. В настоящее время ни одно из этих утверждений не будет верным применительно к Соединенным Штатам.

В связи с этим возникает ряд интересных вопросов. Один из них, существует ли убедительное экономическое объяснение этого факта. Другой — какую роль сыграли в этом процессе правовые нормы, и как причина, и как следствие.

Первый шаг на пути к ответу — задать еще один вопрос: почему в большинстве обществ воспитанием детей и ведением домашнего хозяйства занимаются преимущественно пары, которые вступили в долгосрочное, порой пожизненное, партнерство под названием «брак»?

Почему люди вступают в брак?

Много лет назад я принял предложение о работе на экономическом факультете Калифорнийского университета в Лос-Анджелесе. Для этого мне пришлось переехать на другой конец страны, найти жилье, наладить отношения с новыми друзьями и коллегами — затратные действия, которые могли окупиться, только если я останусь в университете или поблизости от него.

Предположим, что, когда я приехал, я получал заработную плату в размере 40 тысяч долларов. Пару лет спустя декан факультета, конечно же, экономист, производит следующий расчет: «Если Фридман готов был приехать за 40 тысяч долларов, несмотря на трансакционные издержки, которые ему пришлось нести, он захочет остаться и за 30 тысяч. В конце концов, если он уйдет, он не сможет возместить свои затраты на переезд или забрать с собой новых друзей, или...». Декан приглашает меня к себе в кабинет обсудить напряженное состояние факультетского бюджета. Я рад этому разговору. Я тоже экономист и провел свой собственный анализ невозвратных затрат. Я знал, и, вероятно, декан тоже знал, что в первый год работы в университете моя производительность как члена преподавательского состава не будет очень высокой, поскольку я буду постоянно отвлекаться на издержки, связанные с ознакомлением с новой средой, поиском новых коллег, с которыми я мог бы с пользой взаимодействовать, и тому подобные вещи. Теперь, когда этот процесс завершился, я стал полезнее как преподаватель, ученый и коллега. Если он был готов заплатить мне 40 тысяч долларов, чтобы я приехал, он должен быть готов заплатить мне 50 тысяч за то, чтобы я остался. В конце концов у него нет возможности получить обратно деньги, которые он потерял во время моего первого года работы.

Эта история наглядно показывает реальный и важный момент: главная причина долгосрочных договоров в браке или в бизнесе — наличие невозвратных затрат, связанных с отношениями. До того как я переехал в Калифорнийский университет, мы с ним торговались на конкурентном рынке: есть другие университеты и другие экономисты. Как только меня наняли и мы привыкли к нашим отношениям, мы увязли в двусторонней монополии с потенциальными издержками переговоров.

Один из способов сократить эти издержки — долгосрочные договоры, явные, как в случае системы пожизненного найма, или неявные, на что указывает тот факт, что сотруднику урезают заработную плату только в исключительных случаях.

Брак — это крайний пример. Хотя многие из нас хотели бы верить, что наши мужья или жены уникальным образом подходят для этой роли, это не так; если бы это было так, то шансы их найти были бы слишком малы. Однажды я провел приблизительные расчеты и пришел к выводу, что шансы заполучить мою нынешнюю жену составляли один на двести тысяч. Это не слишком противоречит тому факту, что я ее нашел, учитывая механизмы, которые предоставляет наше общество на ранних стадиях поиска, такие, например, как социальная сортировка людей по интересам и образовательному уровню. Мне повезло, но это не было исключительное везение. Это также не противоречит тому факту, что за годы, прошедшие после того, как я ее нашел, я встречал пару других женщин, которые могли бы мне подойти.

Возможно, они бы мне подошли, но с моей стороны было бы глупо глубже исследовать этот вопрос. Когда пара какое-то время живет в браке, она производит множество вложений в отношения, несет издержки, которые окупятся, только если она не разойдется. Каждый из супругов, с существенными затратами для себя, стал экспертом по вопросу о том, как поладить с другим супругом. Оба вложили средства, и материальные, и эмоциональные, в общих детей. Хотя они начинали на конкурентном рынке, теперь они оказались в рамках двусторонней монополии с присущими ей издержками переговоров.

Один из способов уменьшить эти издержки — долгосрочный договор, действующий до тех пор, пока смерть не разлучит нас. Внутри брака остается пространство для переговоров, но устраняется

угроза, что кто-то встанет и уйдет. А переговоры внутри брака могут быть упрощены за счет четко определенных социальных ролей, законов и обычаев, предписывающих каждому его обязанности, а также благодаря знанию о том, что, когда переговоры закончатся, сторонам все равно придется и дальше жить друг с другом.

Такое решение связано со своими издержками. Наиболее очевидные состоят в том, что люди, принявшие неправильное решение, вынуждены продолжать жить с ним. Эту проблему можно смягчить, если более тщательно вести поиски, но устранить ее полностью не удастся. Четкое распределение гендерных ролей могут привести к неэффективному разделению труда, при котором муж, хорошо управляющийся с детьми, должен работать, а жена, умеющая зарабатывать деньги, — сидеть дома. И даже внутри предписанной модели отношений каждый из партнеров сохраняет возможность угрожать тем, что будет придерживаться буквы, а не духа договора. Насколько я знаю, ни с кем пока еще не разводились на том основании, что он плохо готовит или плохо занимается сексом.

Мой любимый пример пределов обеспечения исполнения договора в традиционном виде брака приводит аль-Танукхи, арабский судья, живший в IX веке, который составил сборник анекдотов, чтобы позабавить своих современников:

> Женщина стояла на обочине и ждала визиря Хамида ибн Аббаса, чтобы пожаловаться ему на бедность и попросить милостыню. Заняв свое место, визирь отдал приказ выплатить ей 200 динаров. Казначей, не желающий платить такую сумму женщине низшего класса, переспросил визиря, который сказал, что имел в виду 200 диргемов. Но поскольку Бог заставил его написать динары вместо диргемов, должна быть выплачена та сумма, которая написана.

> Несколько дней спустя какой-то мужчина подал ему прошение, в котором писал, что визирь дал его жене 200 динаров, после чего она возгордилась и решила развестись с ним. Не будет ли визирь так милостив и не прикажет ли ее приструнить? Хамид рассмеялся и приказал выдать мужчине 200 динаров.

В традиционном исламском обществе мужчины могли разводиться с женами, но женщины не могли разводиться с мужьями. Однако визирь и, возможно, аль-Тамукхи воспринимали как должное, что в практическом смысле жена могла заставить дать ей развод, и даже визирь не мог этому помешать.

Если традиционный брак предлагает решение проблемы невозвратных издержек, связанных с отношениями, то почему мы от него отказались? Один из ответов на этот вопрос: в традиционных обществах воспитание детей было чем-то вроде работы на полной ставке или по крайней мере воспитание детей плюс занятия домашним хозяйством. Одна профессия, домашняя хозяйка, поглощала почти половину рабочей силы. Большинство женщин специализировались на том, что работали женой отдельного мужчины.

Два обстоятельства изменили эту ситуацию. Одно — резкий спад детской смертности за последние два столетия. Раньше для того, чтобы быть более или менее уверенной в том, что у нее будет двое-трое детей, женщине приходилось практически без остановки производить детей в течение своего детородного возраста. Сегодня семья, желающая иметь двоих детей, имеет двоих детей.

Вторым изменением было перемещение производства за пределы домашнего хозяйства. Одежда сегодня шьется на фабриках, бекон готовится профессионалами. Одежда может стираться дома, но стирка производится на стиральной машине. Для большинства семей работа домохозяйки превратилась из ра-

боты с полной занятостью в работу с частичной занятостью. В результате женщины стали меньше специализироваться на конкретной работе и конкретном мужчине. Расторжение брака по-прежнему несет с собой существенные издержки, но они значительно ниже, чем двести лет назад, и потому расторгается больше браков. Соответственно изменились наши правовые институты, перейдя от нерасторжимого брака к своего рода разводу по требованию.

«Я отдала ему лучшие годы моей жизни»: проблема оппортунистического нарушения договора

Две фирмы договорились о долгосрочном совместном проекте. Одна проведет исследование и разработку нового продукта, вторая — произведет его и займется его маркетингом. Первая, выполнив свою часть работы, передала свои разработки второй фирме, и в мире, в котором договоры не имеют исковой силы, вторая фирма аннулировала соглашение, производит и продает продукт и оставляет себе деньги. Это проблема оппортунистического нарушения, которая обсуждалась в предыдущей главе в связи со строительством домов.

Пара женится. Следующие 15 лет жена вынашивает детей и растит их — работа с более чем полной занятостью, как могут подтвердить те, кто этим занимался. Муж содержит семью, но не слишком хорошо, поскольку он еще в начале своей карьеры.

Наконец, дети достаточно выросли, чтобы работа по их воспитанию требовала только частичной занятости, и жена может наконец пожить свободной жизнью, которой она заслуживает. Мужа повышают до вице-президента. Он разводится с женой и женится на более молодой женщине.

Эта история больше подходит для мыльной оперы, чем мой первый пример, но экономическая по-

доплека здесь та же. В традиционном браке жена выполняет свою часть их совместного с мужем проекта раньше, муж — позднее. Такой график в сочетании с простотой процедуры развода создает потенциальные условия для оппортунистического нарушения договора, которому способствует и то, что большинство мужчин считают 25-летних женщин привлекательнее женщин 40-летних.

Как только женщины признают эту проблему, что они сегодня уже сделали, они соответствующим образом меняют свое поведение. Один способ — не ограничиваться работой по дому, заниматься своей карьерой и нанимать кого-то убираться в доме и присматривать за детьми. Другой — отложить рождение детей или так распределить его во времени, чтобы график исполнения обязательств обоими супругами был почти одинаковым. Подходят обе тактики, и они могут быть использованы для объяснения изменений, произошедших за последние десятилетия, включая повышение возраста вступления в первый брак и рождения первого ребенка.

Еще один способ — сделать так, чтобы договор было легче заставить исполнить по суду при помощи существенного возмещения ущерба, которое должен выплачивать супруг, нарушивший договор. В некоторой степени так и происходит, хотя есть ряд практических проблем. Одна из них — трудности с обеспечением выполнения подобных правил. Человеческий капитал мобилен, и мужчина, которого заставили выплачивать алименты или пособие на содержание ребенка, может переехать в другую юрисдикцию, затруднив взыскание. Вторая проблема — качество мониторинга, обсуждавшееся выше. Если муж, подавший на развод, должен выплатить крупное возмещение, в качестве альтернативы он может так испортить жизнь своей жене, что она сама будет готова подать на развод. А если мы попытаемся предотвратить это при помощи правовой нормы, которая автоматически предоставляет жене крупную

компенсацию при расторжении брака, мы создаем риск оппортунистического нарушения с противоположной стороны. В итоге сегодня, хотя мужьям иногда приходится платить деньги в случае развода, благосостояние бывшей жены после развода уменьшается, а бывшего мужа — увеличивается.

До сих пор мы говорили об одной странности современного общества: крайней легкости (с исторической точки зрения) и высокой доле разводов. Тот же самый аргумент помогает объяснить менее заметную странность: значительное число людей, которые никогда не женятся. У нас осталась третья загадка: большое и (с исторической точки зрения), возможно, даже беспрецедентное число людей, которые не вступают в брак, но при этом имеют детей.

Дети, рожденные вне брака

Еще одно популярное объяснение резкого роста числа детей, рожденных вне брака за последние несколько десятилетий, — это последствия законов о социальном обеспечении. По сути дела, малоимущим женщинам платят за то, что они имеют детей — возможно, недостаточно, чтобы сделать рождение детей прибыльным в бухгалтерском смысле, но достаточно, чтобы сделать его выгодным для некоторых в более значимом экономическом смысле, который включает как нематериальные, так и материальные выгоды. Женщина, которая не очень хочет иметь ребенка, если знает, что должна будет его сама содержать, возможно, может захотеть его завести, если государство оплатит часть расходов.

Недостаток этого объяснения в том, что, хотя самая высокая доля рождения детей вне брака приходится на малоимущие слои населения, эта доля увеличилась и в той части населения, для которой социальное обеспечение не имеет никакого значения. Таким образом, хотя социальное обеспечение мо-

жет быть одной из причин изменений, оно не может быть единственной причиной. Еще одно доказательство того же: несмотря на недавние сокращения реальных субсидий на рождение ребенка, доля детей, рожденных вне брака, продолжает расти.

Второе объяснение, предложенное моим другом Джеймсом Вудхиллом, состоит в том, что рост количества детей, рожденных вне брака, так же как и разводов, является непрямым следствием уменьшения смертности — на этот раз не детской, а смертности во время родов. До недавнего времени самое опасное, с чем мог столкнуться обычный человек, было рождение ребенка. Вудхилл утверждает, что в результате получался мир, в котором в возрастных группах, значимых для брака, число мужчин превышало число женщин. Таким образом, позиция женщин на рынке была достаточно сильна, чтобы они могли требовать содержание для своих детей в качестве условия вступления в сексуальные отношения с мужчинами и вынашивания их детей. По мере того как улучшалась медицина и менялось соотношение сил, позиции женщин на рынке ослабевали, в результате чего некоторые женщины, желавшие иметь детей, не могли найти мужчину, готового их содержать.

Чтобы добавить живости этой истории, введем еще один фактор. Женщины, как правило, выходят замуж за мужчин на несколько лет старше себя. В середине шестидесятых, когда дети беби-бума достигли брачного возраста, женщины, рожденные в 1947 году, искали мужчин 1945 года рождения — а их было немного. Некоторые из них, не найдя мужа, соглашались на любовника. Так началась сексуальная революция.

Другое, более детально проработанное объяснение было предложено двумя экономистами, Джорджем Акерлофом и Джанет Йеллен, которые утверждают, что рост количества детей, рожденных вне брака, был косвенным следствием широкой доступ-

ности абортов и контрацептивов. На первый взгляд ситуация должна быть обратной: аборты и контрацепция предотвращают рождение нежеланных детей, и следовало бы ожидать, что в среднем люди, не вступающие в брак, скорее всего, не так сильно хотят иметь детей, как люди, вступающие в брак. Я перескажу их аргумент своими словами.

В мире, лишенном абортов и контрацепции, секс и рождение детей тесно связаны; говоря языком экономистов, они представляют собой *совместно производимые продукты*. Каждый половой акт производит и сексуальное удовольствие, и, с некоторой долей вероятности, ребенка. И женщины, и мужчины любят детей, но неодинаково; у женщин более высокий спрос на детей, чем у мужчин.

Здесь, как и вообще в экономической науке, «более высокий спрос» означает, что требуемое количество выше при любой цене. В мире, в котором мужчины зачинают детей, но растят их женщины за свой счет, мужчины могут хотеть иметь больше детей, чем женщины, поскольку в таком мире дети дорого обходятся женщинам, но не мужчинам. Но в мире, в котором затраты делятся поровну, женщины предпочитают иметь больше детей. Такова, по крайней мере, гипотеза.

Пока секс и деторождение тесно связаны, тот, кто хочет получить секс, может получить его только вместе с возможностью рождения ребенка. У женщин есть веские основания отказывать в сексе, если мужчина не гарантирует ей, что будет содержать ребенка, который в результате родится, либо женившись на ней, либо взяв на себя обязательство по ее содержанию, если она забеременеет. Она может ожидать, что он согласится на эти условия, потому что другие женщины сталкиваются с тем же самым риском и выдвигают такие же требования.

Теперь мы можем добавить сюда разрешенный законом аборт и доступную контрацепцию, разрывающие связь между сексом и деторождением.

Женщины, которые не хотят иметь детей, готовы вступить в сексуальные отношения на гораздо более легких условиях, поскольку тоже получают удовольствие от секса. Женщины, которые хотят получить и секс, и детей, должны конкурировать с женщинами, которые хотят получить только секс. В итоге они в среднем получают желаемое на менее выгодных условиях. Некоторые женщины, которые хотят иметь детей, вынуждены растить их без мужа.

У этого объяснения есть проблема, связанная с эмпирическими данными. И надежная контрацепция, и надежные нелегальные аборты были доступны женщинам среднего и высшего класса прежде, чем они стали доступны более бедным женщинам. Если объяснение Акерлофа-Йеллен правильное, высокая доля незаконнорожденных детей должна была сначала появиться на вершине шкалы доходов, а затем спуститься вниз. Но в действительности все было наоборот. Чтобы объяснить это, необходимо соединить данное объяснение с чем-то другим, возможно, добавить роль выплат по социальному обеспечению в поощрении рождения детей вне брака у подножия шкалы доходов.

Прежде чем закончить, я должен добавить еще одно возможное объяснение: рост доходов. Чем богаче становятся люди, тем легче женщине самостоятельно содержать детей. Некоторые женщины могут рассматривать мужа как чистые издержки и потому по возможности обходятся без него.

Объяснение закона о сексе

Многие общества, в том числе и наше, запрещают проституцию. Многие общества, в том числе и наше до недавнего времени, запрещали внебрачные связи и нарушение супружеской верности. Доводы в пользу того, чтобы позволить людям вступать в трансакции к своей обоюдной выгоде, кажется,

применимы к сексу так же, как и ко всему остальному, но почему тогда существуют эти законы?

Проще всего объяснить законы против прелюбодеяний, в особенности, хотя и не исключительно, прелюбодеяний женщин, которые в большинстве обществ наказываются суровее, чем прелюбодеяния мужчин. Условия традиционного брака включают сексуальные исключительные права. С точки зрения мужа, одна из причин этого в том, что он хочет быть уверен, что дети, которых он содержит, — его дети. У жены нет этой проблемы, но она хочет быть уверена, что ее муж не будет тратить деньги, которые причитаются ей и ее детям, на другую женщину и других детей. Для обоих, кроме этого, есть связь между сексуальной верностью и эмоциональной привязанностью — и эмоциональная привязанность, или, если хотите, взаимный альтруизм, помогает уменьшить проблемы в игре в переговоры с двусторонней монополией, каковой, собственно, и является брак.

Аргумент Акерлофа-Йеллен дает возможное объяснение законам против внебрачных связей и проституции. Даже в мире, лишенном надежного контроля рождаемости, порой было возможно добиться секса без брака, и этот факт ослаблял переговорные позиции женщин, которые хотели выйти замуж, или оставаться в браке, или сохранять сильную переговорную позицию в нем. Поэтому для таких женщин было рационально поддерживать такие законы.

Для некоторых мужчин тоже было рациональным их поддерживать. Если это правильный довод, долгосрочным результатом доступности секса без брака может быть частичный распад института брака. Если, как оно, по-видимому, и есть, дети, выросшие в полной семье, в среднем оказываются лучше как люди, надежнее как деловые партнеры и граждане, чем дети, выросшие в неполной семье, сохранение института брака может быть желательно не только для женщин, но и для мужчин.

Блестящий залог

Вопреки распространенному мнению, секс до брака не является новым изобретением. В большинстве известных нам обществ мужчины предпочитают жениться на женщинах, которые не спали ни с кем другим. Это создает определенную проблему. Незамужние женщины неохотно вступают в сексуальные отношения из страха, что тем самым они снизят свои шансы найти подходящего мужа, и, как следствие, неженатые мужчины с трудом находят себе женщин, с которыми можно спать.

Одно из традиционных решений этой проблемы: неженатая пара спит вместе, понимая, что, если женщина забеременеет, мужчина на ней женится. Эта практика получила достаточное распространение в ряде обществ, по которым у нас есть данные, что от четверти до половины невест шли к алтарю беременными.

Одна из проблем этой практики в том, что она создает возможность для оппортунистического нарушения договора со стороны мужчины, для стратегии «соблазнил и бросил», хорошо знакомой по народным песням, романтической литературе и из реальной жизни. Эту проблему можно ослабить, если превратить согласие в договор, исполнение которого может быть обеспечено по суду. В традиционном общем праве покинутая невеста могла подать в суд за нарушение обещания жениться. Возмещение убытков, которое ей могли присудить, отражало ухудшение ее перспектив выйти замуж. По факту, хотя и не по форме, это было возмещение за потерю девственности.

Начиная с 1930-х годов американские суды все неохотнее принимали на рассмотрение дела о нарушении обязательства жениться. В результате в период 1935–1945 годов этот закон был отменен в штатах, в которых жила почти половина населения.

Это создало проблему для женщин, которые были согласны на секс до брака, но не хотели оказаться матерями-одиночками в обществе, в котором этот статус был одновременно и экономически невыгодным, и крайне позорным.

Решение, которое они нашли, описано в «Кольцах и обещаниях», остроумной статье Маргарет Бриниг. Что бы там ни говорилось в рекламе компании *de Beers*, обычай дарить своей нареченной ценное бриллиантовое кольцо не восходит к древности. Данные по импорту алмазов в начале столетия неполны, но Бриниг на основе информации, которую она смогла найти, делает вывод, что эта практика получила распространение только в 1930-е годы, достигла своего пика в 1950-е годы и с тех пор шла на спад.

Она объясняет это тем, что кольцо для помолвки служило гарантией исполнения обещания жениться. Вместо того чтобы подавать в суд, покинутая невеста могла просто оставить себе кольцо, конфисковав гарантийную сумму. Практика в конечном итоге пошла на спад не из-за дальнейших изменений в законодательстве — в настоящее время ни одно государство не считает нарушение обещания жениться подсудным, — но из-за социальных изменений. Когда добрачный секс стал более распространенным явлением, контрацепция — более надежной, а девственность — менее важной на брачном рынке, риск оппортунистического нарушения договора и, соответственно, потребность в механизме залога уменьшились.

•

Окольные пути для закона о соблазнении

Несколько лет назад, изучая историю штрафных убытков, я наткнулся на странный и интересный фрагмент закона XIX века. И в Англии, и в Америке, когда мужчина узнавал, что его дочь соблазни-

ли, он мог подать в суд на соблазнителя, даже если дочь была взрослой. Основанием для иска было то, что он, ее отец, был лишен услуг дочери. Таким образом, иски о соблазнении могли рассматриваться как особый случай доктрины, по которой хозяин мог подать в суд за причинение вреда его слуге.

В одном деле судья решил, что это было достаточным основанием для иска, если дочь время от времени выступала в качестве хозяйки на чаепитиях, устраиваемых отцом. Когда отец получал право возбудить судебное дело в качестве хозяина, лишившегося услуг своего слуги, он уже мог основывать свои требования не на реальной стоимости услуг, а на порче репутации, от которой пострадала семья в результате соблазнения.

Очевидным будет вопрос о том, почему, учитывая, что соблазнение считалось противоправным действием, закон выбрал подобный окольный путь. Объяснение, найденное мною в юридической литературе, состояло в том, что одна из сторон — участниц противоправного акта не может подавать против другой стороны иск о возмещении убытков, связанных с этим актом. Если мы с вами ограбили банк и вы на обратном пути потеряли добычу, я не имею права взыскать возмещение убытков за вашу небрежность. Прелюбодеяние было незаконным, следовательно, женщина была участницей незаконного акта, следовательно, не могла подать иск о возмещении убытков. Тогда закон мог воспользоваться юридической фикцией отца, который подает иск в качестве хозяина, лишившегося услуг своей дочери.

В то время мне пришло в голову, что было и другое, возможно, более правдоподобное объяснение происходящего. В традиционных обществах, включая Англию XVIII и XIX веков, отцы пытались контролировать, за кого выходят замуж их дочери. Одна из возможных тактик дочери, несогласной с выбором отца, — позволить себя «соблазнить» че-

ловеку, за которого она хочет выйти замуж, в ожидании того, что ее отец ввиду свершившегося факта и, возможно, беременности, даст свое согласие на брак. Эта тактика явным образом представлена в «Мемуарах» Казановы, где дан живой и подробный очерк жизни Европы XVIII века.

Правовая доктрина, предоставлявшая дочери право обращаться в суд, понизила бы риски тактики дочери, при помощи которой она избегала родительского контроля, дав ей возможность наказать соблазнителя, отказывавшегося жениться, и тем самым ослабляла бы родительский авторитет. Правовая доктрина, дававшая контроль над судебным иском отцу, предоставляла ему средство, которое могло быть использовано для того, чтобы воспрепятствовать слишком активным, но неприемлемым ухажерам.

В главе 1 я писал, что экономический анализ права включает три задачи: предсказание последствий правовых норм, их объяснение и их выбор. При обсуждении второго проекта я предложил в качестве примера гипотезу Познера о том, что общее право тяготеет к экономической эффективности.

Я только что привел другой пример. Мое объяснение того, почему общее право трактовало соблазнение таким странным образом, основано на допущении о том, что люди, формирующие право, хотели, чтобы отцы могли осуществлять контроль над тем, за кого выходят замуж их дочери. При этом я не предполагаю, что подобный контроль был эффективен.

•

Покупка младенцев

Несколько лет назад я наткнулся на статью в *Wall Street Journal*, поразившую меня степенью экономического невежества авторов публикации, от которых я ожидал большего. Статья была посвящена

рынку усыновления. Авторы обсуждали, как рынок колеблется между дефицитом и излишком, между периодами, когда дети не могли найти приемных родителей, и периодами, когда потенциальные родители не могли найти подходящих детей для усыновления. Они делали вывод, что это свидетельствовало о провале свободного рынка.

Был один небольшой момент, который статья упустила. Американское законодательство запрещает будущим приемным родителям платить матери за разрешение усыновить ее ребенка. То есть рынок усыновления — это такой «свободный рынок», на котором по закону установлена нулевая цена. В том, что контроль за ценами ведет к дефицитам, когда контролируемая цена ниже рыночной, и к излишкам, когда она выше, нет ничего удивительного, и это не провал свободного рынка.

Есть по крайней мере три способа распределения в случае дефицита, вызванного контролем над ценами. Самый простой — это очередь. Когда при президенте Никсоне США экспериментировали с контролем цен на бензин, одним из результатов стали длинные очереди на заправках. Стояние в очереди — это издержки, поэтому, когда очереди становятся достаточно длинными, денежная стоимость бензина и затраты времени в сумме становятся достаточно большими, чтобы понизить спрос до уровня предложения. В настоящее время на рынке усыновления будущие родители должны зачастую годами ждать возможности усыновить ребенка.

Второй способ решения этой проблемы — нормирование. Некий орган власти решает, сколько дефицитного ресурса должно быть выделено и каким покупателям. В случае рынка усыновления нормирование осуществляется агентствами по усыновлению, которые имеют разрешение организовывать легальные усыновления. Они применяют свои собственные критерии для отсеивания достаточно-

го количества потенциальных родителей, чтобы обеспечить оставшихся детьми для усыновления. Некоторые из применяемых ими критериев могут быть оправданы как попытка отобрать претендентов, наиболее подходящих для того, чтобы быть родителями. Другие, например требование о том, чтобы приемные родители исповедовали ту же религию, что и биологическая мать ребенка, имеют смысл только как способ сократить количество претендентов.

Третья возможность при контроле над ценами — это черный рынок. По закону приемные родители могут заплатить юристам за организацию усыновления и биологической матери ребенка в счет покрытия медицинских расходов. В настоящее время стоимость организации усыновления здорового белого ребенка исчисляется десятками тысяч долларов, что значительно превышает обычные денежные затраты на рождение ребенка. Предположительно, какая-то часть этой суммы оказывается незаконной оплатой матери за ее согласие на усыновление, проведенной как оплата за что-то еще, а часть идет адвокатам, организовавшим сделку.

Как и на других рынках, проблема может быть устранена путем отказа от контроля над ценами, что позволит приемным родителям договариваться на взаимоприемлемых условиях с биологической матерью. Это решение предлагалось в том числе и судьей Познером. В среде его коллег-ученых распространено мнение, что одного этого факта достаточно, чтобы быть уверенными, что Познер никогда не попадет в Верховный суд, несмотря на то что он — один из наиболее выдающихся юристов и ученых своего поколения. Кто из сенаторов проголосует за кандидатуру человека, открыто выступавшего за торговлю детьми?

Почему это предложение вызывает такую сильную негативную реакцию? Очевидный ответ: оно предполагает торговлю людьми, а люди не могут

быть чьей-то собственностью. Но приемный родитель получает не собственность на ребенка, а родительские права (и обязанности) по отношению к нему. Если «владение» ребенком в этом смысле предосудительно, тогда почему не предосудительно, что по действующему законодательству владельцем ребенка является его биологический или приемный родитель?

Более удачный аргумент против свободного рынка усыновления состоит в том, что, хотя он и максимизирует общую выгоду для сторон сделки (приемных родителей и биологической матери), он может игнорировать издержки и выгоды ребенка. Но трудно понять, почему считается, что при нынешних установлениях этого не происходит, ведь и в том, и в другом случае ребенок не имеет права голоса. Люди, готовые заплатить деньги за усыновление ребенка, как правило, очень хотят быть родителями, что в конечном счете является самой важной характеристикой для этой работы. Почему готовность ждать три года и заполнять множество анкет или умение найти адвоката с нужными связями и готовность ему платить не являются лучшими доказательствами? Агентства по усыновлению утверждают, что главная цель ограничений, которые они устанавливают, — благополучие ребенка. Но почему мы должны считать, что они больше заботятся о благополучии конкретного ребенка, чем его биологическая мать или пара, которая хочет его усыновить? Дети имеют большое влияние на своих родителей, биологических или приемных, и очень маленькое влияние на то, как работают агентства по усыновлению.

Более интересный аргумент, который к тому же имеет более широкую сферу применения, проходит под названием «коммодификация». Идея в том, что трансакция между двумя сторонами влияет на других, не прямым образом, который экономисты обычно включают в свой анализ экстерна-

лий, но более тонко — изменяя образ мышления людей. Если мы позволим денежные платежи в обмен на детей — даже за родительские права в отношении детей, — мы начнем воспринимать детей как вещи, такие как автомобили и ювелирные украшения, как товары, а не как людей. Если мы разрешим денежные выплаты между проституткой и ее клиентом, мы начинаем воспринимать секс как услугу, которую женщина продает, а не как часть любовных отношений. Таким образом, как утверждала Маргарет Радин в широко цитируемой статье, опубликованной в юридическом журнале, даже если легализация проституции повышает благосостояние проституток и их клиентов, возможно, проституцию все равно следовало бы запретить на том основании, что ее разрешение коммодифицирует секс и ухудшает благосостояние мужчин и женщин в целом. По тем же причинам, возможно, следует запрещать и свободный рынок усыновления.

Я нахожу эти аргументы хитроумными, но неубедительными. Даже там, где проституция — обычное дело, лишь немногие люди — проститутки, клиенты или кто-то еще — считают ее образцом того, как должна быть устроена сексуальная жизнь. Мужчины спят с проститутками не потому, что они не хотят спать с женщинами, которые их любят, а потому, что нет подходящих женщин, которые бы их любили и были бы готовы с ними спать.

Кроме того, в этом доводе скрыто присутствует допущение, что то, что гласит закон, важнее того, что делают люди. Проституция, как признает Радин, в настоящее время существует везде в Соединенных Штатах, хотя она легализована только в нескольких сельских округах в Неваде. Приемные родители в настоящее время платят за ребенка, возможно, даже больше, чем платили бы, если бы были разрешены прямые выплаты, поскольку реальная стоимость товаров, цена на которые контролируется, включая время ожидания, скрытые оплаты

и тому подобные вещи, обычно выше стоимости тех же самых товаров на легальных рынках без ценового контроля.

Довод о том, что легализация подобных трансакций заставит людей считать их допустимыми, требует двух предпосылок, обе из которых представляются маловероятными. Первая, что, если что-то не является незаконным, оно должно быть благом, что предполагает представление об обществе в духе колонии лилипутов в «Отдохновении миссис Мэшем» Т. Х. Уайта, где все либо запрещено, либо делается под принуждением. В стране, где частные азартные игры запрещены, но многие штаты проводят лотереи, трудно поверить в то, что многие из нас отождествляют хорошее/плохое и законное/незаконное.

Второе необходимое допущение состоит в том, что люди считают государство источником морального авторитета. Результаты нынешних опросов помещают государство далеко позади на шкале общественного одобрения. Как двести лет назад сказал Уильям Годвин в ответ на утверждение о том, что нам нужно государственное образование, чтобы научить людей морали, нужно надеяться, «что человечеству никогда не придется получать столь важный урок по столь коррумпированному каналу».

Коммодификация — это хитроумный аргумент, но не такой новый, как может показаться. Это просто новая версия традиционного довода социальных консерваторов против аморального поведения и свободы слова: идеи имеют значение, проповедь, или демонстрация дурных принципов, ведет к дурному поведению.

Если смотреть с этой точки зрения, аргумент Радин о том, почему законы против проституции должны быть оправданы, плохо сочетается с законоведением Первой поправки. Суды постоянно постановляют, что действия, которые вполне могут

быть запрещены в качестве действий (например, сожжение американского флага), также являются речью, а будучи речью, защищены законом. Довод о коммодификации утверждает, что некоторые действия, которые не должны запрещаться как действия (например, трансакция между проституткой и ее клиентом), также являются речью, а потому, будучи дурной речью, должны быть запрещены. В этом утверждении нет ничего логически недоказуемого, но как только его принимаешь, становится трудно понять, почему нельзя допустить более понятные доводы в пользу государственной цензуры плохих идей.

Я столько времени потратил на эти аргументы не только потому, что они интересны, но и потому, что они относятся к важной группе правовых вопросов, которые возникают в связи с новой репродуктивной технологией. Одна такая технология, искусственное оплодотворение, получила сегодня широкое распространение и принята повсеместно. Вторая, технологически более простая практика, использование суррогатных матерей, продолжает вызывать споры, вследствие чего суды, как правило, неохотно берутся требовать исполнения договора, по которому женщина согласилась на искусственное оплодотворение спермой мужчины, чья жена страдает бесплодием, чтобы потом передать рожденного ею ребенка паре на усыновление. Третья технология, производство детей путем клонирования клетки взрослого человека, пока еще, насколько мне известно, не были реализована, но сегодня уже почти наверняка возможна. В ближайшем будущем нас ожидает возможность того, что родители в какой-то степени смогут выбирать, какого из детей, которых они могут иметь, они, собственно, родят, и, возможно, в более далеком будущем они смогут давать детям характеристики, которых не могло быть ни у одного ребенка, которого эти родители могли родить. Другие технологии, некоторые из ко-

торых уже были испытаны на мышах и могут быть испытаны на человеке, позволят лесбийской паре завести ребенка, генетически родственного им обеим.

Все эти практики подвергались или будут подвергаться критике, напоминающей современную критику легализации рынка усыновления. Доводы будут включать утверждения о том, что, даже если трансакции добровольные, в отношении некоторых участников возможны злоупотребления. Эта критика будет включать доводы, основанные на предполагаемых интересах детей, неявно исходящие из того, что родители, использующие новые технологии, менее привязаны к своим детям, чем родители, которые произвели их на свет традиционным способом. Эти аргументы будут по большей части опираться на глубоко укорененное убеждение, что такие вещи противоестественны, что подобным образом нельзя обращаться с человеческой жизнью. Новые вещи всегда пугают.

> Эта и многие другие новые технологии говорят нам о том, что в репродукции человека, как и в любом другом аспекте его биологии, нет ничего особенного, за исключением одного. Уникальность человека обнаруживается в том, что находится между его ушами, если вы будете искать ее где-то еще, вас ждет разочарование. (Это слова, сказанные генетиком Ли Силвером, занимавшимся мышами, в ответ на озабоченность, высказанную одним специалистом по биоэтике в связи с тем, что технология, способная производить сперму человека путем имплантации человеческих клеток в семенники животного, бросает вызов «уникальности человеческого вида».)

Хотя аргументы против трансакций, связанных с новыми репродуктивными технологиями, вероятно, одержат победу во многих судах, это, возможно, окажет незначительное воздействие на то, насколько широко используются эти технологии.

Возьмем вопрос о договорах суррогатных матерей. Такие договоры противозаконны по меньшей мере в одном штате и в той или иной степени лишены исковой силы в большинстве других. Но это очень мало сказывается на том, что в действительности происходит, потому что люди, которые хотят заключать такие договоры, могут выбрать место, где это сделать, — и, конечно же, выбрать штаты с благоприятными правовыми нормами. Даже там, где договор не имеет полной исковой силы, этот факт потерял свое значение, когда фирмы, организующие трансакции с суррогатными матерями, научились выявлять и отсеивать потенциальных суррогатных матерей, которые после рождения ребенка могут отказаться от исполнения договора.

Нормирование излишка котят: кошачье отступление

Некоторое время назад мои дети решили завести котят, поэтому мы поехали в местный приют для животных. Это был любопытный опыт. В итоге мы провели несколько часов в очереди на получение одного из нескольких разрешений на «усыновление» домашнего питомца, заполняя бланки, а работник приюта провел с нами собеседование, чтобы убедиться, что мы подходим для того, чтобы взять животное.

В этом приключении ставит в тупик то, что котята — благо, имеющееся в избытке. Приют не может найти дом для всех своих котят (а также кошек, щенков и собак), и, хотя приюты не любят говорить об этом, они регулярно усыпляют лишних животных. Нормирование имеющегося в избытке блага, как правило, не проблема. И тем не менее приют для животных умышленно заставляет тратить много времени и сил на получение котенка и пытается отобрать счастливых претендентов, несмо-

тря на то что знает, что альтернативой усыновлению является не другое усыновление, а усыпление животного. Почему?

Ответ частично заключался в том, что за два часа они выдают всего семь разрешений взять животное, потому что способны обработать именно столько заявлений, с учетом нехватки персонала и требования тщательной проверки и инструктирования каждого претендента. Но здесь возникает второй вопрос. Если им не хватает персонала, чтобы заниматься с каждым из посетителей, зачем настаивать на долгих собеседованиях? С точки зрения котенка, хорошие хозяева, конечно, лучше плохих, но почти любой хозяин лучше перспективы усыпления, которая в данном случае является альтернативой.

Насколько я могу судить, единственная реальная функция этого процесса была в том, чтобы дать возможность сотрудникам почувствовать свою важность и власть, когда они раздают блага и читают нотации смиренным просителям. Это подозрение подтвердилось, когда женщина, проводившая с нами собеседование, стала подчеркивать, что кошек ни в коем случае нельзя выпускать на улицу, договорившись почти до того, что, если мы не пообещаем держать наших новых питомцев в доме, она не позволит нам их взять. Из дальнейшей беседы выяснилось, что она сама не всегда соблюдает это правило в отношении собственной кошки.

Мы ушли из приюта, так никого и не взяв, затем забрали двух котят у друга (и из них выросли прекрасные кошки), а я написал возмущенное письмо в местную газету с копией в общество защиты животных. В результате со мной долго говорила по телефону женщина, заведовавшая приютом. Она объяснила, что есть две модели приютов: одна, в которой животные отдаются практически без лишних вопросов, и другая, предполагающая «процедуру усыновления», которую я наблюдал. Когда я обратил ее внимание на то, что подобная поли-

тика ее приюта отпугивает желающих взять животное и ведет к тому, что погибают животные, которые в противном случае могли бы остаться живы, она ответила, что, если бы они придерживались альтернативной политики, никто бы не стал работать в приюте, поскольку сотрудникам казалось бы, что они относятся к животным безответственно. К моему удивлению, она предложила более доброжелательный вариант того объяснения, к которому я пришел сам.

Когда решение о том, какому родителю отдать ребенка, принимается агентством по усыновлению, нет веских оснований считать, что их работники будут ставить благополучие ребенка выше своего собственного. Когда аналогичные решения принимаются в случае животных, нет веских оснований ожидать, что принимающие их люди, ставят благополучие — и жизнь — животных выше своих собственных чувств.

Дети — это хорошо?

В последние десятилетия часто утверждалось, что дети — это плохо, что, когда я решаю завести еще одного ребенка, предсказуемым результатом становится то, что благосостояние других людей ухудшается, а мир становится менее приятным местом. Это убеждение, которое привело к ряду проектов законов и политике, направленным на сокращение рождаемости, частично основывается на плохой экономической науке, а частично — на возможных, но спорных эмпирических утверждениях.

Этот довод исходит из идеи о том, что больше людей означает меньше ресурсов для каждого — меньше земли, воды, полезных ископаемых, нефти и прочего. Может быть, это и верно, но отсюда не следует, что, если я заведу ребенка, ваше благосостояние от этого ухудшится. Дети не рождаются

с документами, подтверждающими право на долю земли и нефти, на руках. Чтобы мой ребенок приобрел землю, он должен ее купить, что означает, что он должен произвести, или я должен снабдить его достаточным количеством ценных ресурсов, чтобы компенсировать предыдущему собственнику его отказ от земли. То же самое относится к любому другому ресурсу, находящемуся в чьей-то собственности.

Покупая землю, мой ребенок может (чуть-чуть) повысить ее цену. Но хотя это плохо для тех, кто покупает, это хорошо для тех, кто продает. Как я указывал в главе 3, речь идет лишь о денежной экстерналии.

Более удачный аргумент касается внешних эффектов, связанных с деторождением. Мой ребенок может ходить в государственную школу. Он может загрязнять окружающую среду. Может стать преступником. Может начать жить на пособие по безработице. Этими и другими способами он может создавать чистые издержки для других людей.

Список внешних эффектов весьма неполон. Мой ребенок может найти лекарство от рака и тем самым спасти вашего ребенка от мучительной смерти. Он будет платить налоги, некоторые из которых пойдут на уплату постоянных расходов, таких как национальный долг или пенсии ветеранам, которые в противном случае пришлось бы выплачивать вашему ребенку. Чем больше людей, тем больше рынок, тем больше конкуренции, больше покупателей, которые вместе с вами могут поучаствовать в затратах на разработку товаров или написание книг. Дополнительный ребенок создает как положительные, так и отрицательные внешние эффекты. Выступая за меры, направленные на ограничение рождаемости, необходимо показать не только, что есть некоторые отрицательные последствия, но что отрицательным является итоговый результат.

Так случилось, что мое первое исследование по экономике было как раз посвящено этому вопросу. В нем я попытался оценить размеры значимых внешних эффектов, чтобы вычислить, положительным или отрицательным является итоговый результат, ухудшается или улучшается в среднем наше благосостояние от того, что кто-то заводит еще одного ребенка. Я пришел к выводу, что цифры слишком неопределенные, чтобы я мог с уверенностью определить знак результата.

Этот тезис не ограничивается только этим вопросом. Всякий раз, когда вы оказываетесь втянутыми в политический спор и кто-то начинает выступать за налогообложение или запрещение чего-то, потому что оно создает отрицательные внешние эффекты, или за субсидирование чего-то, потому что оно создает положительные внешние эффекты, нужно попытаться составить свой собственный список внешних эффектов — с обоими знаками. Слишком легко находить на первый взгляд объективные аргументы в пользу обоих выводов путем отбора подходящих фактов.

Два пути к эффективности

Внимательные читатели могли заметить, что в этой главе я упоминал два разных вида аргументов в пользу эффективности закона и обычая. Одни выводят эффективность из стандартных экономических аргументов, из распространения простого довода в пользу политики невмешательства в экономику, представленного в главе 2. Использование колец для помолвки, например, — рациональная реакция индивидов на проблему того, как сделать возможным добрачный секс, сдерживая при этом риск оппортунистического нарушения помолвки со стороны мужчины. Рост нестабильности браков за последнее столетие случился в мире, в ко-

тором брачные договоры обсуждались открыто, когда пары рациональным образом меняли условия своего соглашения в ответ на уменьшение невозвратных затрат, связанных с ним. Тот же самый индивидуалистический подход может иногда использоваться, чтобы вывести из рационального поведения существование неэффективных исходов, таких как оппортунистическое нарушение договора, вызванное тем, что женщина выполняет свои обязательства в начале брака, а мужчина — позднее.

То же самое можно сказать об аргументах, которые объясняют законы против адюльтеров или проституции или правовые нормы, направленные на защиту детей, с точки зрения эффективного приспособления к соответствующим проблемам. Этого нельзя сказать об изменениях в брачном законодательстве в том виде, в каком они произошли, поскольку в нашем обществе переговоры об условиях брака не ведутся в индивидуальном порядке; контрактные договоренности о таких условиях, как упрощенный развод, наверняка были бы сочтены лишенными исковой силы, поскольку они противоречат государственной политике. Такие аргументы требуют некоторого более общего механизма, который направлял бы правовые нормы в сторону эффективности. Что бы ни говорил Познер, неочевидно, что такой механизм существует. Это особенно озадачивает, если мы хотим объяснить правовые нормы, направленные на защиту детей. В конце концов, дети не голосуют, не занимаются лоббированием, не ведут тяжбы, что должно исключить их благосостояние из числа факторов, влияющих на механизмы, которые в первую очередь определяют законы.

Альтруистичные родители заботятся о благополучии собственных детей, но не заботятся или не слишком заботятся о благополучии чужих детей. Если я забочусь о благополучии собственных детей, мне нет необходимости лоббировать законы

о защите ребенка или создавать помехи на пути разводов; я знаю, что я буду хорошо обращаться со своими детьми и приму во внимание их благополучие, когда буду решать, разводиться или нет.

Различие между аргументами в пользу эффективности, напрямую основанными на индивидуальной рациональности, и аргументами, требующими более сложного механизма, красной нитью проходит через весь анализ права. Эффективность условий договора прямо вытекает из рациональности сторон. Эффективность договорного права, — если предположить, что оно эффективно, — объяснить труднее. Мы вернемся к этой теме в главе 19.

Дополнительная литература

Анекдот о бедной женщине и двух тысячах динаров в слегка сокращенной форме взят из: *al-Muhassin ibn Ali al-Tanukhi.* The Table-Talk of a Mesopotamian Judge, trans. D. S. Margoliouth.

И идея, и название одного из разделов этой главы позаимствованы из: *Cohen L.* Marriage, divorce, and Quasi Rents; or, 'I Gave Him the Best Years of My Life'//Journal of Legal Studies. 1987. Vol. 16.

Классическое описание аргумента о коммодификации дано в: *Radin M.* Market- Inalienability//100 Harvard Law Review. 1987. Vol. 100. Вам он может показаться более убедительным, чем мне.

Увлекательный и информативный рассказ о репродуктивных технологиях, уже существующих и будущих, см. в: *Silver L.* Remaking Eden.

ГЛАВА 14

Деликтное право

Если кто-то стреляет в вас, вы вызовете полицию. Если на вас наехали на автомобиле — адвоката. Уголовные преступления преследуются государством, деликты — в частном порядке. Эта глава посвящена деликтам, следующая — уголовным преступлениям. В главе, идущей за ними, и те и другие анализируются с точки зрения того, есть ли веские основания, чтобы иметь две разные системы, чтобы каждая из них была связана со своим особым набором правовых норм и чтобы наши правовые нормы квалифицировали правонарушения как преступления и как деликты в том виде, в каком они это делают, например, не лучше было бы считать грабеж деликтом, а автомобильную аварию — уголовным преступлением.

Логика деликта

Деликт — это правонарушение, которое преследуется по закону в частном порядке, как правило, путем присуждения возмещения убытков, хотя некоторые иски по деликтам направлены на получение судебного запрета. В отличие от договорного права, которое обеспечивает исполнение обязательств, принятых на себя сторонами добровольно, деликтное право имеет дело с обязательствами, установленными законом. В связи с этим оно должно отвечать на следующие четыре вопроса:

1. *Что делает действие противоправным?* Когда я вступаю с вами в конкуренцию, ваше благосостояние от этого уменьшается, тем не менее конкуренция не является деликтом. В деликтном праве заложен ряд правил, определяющих, какие деяния являются противоправными, а какие нет.
2. *Что означает, что мое действие причинило вам ущерб?* У событий в реальном мире множество причин. Я бы не сбил вас на машине, если бы вы не шли по дороге на обед с другом — был ли друг причиной этого несчастного случая?
3. *При каких обстоятельствах человек несет ответственность за ущерб, который он причинил?* Что, если я стал причиной несчастного случая, но при этом не было таких разумных мер предосторожности, которые я мог бы принять, чтобы его избежать? Что, если обе стороны проявили небрежность: я ехал слишком быстро, вы стояли посередине дороги, не обращая внимания на поток машин?
4. *Если я несу ответственность, то в каких размерах?*

Как мы увидим, все эти вопросы можно проанализировать в категориях экономической эффективности. Объясняет ли это нынешнее законодательство, не столь ясно.

Когда действие будет противоправным?

Рассмотрим компенсацию за неумышленное причинение вреда как способ заставить потенциальных причинителей вреда принимать во внимание издержки, которые их действия создают для других людей, то есть как правовой механизм, который интернализирует экстерналии и тем самым заставляет делать эффективный выбор. Как я утверждал в главе 3, ваши убытки, когда я вступаю с вами в конкуренцию, — это всего лишь денежная, а не чистая

экстерналия: ваше благосостояние уменьшается, но благосостояние наших клиентов увеличивается. В итоге я не создаю внешних издержек, поэтому с меня не должно взыскиваться возмещение ваших убытков. Конкуренцию не следует считать деликтом, по меньшей мере начиная с XV века она им не считалась.

Чтобы понять этот тезис, представим, что я стал сто первым терапевтом у себя в городе. Пока я не повесил свою вывеску, остальные 100 терапевтов принимали по 100 пациентов в месяц каждый по цене 10 долларов за визит. Моя конкуренция снижает цену до 9,90 доллара. При более низкой цене пациенты начинают несколько охотнее посещать врача — суммарное количество посещений увеличивается на 100 в месяц, чего как раз хватает, чтобы я не остался без работы.

Благосостояние каждого из остальных врачей теперь уменьшилось на 10 долларов в результате того, что я вышел на рынок, каждый из 100 пациентов стал платить в месяц на 10 центов меньше, что, возможно, объясняет, почему никто из врачей не пригласит меня поиграть в гольф. Однако их убыткам в точности соответствует выигрыш их пациентов, поскольку пациенты каждого из врачей теперь платят в сумме за медицинские услуги на 10 долларов меньше. Дополнительные 100 визитов к врачу, которые последовали в результате снижения цены, должны цениться пациентами меньше 10 долларов каждый, так как они теперь посещают врача не по старой цене, но при этом больше 9,90 доллара за визит, поскольку они посещают врача по новой цене. Таким образом, ценность моих услуг должна быть в диапазоне от 990 до 1000 долларов в месяц. Я получаю за них 990 долларов в месяц. Мое вознаграждение почти полностью отражает ценность того, что я произвожу, поэтому у меня есть в высшей степени правильный стимул стать врачом. Конкуренция — это не деликт.

Не является деликтом и неумение одеваться. Если я надеваю оранжевую рубашку к фиолетовым брюкам или целый месяц забываю покосить лужайку, я создаю для своих соседей настоящую экстерналию. И тем не менее первое никогда не является деликтом, а второе признается таковым лишь изредка. Экстерналию трудно измерить, и ее размер слишком мал для того, чтобы с ней стоило иметь дело при помощи правовой системы, поэтому мы используем в этих случаях менее формальные механизмы. Знакомые язвительно спрашивают меня, не дальтоник ли я. Соседи косят траву за меня — вместе с моими только что посаженными фруктовыми деревьями (реальная история).

Обыкновенные убытки по деликту — это правило ответственности, поэтому еще одна причина, по которой мы рассматриваем что-то в качестве деликта, состоит в том, что мы предпочитаем правило собственности. Если я угоню вашу машину, вы не будете со мной судиться из-за причиненных неудобств, вы вызовете полицию. Поскольку я не хочу, чтобы меня арестовали, я куплю у вас машину.

Итак, теперь у нас три разные причины, по которым действия, создающие издержки, могут не быть деликтными: их результатом является перераспределение денежных средств, а не чистые издержки; они создают чистые издержки, но не стоят того, чтобы их контролировали посредством деликтной системы; или же их лучше контролировать при помощи правила собственности, а не правила ответственности. Действия, которые создают издержки для других, но не подходят ни под одну из этих категорий, скорее всего, будут отвечать критериям противоправных, а значит, деликтных действий.

Следующий вопрос: пусть издержки созданы, утверждают, что их создал я, я причинил ущерб — что это означает?

Причинная связь. Часть I: падающие сейфы и очень мертвые охотники

Я останавливаю друга на улице, чтобы поболтать с ним. После чего он продолжает свой путь. Когда он проходит мимо офисного здания, из окна выпадает сейф и убивает его. Был ли я причиной его гибели? Должен ли я нести ответственность?

Один из смыслов фразы «Я был причиной гибели» заключается в том, что «если бы я вел себя иначе, он бы не погиб»: «если бы не» — это собственно определение причинной связи. В этом смысле я убил своего друга: если бы я его не остановил, он бы не оказался в том месте, куда упал сейф. И все же было бы странно винить меня и еще более странно считать, что я несу ответственность. Почему?

Загадка основана на реальном случае. На движущийся трамвай упало дерево, пострадали пассажиры. Один из них подал иск. Ему удалось доказать, что, для того чтобы трамвай оказался там, где он был в тот момент, когда на него упало дерево, водитель должен был в какой-то точке маршрута превысить скорость. Нарушение закона само по себе небрежность, поэтому водитель, по закону, был небрежен, независимо от того, было ли его вождение опасным. Если бы он не превысил скорость, трамвай не оказался бы под деревом в момент его падения, таким образом, утверждал истец, небрежность ответчика стала причиной несчастного случая.

Истец проиграл дело, суд постановил, что в правовом смысле несчастный случай не был вызван небрежностью водителя. С логической точки зрения суд был не прав, с экономической точки зрения — прав. Почему?

Водитель решал, с какой скоростью ехать до того, как узнал, когда упадет дерево и упадет ли оно. Бо́льшая скорость не повышает вероятность паде-

ния дерева на трамвай *ex ante*; если бы оно упало на несколько секунд позже, дополнительная скорость, наоборот, предотвратила бы несчастный случай. Мы в принципе могли бы создать для водителя правильные стимулы, наказав его, когда его решение становится причиной несчастного случая, и наградив, когда оно предотвращает несчастный случай, но намного легче не делать ни того, ни другого. Поскольку его решение не создает никаких издержек *ex ante*, отказ от признания ответственности водителя создает для него правильные стимулы.

Применим тот же аргумент к падающим сейфам. *Ex post*, исходя из того, что произошло, ваше решение убило вашего друга. *Ex ante*, судя по информации, которая была у вас на тот момент, ваше решение никак не влияло на вероятность того, что ваш друг погибнет. Существовала очень малая вероятность того, что из-за задержки он окажется под падающим сейфом, уравновешиваемая очень малой вероятностью того, что если бы он не задержался, то оказался бы под падающим сейфом. Вы стали причиной гибели своего друга. Но если право будет обращать внимание на подобную причинную связь, это приведет к менее эффективным результатам, чем в случае, если оно не будет придавать им значения.

Случайная причинная связь — это крайний случай общей проблемы предвидимости. Основная причина присуждения компенсации за неумышленное причинение вреда с экономической точки зрения в том, чтобы создать у людей стимул не делать того, что чревато издержками для других людей. Но это бесполезно, если лицо, совершающее действие, не знает и не может знать, что его действия создают издержки и поэтому приведут к тому, что ему придется выплачивать возмещение убытков. Вот почему невозможность предвидеть — это возражение по иску о деликтной ответственности. Этот вывод неприменим в том случае, если лицо, совершившее действие, не знало о его

последствиях, но могло легко узнать о них. В таких ситуациях тот факт, что оно будет нести ответственность, если будет причинен ущерб, дает ему необходимый стимул к тому, чтобы выяснить, каковы будут вероятные последствия его действий, а после выяснения соответствующим образом изменить свое поведение. Многие реальные дела оказываются где-то между «предвидели или легко могли предвидеть» и «совсем невозможно предвидеть», что возлагает на суды сложную задачу проведения различий. Предоставим ее им и перейдем ко второму сложному моменту в логике причинной связи.

Два охотника одновременно, независимо друг от друга и случайно приняли третьего охотника за оленя и застрелили его, один попал в голову, а другой — в сердце. Вдова подает иск. Каждый охотник утверждает, что рад был бы выплатить возмещение, но только различие между последствиями того, одна это была пуля или две, невелико — может быть, небольшая надбавка к компенсации. Говоря языком экономической науки, каждый из них утверждает, что, хотя средние издержки на одну пулю равны половине жизни, издержки, создаваемые предельной пулей, близки к нулю, а если мы рассматриваем деликтное право как систему стимулов, предельные издержки важнее. Вывод кажется парадоксальным, но это логически правильный аргумент.

Если вы считаете это неправдоподобным, попробуйте решить эту задачу с цифрами. Предположим, что, если Эл или Билл будут охотиться, шансы подстрелить Карла для каждого составляют 10%. Если охотятся оба, вероятность подстрелить Карла для каждого составляет 0,1, но для Карла вероятность того, что его подстрелят, — 0,19, то есть вероятность 0,09, что его подстрелит Эл, вероятность 0,09, что его подстрелит Билл, и вероятность 0,01, что оба.

Предположим, что мы (каким-то образом — см. главу 9) оценили жизнь Карла в миллион дол-

ларов. Далее предположим, что закон соглашается с предложенным выше аргументом. Если либо Эл, либо Билл попал в Карла, тот, кто попал, платит штраф в размере миллиона долларов. Если они оба застрелили Карла, никто ничего не платит. Создает ли это правильный стимул для них, то есть будут ли они заинтересованы в том, чтобы, отправляясь на охоту, учитывать вероятностные издержки, которые они создают для Карла?

Если Эл не пойдет на охоту, решение Билла поохотиться создает вероятность 0,1 убытка в миллион долларов, то есть ожидаемые издержки в размере 10 000 долларов. Кроме того, Биллу это обойдется также в 100 000 долларов ожидаемых убытков, в виде 0,1 вероятности того, что ему придется выплатить миллион долларов вдове Карла. У Билла есть правильный стимул. Он пойдет на охоту только в том случае, если выгода от этого составит 100 000 долларов (возможно, он страстный охотник).

Далее предположим, что охотится Эл. Решение Билла пойти на охоту теперь увеличивает вероятность гибели Карла с 0,10 до 0,19, создавая ожидаемые издержки в размере всего 90 000 долларов. Ожидаемые убытки для Билла тоже 90 000 долларов, потому что для него шансы составляют 0,09, что он сам убьет Карла и должен будет выплатить миллион долларов возмещения, и 0,01, что он выпустит одну из двух пуль, которая убьет Карла, и ничего платить не будет. И снова правило создает для Билла правильный стимул.

Повторение того же самого рассуждения для Эла дает тот же результат. Замените его другим правилом, например тем, по которому при несчастном случае с двумя пулями каждый из охотников должен выплачивать компенсацию в полмиллиона, проделайте те же самые расчеты, и вы увидите, что у каждого будут неэффективно высокие стимулы оставаться дома.

Это рассуждение резко расходится с интуитивными представлениями большинства людей о том, каким должен быть закон. Так происходит, в частности, потому, что в случае двух пуль он не предусматривает никакой компенсации для вдовы Карла. Если бы целью деликтной системы было предоставление страховки, отказ от признания ответственности Эла и ответственности Билла не способствовал бы достижению этой цели.

Деликтное право не предусматривает также никакого возмещения вдове Карла, если он споткнется о корень дерева во время охоты и сам себя подстрелит. По причинам, которые будут подробнее рассмотрены далее в этой главе, деликтное право — плохой способ обеспечить страховку. Целесообразнее использовать для этого страховые компании, а деликтное право — для предупреждения действий, которые создают издержки для других.

Вторая причина, по которой это кажется неправильным, состоит в том, что цифры не имеют смысла. Эл и Билл на двоих причинили ущерб на миллион долларов, и тем не менее я утверждаю, что сумма ущерба, причиненного Элом, и ущерба, причиненного Биллом, равна нулю. Здесь путают друг с другом предельный ущерб и средний ущерб. Предельный ущерб, который причинил Билл, учитывая то, что сделал Эл, равен нулю; даже если бы Билл не пошел на охоту, Карл все равно бы погиб. То же самое касается Эла. Средний ущерб — полжизни на каждого.

Если это ставит вас в тупик, рассмотрим одну из наиболее знаменитых загадок в истории экономической науки — парадокс алмазов и воды. Алмазы намного менее полезны, чем вода, — сравните мир, в котором нет алмазов, с миром, в котором нет воды. Тем не менее они стоят гораздо дороже. Почему?

Дело в том, что, хотя общая ценность всей воды, которую я использую, очень велика, предельная

ценность последнего галлона, истраченного на полив лужайки, низка. В рыночном равновесии (подробнее см. какую-нибудь хорошую книгу по ценовой теории) цена равна предельной ценности, поскольку люди постоянно увеличивают свое потребление чего-то, пока его цена чуть меньше, чем то, во что оно оценивается. Они останавливаются, когда ценность лишнего галлона воды для них становится равна его цене. Они платят одну и ту же цену за галлон в случае всех галлонов, которые получают, включая и тот (очень ценный) галлон, который становится вопросом жизни и смерти. Они покупают воду по ее предельной стоимости, которая гораздо ниже ее средней стоимости. Точно так же и Эл, и Билл оплачивают предельные издержки, созданные каждым из них, которые гораздо ниже средних издержек.

Почему я трачу столько времени на подобный противоречащий здравому смыслу аргумент? Именно потому, что он противоречит здравому смыслу. Пока экономика сообщает нам то, во что мы и так верим, легко не обращать внимания на логику и сосредоточиться только на выводе. Экономический аргумент, из которого делается внешне странный экономический вывод, заставляет нас тщательнее обдумывать и сам аргумент, и здравый смысл, которому он противоречит.

В данном случае логика аргументации правильная, но правовой вывод, по крайней мере для дела о двух охотниках, неверен. Чтобы понять почему, мы должны выйти в нашей аргументации за пределы вопроса о причинной связи.

Одна из проблем этого вывода в том, что он зависит от моего предположения, что Эл и Билл действовали независимо друг от друга, что двойное убийство было несчастным случаем. Если мы согласны с правовым принципом отсутствия ответственности за двойное убийство, следующее такое убийство уже может оказаться неслучайным. Предложенная

мною правовая норма создает явную возможность для того, чтобы убийство осталось безнаказанным.

Вторая проблема возникает из-за моего неправдоподобного допущения, что Эл и Билл могут заплатить штраф, который полностью компенсировал бы Карлу факт его смерти, по крайней мере в том смысле, в котором об этом говорилось в главе 9. Это снова возвращает нас к вопросу о сравнении наказаний *ex ante* и *ex post*, обсуждавшемуся в главе 7. Один из доводов в пользу наказаний *ex ante* в том, что наказания *ex post* требуют значительных штрафов (с малой вероятностью применения), которые правонарушитель может быть не в состоянии выплатить. Тогда нам придется выбирать между штрафом, который меньше причиненного ущерба и потому недостаточно способствует предотвращению противоправного действия, и между более суровым, но более дорогим наказанием, таким как смертная казнь или тюремное заключение.

Одно из возможных решений проблемы охотников, которые не в состоянии заплатить назначенный штраф, в том, чтобы дополнить неадекватное возмещение ущерба *ex post* за убийство Карла наказанием *ex ante* за небрежную охоту. Один из способов это сделать — штрафовать охотников в случаях с двумя пулями. Ни один из охотников не причинил серьезного ущерба, поскольку, чтобы умереть, Карлу было вполне достаточно одной пули. Но тот факт, что они его подстрелили, говорит о том, что они охотились небрежно. Небрежная охота — это вид деятельности, за который нам хотелось бы штрафовать. На тех же самых основаниях мы наказывали бы их за то, что они едва не убили, при условии что можем это доказать, даже если они не причинили вреда.

Хотя из этого аргумента следует, что Эл и Билл должны нести ответственность даже в случае с двумя пулями, было бы ошибкой обобщать этот вывод. Можно представить себе другие случаи излишней

причинности, в которых независимость очевидна, стороны потенциально были в состоянии выплатить штраф, и при этом аргумент, который я предложил, работает и подразумевает, что ни одна из сторон не должна быть признана ответственной.

Можно также представить себе случаи, в которых тот же аргумент приводит к противоречащему здравому смыслу результату противоположного толка. Предположим, что два человека независимо друг от друга совершают такие противоправные действия, которые, будучи совершены по отдельности, не причиняют вреда, но, будучи совершены вместе, наносят большой ущерб. В данном случае предельный ущерб больше среднего ущерба; тот же самый аргумент, из которого следовало, что ни Эл, ни Билл ничего не должны, теперь предполагает, что каждая сторона должна по отдельности нести ответственность за полный объем ущерба. Сообразительные читатели могут придумать свои собственные примеры.

Когда рассматриваешь причинность в праве через призму экономической науки, в ней становится заметен восхитительный логичный алогизм. При случайной причинной связи вы действительно стали причиной гибели вашего друга — если бы не вы, он был бы жив, — но тем не менее закон делает вид, что это не так, и с точки зрения экономики правильно делает. В случае излишней причинности ни Эл, ни Билл не были причиной смерти Карла, тем не менее закон делает вид, что были, и с экономической точки зрения он снова прав.

Причинная связь. Часть II: виновен на 9%

Некто, работающий на ядерном реакторе, совершает ошибку, и происходит утечка радиоактивного газа. Тщательные подсчеты указывают на то, что в результате доля раковых заболеваний в бли-

жайшие 20 лет увеличится с 10 случаев в год до 11. Несет ли ответственность владелец реактора, и если да, в каком размере и в отношении кого?

В традиционном общем праве ответ был отрицательным. Если жертва ракового заболевания подает в суд, ответчик указывает, что, поскольку только 1 случай заболевания из 11 произошел по причине его небрежности, вероятность десять к одному, что этот конкретный случай все равно бы произошел. Истец по деликту должен доказать свою правоту наличием более веских доказательств, что обычно подразумевает, что от него требуется показать, что ответчик скорее виновен, чем невиновен. Поскольку вероятность того, что ответчик несет ответственность за заболевание, составляет всего 9%, истец проиграет дело.

Как правовая система могла бы решать подобные дела? Конечно же, не возлагая на реактор ответственности за все случаи заболевания раком. Если мы это сделаем, то с реактора взыщут возмещение убытков, в 11 раз превышающее ущерб, причиненный небрежностью в его эксплуатации, что будет чрезмерным и неэффективным. Если обобщить этот принцип, всякий раз, когда в охотника попадает шальная пуля и виновник неизвестен, каждого охотника, находящегося в лесу, признают виновным и требуют от него оплатить полную стоимость причиненного вреда.

Одна из возможностей — разрешить иски по деликту за вероятностные правонарушения. Раковый больной может потребовать одну одиннадцатую возмещения убытков, которое он получил бы, если виновником был бы лишь ядерный реактор. В качестве альтернативы все жители этой зоны могли бы подать иски с требованием возмещения ущерба, основанным на издержках *ex ante* — возросшем риске заболеть раком.

У этого подхода есть свои недостатки. Начать с того, что, если мы собираемся применять его по-

следовательно, все приговоры по гражданским делам должны иметь вероятностную форму. Если кто-то причинил ущерб с вероятностью 9% и должен выплатить 9% возмещения, тогда тот, кто причинил ущерб с вероятностью 60%, должен выплачивать только 60%, а не все 100%, как в настоящее время. Еще одна проблема, если мы разрешим подавать иски по случаям заболевания раком, которые еще не произошли, заключается в том, что до того, как они произойдут, у нас очень мало свидетельств того, каковы были последствия именно выброса радиации. А объединение исков, например, 100 тысяч человек требует коллективного иска или чего-то в этом роде, что ставит серьезную проблему стимулов — как мы можем быть уверенными в том, что адвокат будет служить интересам коллектива, а не своим собственным? Учитывая недостатки судебного процесса как способа разрешения сложной проблемы, можно долго говорить о принципе «все или ничего», свойственном вердиктам, принимаемым в соответствии с нынешним законодательством.

Менее радикальным и лучшим решением были бы коллективные иски со стороны жертв. Предположим, 110 больных раком объединяют свои дела и подают коллективный иск. Они не могут показать, кто из них заболел раком по причине выброса. Но они могут воспользоваться статистикой, чтобы продемонстрировать, что, по самым наилучшим оценкам, вследствие выброса среди них окажется на десять случаев заболеваний больше, чем было бы в противном случае, и что ответчик, таким образом, должен выплатить группе соответствующую сумму возмещения убытков. И наоборот, если бы наша правовая система относилась к требованиям по деликту как к передаваемой собственности (как это делала тысячу лет назад правовая система Исландии, о которой мы будем говорить в главе 17), юридическая фирма могла бы скупить

эти права требования большого числа жертв, а затем судиться с владельцем реактора. Мы вернемся к этой возможности в главе 18.

Насколько мне известно, коллективные иски никогда не применялись в таких делах. Но есть по крайней мере одно известное дело, которое было рассмотрено именно таким образом, только истцы и ответчики в нем поменялись местами. Оно касалось диэтильстилбэстрола (DES), лекарства от бесплодия, которое, как оказалось, вызывает медицинские осложнения у дочерей некоторых женщин, которые его принимали. Осложнения проявлялись самое раннее через 10–12 лет, а наиболее тяжелые из них, одна из форм рака, по разным оценкам, могла проявиться с вероятностью от одной на 250 до одной на 10 тысяч дочерей.

Два вопроса возникли в связи с этим делом. Первый — это вопрос о том, имеются ли основания для признания ответственными за вред производителей лекарства. Чтобы избежать выпуска на рынок лекарства, побочный эффект которого может проявиться через поколение, фармацевтической компании придется тестировать каждое новое лекарство в течение жизни целого поколения, прежде чем начинать его выпуск, тщательно следя за состоянием здоровья не только тех, кто его принимает, но их детей. И ей придется делать это в очень широких масштабах, чтобы обнаружить столь незначительный побочный эффект. Похоже, это чрезмерный уровень осмотрительности, который, скорее всего, приведет к удорожанию лекарств и к множеству смертей и страданиям, которые в противном случае могли бы избежать те, кому будет отказано в новом лекарстве в течение столь длительного периода испытаний. Таким образом, можно смело утверждать, что побочный эффект невозможно было предвидеть с разумными издержками и что в связи с этим фармацевтические компании не следует признавать ответственными

за вред. Противоположное решение суда не принесло бы никаких выгод с точки зрения усиления мер предосторожности, поскольку, даже если бы компании были признаны виновными, меры предосторожности, необходимые для того, чтобы избежать проблемы, не стоили бы затрат на их принятие, но порождали бы существенные судебные издержки.

Другая проблема была связана с выяснением, какой именно производитель несет ответственность перед тем или иным пострадавшим. DES был незапатентованным лекарством, производимым некоторым числом различных компаний, ни одна из которых не занимала подавляющую долю рынка. К тому времени, когда проявились побочные эффекты, сохранилось лишь немного документальных свидетельств о том, какая именно компания произвела лекарство, которое принимала та или иная женщина. Если женщина подавала иск к фармацевтической компании о компенсации убытков, компания могла (совершенно справедливо) ответить, что вероятность того, что именно она произвела хотя бы одну дозу лекарства, принятого этой женщиной, очень мала. Суд решил проблему путем распределения убытков по фармацевтическим компаниям в соответствии с занимаемой ими долей рынка, тем самым невольно объединив ответчиков подобно тому, как я предлагал истцам добровольно объединить свои иски.

Ответственность: как получать только эффективные несчастные случаи

> Справедливо и разумно, что, если лицо использует опасную машину, оно должно выплачивать возмещение ущерба, который эта машина может причинить; если вознаграждение, которое

> оно получает от использования машины, не покрывает ущерб, такое использование вредоносно для общества и должно быть запрещено.
>
> (Л. Дж. Брэмвелл по делу Пауэлл против Фолла, 5 Q.B. 597 [1880])

После долгого окольного пути сквозь дебри причинности, пришло время вернуться к очень простому вопросу. Я совершаю действие, которое может принести издержки другим лицам — вожу машину, стреляю из ружья, взрываю скалы динамитом. Величина и вероятность этих издержек зависят от того, какие меры предосторожности я приму. Как можно использовать деликтное право, чтобы создать для меня стимулы принимать те меры предосторожности, которые заслуживают усилий, и только их?

В наши задачи не входит полное устранение рисков, мы могли бы сделать это, запретив машины, ружья и динамит. Наша задача — получить эффективный уровень мер предосторожности и тем самым эффективный уровень риска. Нам нужен мир, в котором я лишний раз попрошу проверить тормоза тогда и только тогда, когда это сокращает ожидаемые издержки аварии по меньшей мере на ту сумму, в которую это мне обойдется. Нам нужен мир, в котором я разрушаю скальную породу динамитом, а не отбойным молотком, тогда и только тогда, когда моя экономия издержек по крайней мере компенсирует увеличение риска для моих соседей. Нам нужен не мир, в котором несчастные случаи не происходят (он обойдется нам неоправданно дорого), а мир, в котором происходят только эффективные несчастные случаи, только те несчастные случаи, предотвращение которых стоит дороже, чем те результаты, которые оно приносит. Нам нужен иметь мир, который был бы у нас, если бы все принимали все экономически оправданные меры предосторожности и только их.

Для простоты я начну с простейшего случая — несчастного случая, имеющего единственную причину. Я занимаюсь какой-то деятельностью (например, летаю на небольшом самолете), которая может причинить вред здоровью и имуществу других людей. Вероятность такого вреда зависит от того, какие меры предосторожности приму я, а не они. Другие люди ничего не могут сделать, разве что покрыть кровли своих домов несколькими слоями железобетона для защиты от риска падения на них моего самолета, то есть принять меры предосторожности, которые, как нам наверняка известно, не окупают своих затрат.

Мы также начинаем с простой правовой нормы — строгой ответственности. Если я причинил вред, я несу ответственность. Решая, летать или не летать и как часто это делать, насколько надежный (и дорогой) самолет использовать и как часто проводить его технический осмотр, отныне я принимаю во внимание и мои собственные, и чужие издержки, поскольку я несу первые и ответствен за вторые (мы будем предполагать, что, если мой самолет начнет падать, у меня будет время выпрыгнуть с парашютом, я останусь жив и буду выплачивать компенсацию). Поэтому в моих личных интересах принять все меры предосторожности, которые стоит принимать. Строгая ответственность ведет, по крайней мере в этом случае, к эффективному уровню осмотрительности.

Теперь рассмотрим другую правовую норму — небрежность. По правилу небрежности, по крайней мере в том его определении, которое дают экономисты, я несу ответственность за несчастный случай тогда и только тогда, когда я не принял все экономически оправданные меры для его предотвращения. Такое понимание небрежности предстает в праве под названием «формула Хэнда»: сторона проявила небрежность, если существует такая мера предосторожности, которую она мог-

ла бы принять, чтобы уменьшить вероятность несчастного случая, при этом издержки на принятие этой меры были бы меньше уменьшения вероятности несчастного случая, умноженной на потери от него. Интуитивно более понятная формулировка этого правила: сторона, которая создает издержки для других, делает это по небрежности, если не принимает мер предосторожности, которые принял бы разумный человек, если бы он нес на себе издержки этого несчастного случая.

Предположим, что к авиакатастрофам применяется правило небрежности. У меня две альтернативы. Я могу принять все экономически оправданные меры предосторожности (учитывая издержки как для меня, так и для других) или не принимать их. Если я этого не сделаю и произойдет авиакатастрофа, я буду нести ответственность так же, как если бы действовало правило строгой ответственности. Но как мы сейчас видели, если я буду нести ответственность, то в моих интересах принять все экономически оправданные меры предосторожности. Таким образом, в соответствии с правилом небрежности, как и в соответствии с правилом строгой ответственности, в моих интересах принимать все экономически оправданные меры предосторожности.

Как каждое из правил повлияет на количество судебных разбирательств, которые мы можем ожидать? По правилу строгой ответственности я несу ее даже в том случае, когда принял все экономически оправданные меры предосторожности, поэтому можно предположить, что строгая ответственность приведет к большему числу судебных разбирательств, чем небрежность. С другой стороны, в случае строгой ответственности сами судебные разбирательства должны быть проще, поскольку истцу не придется доказывать, что ответчик проявил небрежность. Следовательно, общее воздействие на судебные издержки неясно.

До сих пор я допускал, что суды полностью информированы, что они знают не только то, какой был нанесен ущерб и кто его нанес, но и то, какие меры предосторожности виновник принял и какие должен был принять. Теперь давайте откажемся от этой крайне нереалистической предпосылки. Меры предосторожности бывают двух видов: наблюдаемые и ненаблюдаемые. В случае наблюдаемых мер предосторожности суд знает и то, что вы сделали, и то, что должны были сделать. В случае ненаблюдаемых мер предосторожности суд либо не знает, какие меры вы приняли (например, обращал ли я внимание на автомобильное движение, когда ехал по дороге, или же думал о том, как переделать эту главу), либо не знает, какие меры следовало принять. Поскольку в случае ненаблюдаемых мер предосторожности суд не может сказать, были ли вы небрежны, небрежность теперь означает непринятие всех наблюдаемых и экономически оправданных мер предосторожности.

При новых предпосылках строгая ответственность и небрежность приводят к разным результаты. В соответствии с нормой о строгой ответственности, суд не обязан знать, какие меры вы приняли или должны были принять, поэтому результат не меняется: в ваших интересах принимать все экономически оправданные меры и только. Но при норме о небрежности у вас есть более привлекательный вариант. Вы принимаете все меры, которые одновременно и наблюдаемы, и экономически оправданны. Как только вы это сделаете, вас уже нельзя обвинить в небрежности, поэтому, если произойдет несчастный случай, вы не будете нести ответственности. Теперь вы выбираете оптимальный уровень ненаблюдаемых мер предосторожности в зависимости от издержек, которые несчастный случай может повлечь для вас, но не придаете значения издержкам, которые он может повлечь для жертвы.

Предположим, я оказался участником небольшой автомобильной аварии. На суде мне удается доказать, что я вел машину на разумной скорости, свернул в сторону, когда передо мной на дорогу выскочил олень, и в результате задел припаркованный автомобиль. Никакое экономически оправданное улучшение качества моего вождения не предотвратило бы аварию.

Однако я мог бы ее предотвратить, если бы вообще не садился за руль. Полностью осведомленный судья может подсчитать, что чистая ценность этой конкретной поездки для меня составляла всего 10 центов, ожидаемый ущерб для людей и имущества, которое я мог повредить во время поездки, составлял 20 центов, поэтому экономически оправданной мерой предосторожности было бы не ездить вовсе. Если это так, то я был небрежен с того самого момента, когда завел мотор, и должен быть признан ответственным за любой ущерб, который я, начиная с этого момента, причинил.

В реальном мире судьи не располагают такого рода информацией; они знают, ездил ли я на машине, но не знают, следовало ли мне это делать. То, как часто я езжу, *масштаб моей деятельности*, таким образом, — это ненаблюдаемая мера предосторожности. В литературе по праву и экономике различие между наблюдаемыми и ненаблюдаемыми мерами предосторожности очень часто дается как различие между мерами предосторожности и масштабом деятельности. Это удобное сокращение, поскольку масштаб деятельности — это важная ненаблюдаемая мера предосторожности, но оно вводит в заблуждение, потому что это не единственная подобная мера.

Строгая ответственность создает для меня стимулы учитывать внешние издержки, когда я принимаю решение о ненаблюдаемых мерах предосторожности, таких как масштаб деятельности, а правило небрежности — нет. Поэтому, чем важнее ненаблюдаемые меры предосторожности, тем

сильнее доводы в пользу строгой ответственности вместо небрежности. Судья Познер предложил это объяснение для правовой нормы, в соответствии с которой особо опасные виды деятельности, такие как корчевание пней с помощью динамита или содержание льва в клетке у себя на заднем дворе, подпадают под действие правила о строгой ответственности. Его (вполне убедительный) аргумент состоит в том, что «особо опасная» — это в данном случае правовой термин, обозначающий такого рода деятельность, для которой наиболее эффективной мерой предосторожности было бы не заниматься ею вовсе.

Чтобы посмотреть, как тот же самый аргумент применяется в обратном направлении, рассмотрим решение верховного суда Техаса по делу «Тернер против нефтяной компании Биг-Лейка» (*Turner v. Big Lake Oil Company*), которое я упоминал выше в связи с описанием того, как суды занимаются законотворчеством. Тогда стоял вопрос, следовать или нет прецеденту в деле «Флетчер против Райлэндса» (*Fletcher v. Rylands*) — деле, решавшемся в английском суде, который установил строгую ответственность за лопнувшие резервуары с водой. Суд отказался это делать, частично на том основании, что хранение большого количества воды было, возможно, необычным использованием земли в Англии, но играет важнейшую роль, если кто-то хочет заниматься сельским хозяйством на засушливых землях Западного Техаса. Если перевести их аргумент на наш язык, нет смысла использовать строгую ответственность, чтобы создать для фермеров стимул не хранить большое количество воды ради предотвращения несчастных случаев, поскольку они все равно будут держать резервуары на своей земле, какой бы ни была действующая правовая норма.

Общим для этих двух дел в Англии и в Техасе было то, что суд прекрасно осознавал далеко идущие последствия своего решения. Английские су-

дьи обсуждали потенциальную гибель людей из-за лопнувших резервуаров, несмотря на то что реальное происшествие обошлось без жертв. Скорее всего, они имели в виду катастрофы, которые происходили ранее в том же столетии, когда прорывы плотин приводили к гибели сотен, а в одном случае, произошедшем в Америке, даже тысяч людей, — и хотели установить такие правовые нормы, которые снизили бы вероятность подобных несчастных случаев в будущем. Решение техасского суда было частично основано на важности резервуаров для сельского хозяйства, хотя данный резервуар, ставший предметом судебного разбирательства, содержал не воду для полива, а соленую воду, являющуюся побочным продуктом выкачивания нефти. И те и другие судьи смотрели на дело с точки зрения долгосрочной перспективы, о которой я говорил выше. Они решали не только то, как относиться к конкретной катастрофе, которая уже произошла, но и то, как будут относиться к будущим катастрофам, и тем самым влияли на стимулы людей, чьи действия в будущем будут определять, какова будет вероятность этих несчастных случаев.

Проблемы обоюдной причинной связи

До сих пор, предполагая, что только одна сторона могла принять меры предосторожности, я избегал осложнений, которые Коуз ввел в теорию внешних эффектов. Сейчас мы переходим от управления самолетом, который может упасть и разрушить чей-то дом, к вождению автомобиля, который может столкнуться с чужим автомобилем. Вероятность того, что я столкнусь с вами, зависит и от моих навыков вождения, и от ваших. В автомобильных авариях действует обоюдная причинность: их вероятность зависит от решений, принимаемых обеими сторонами.

Автомобильные аварии также являются обоюдными событиями и в другом смысле. Когда сталкиваются два автомобиля, они оба получают повреждения. Эта особенность проблемы некоторым образом затрудняет анализ, не добавляя ничего интересного к его основной логике. Поэтому я слегка упрощу обсуждение, предположив, что все столкновения происходят между автомобилями и танками. Оба водителя влияют на вероятность столкновения, но только автомобиль получает повреждения. Если бы мы хотели отказаться от этой предпосылки, мы могли бы рассматривать каждое столкновение как два деликта, по одному с каждой стороны, и поочередно применять к ним наш анализ.

Начнем с правовой нормы об отсутствии ответственности; если машина окажется разбита, это проблема автомобилиста. У автомобилистов есть должный стимул принимать меры предосторожности, поскольку им придется оплачивать издержки любой аварии. Танки издержек не несут и потому мер предосторожности не принимают. Норма ведет к эффективному поведению со стороны водителей автомобилей, но не танкистов.

Чтобы решить эту проблему, перейдем к норме строгой ответственности: танки несут строгую ответственность, когда повреждают автомобили. Теперь уже танкист учитывает все издержки аварии, решая, как ему ехать (а также как часто проверять гусеницы танка и заниматься ли стрельбой по случайным мишеням, когда он едет по шоссе). Но водитель автомобиля, зная, что, если танк раздавит его машину, танкисту придется оплачивать ее замену (в моем гипотетическом случае все автомобили оснащены катапультируемыми креслами, так что повреждения получает только автомобиль), вообще не принимает никаких мер предосторожности. Мы решили проблему стимулов для танка, но не для автомобиля.

Далее рассмотрим норму о небрежности. Когда происходит авария, водитель танка несет ответственность тогда и только тогда, когда он проявил небрежность. Если мы допустим, что суд полностью информирован, результат будет эффективным. Танкисты принимают все экономически эффективные меры предосторожности по той самой причине, которую мы обсуждали выше: если они не будут их принимать, они будут нести ответственность, а если они будут нести ответственность, то в их интересах принять все экономически оправданные меры предосторожности. Поскольку танкисты принимают все экономически оправданные меры предосторожности, танки никогда не проявляют небрежность, а следовательно, не несут ответственности. Поскольку танки никогда не несут ответственности, водители автомобилей знают, что им придется оплачивать издержки аварий. Поэтому в их интересах тоже принять все экономически оправданные меры предосторожности. Норма о небрежности решает проблему создания эффективных стимулов в мире обоюдной причинной связи.

То же самое делает норма о строгой ответственности с возражением о встречной небрежности. В соответствии с этой нормой танк несет строгую ответственность, если только автомобиль не проявил небрежность. Водители автомобилей знают, что, если они не примут всех экономически оправданных мер предосторожности, им придется нести полные издержки аварий, а если они будут нести полные издержки, то в их интересах принять все экономически обоснованные меры предосторожности. Поскольку водители автомобилей никогда не проявляют небрежности, танкисты знают, что они будут признаны несущими строгую ответственность, поэтому в их интересах тоже принять все экономически оправданные меры предосторожности. Теперь у нас не одно решение проблемы, а целых два.

Чтобы эти решения работали, нам придется предположить, что суд был полностью информирован, что он знал, что каждый из них сделал и должен был делать. Но при такой предпосылке есть еще более простое решение проблемы обоюдной причинной связи. Суд объявляет, что всякий раз, когда происходит авария, любого водителя, не принявшего экономически оправданных мер предосторожности, расстреливают. Никто не хочет, чтобы его расстреляли, поэтому все будут принимать такие меры.

Мы только что вернулись к простейшему решению проблемы внешних эффектов — центральной власти, которая понимает, что следует делать каждому, и приказывает ему это делать. И факты, и теория подсказывают, что, за исключением самых простых ситуаций, это решение работает не очень хорошо. Оно требует, чтобы у того, кто в центре занимается планированием, была информация, которая едва ли может у него быть, и успех этого решения зависит от совпадения интересов того, кто планирует, и того, к кому относится этот план, что случается редко.

Чтобы включить некоторые из этих проблем в наш анализ, мы снова откажемся от предпосылки о полностью информированных судах и разделим меры предосторожности на наблюдаемые и ненаблюдаемые. Результат применения приведенных выше аргументов к более сложному случаю обоюдной причинной связи вкратце изложен в табл. 14.1.

В таблице имеется интересная симметрия: колонки 1 и 2 идентичны, только танк и автомобиль поменялись местами, и то же самое относится к колонкам 3 и 4. Это неслучайно. Отсутствие ответственности и строгая ответственность — одна и та же норма, только стороны меняются местами. Если ответственность отсутствует, автомобиль всегда платит за ущерб, тогда как в соответствии с нормой о строгой ответственности всегда платит

ТАБЛИЦА 14.1
Результаты альтернативных правовых норм

Оптимальный уровень	Ответственности нет (1)	Строгая ответственность (2)	Небрежность (3)	Строгая ответственность + возражение о встречной небрежности (4)
Предосторожность танка	Нет	Да	Да	Да
Деятельность танка	Нет	Да	Нет	Да
Предосторожность автомобиля	Да	Нет	Да	Да
Деятельность автомобиля	Да	Нет	Да	Нет

танк. Небрежность и строгая ответственность с возражением о встречной небрежности тоже представляют собой одну и ту же правовую норму: одна сторона оплачивает издержки, если вторая сторона не проявила небрежности, в противном случае платит сторона, проявившая небрежность. Правила кажутся разными, потому что разбитой оказывается машина, а не танк, поэтому если закон ничего не предпринимает, за издержки должен расплачиваться владелец автомобиля. Но если мы будем считать, что издержки совместно производятся решениями обеих сторон и что норма, устанавливающая ответственность, — способ решить, кто будет нести эти издержки, то симметрия становится очевидной.

Табл. 14.1 могла бы пригодиться, если бы мы разрабатывали правовую систему. Предположим, что

есть категория аварий, порождающих издержки, которые первоначально несет одна сторона (автомобиль) в результате решений, принимавшихся обеими сторонами (танк и автомобиль). Если стороной, которая находится в наилучшем положении, чтобы принять меры предосторожности, является автомобиль, если есть множество вещей, которые стоит сделать его водителю, чтобы предотвратить аварию, а танкист в свою очередь может принять лишь небольшое число экономически оправданных мер предосторожности или вообще не может их принять, тогда отсутствие ответственности — разумная норма. Если мы перевернем это допущение, разумной правовой нормой становится строгая ответственность.

Предположим, что не работает ни одна норма. Автомобиль примет некоторые меры предосторожности, которые экономически выгодно принимать, танк тоже. Следующий шаг — разделить меры предосторожности на наблюдаемые и ненаблюдаемые. Предположим, что важные меры предосторожности, которые принимает автомобиль, поддаются наблюдению (не управлять машиной в пьяном виде, не выскакивать перед носом у танка и так далее), но главное, что может сделать танк, чтобы сократить количество аварий, — это не выезжать на дорогу. Это считается ненаблюдаемой мерой предосторожности, поскольку, хотя суд знает, был ли танк на дороге (если бы не был, то и не врезался бы в мой автомобиль), суд не знает, следовало ли ему там быть. При таком допущении эффективная норма — строгая ответственность с возражением о встречной небрежности. Поменяйте все местами, и эффективной нормой станет небрежность.

Есть еще одна норма, которую мы должны рассмотреть. Предположим, мы заставим танкистов нести строгую ответственность, но только вместо того, чтобы выплачивать возмещение ущерба во-

дителям автомобилей, они будут платить штраф государству. Теперь и у танков, и у автомобилей есть стимул принимать эффективные меры предосторожности, как наблюдаемые, так и ненаблюдаемые. Танки несут полные издержки аварии в форме штрафа; автомобили несут полные издержки, потому что водитель не получает никакого возмещения, если танк раздавит его автомобиль. И по этому правилу суду больше не нужно наблюдать или оценивать меры предосторожности, поэтому требуется меньше информации, чем для установления небрежности или встречной вины.

Это простое решение проблемы обоюдной причинной связи имеет одно неблагоприятное последствие: об авариях не сообщается. Когда танк наезжает на автомобиль, танкист платит водителю автомобиля за то, чтобы не сообщать об аварии. Это становится еще очевиднее, если мы перейдем к более реалистической картине: все ездят на автомобилях, и при столкновении повреждаются оба транспортных средства. Правовая норма теперь принимает форму двойной ответственности. Каждый водитель отвечает за свои собственные издержки и платит государству штраф, равный издержкам другого водителя. Это создает для обеих сторон эффективный стимул избегать аварий, при условии что об авариях сообщается, а штрафы собираются, но водителям нет смысла сообщать об аварии, потому что так им удастся избежать штрафа.

То, что мы обсуждаем, — это нормальная часть нашей правовой системы, но только не деликтного права. Когда мы превращаем возмещение ущерба в штраф, мы также превращаем правонарушение, бывшее деликтом, в уголовное преступление и при обеспечении выполнения закона должны вместо механизма частных исков перейти к механизму обеспечения исполнения силами государства. Чтобы больше узнать об этом, оставайтесь с нами и никуда не переключайтесь.

Мы сделали наши допущения значительно более реалистичными и показали, почему правовые нормы лучше подходят для некоторых видов несчастных случаев. Но мы так и не объяснили, почему при норме о небрежности кто-либо вообще признается ответственным. До сих пор аргумент подразумевал, что действующие лица всегда будут выбирать эффективный уровень наблюдаемых мер предосторожности, а ведь именно наблюдаемые меры предосторожности определяют решение суда о небрежности.

Следующий шаг — признать, что и суд, и стороны могут совершать ошибки. Суд может ошибаться в своих оценках того, каким был эффективный уровень предосторожности, и признать небрежность там, где ее не было, или не признать ее там, где она была. Причинители вреда могут недооценивать эффективный уровень мер предосторожности или полагаться на то, что суд может его недооценить. Как только мы вводим понятие судебной ошибки, некоторые действующие лица сочтут, что в их интересах принимать больше мер предосторожности, чем того требует эффективность, с целью снизить вероятность того, что суд (по ошибке) признает небрежность с их стороны, когда ее не было. Другие, наоборот, посчитают, что в их интересах принимать меньше мер предосторожности, чем того требует эффективность, в надежде на то, что, если произойдет несчастный случай, суд может по ошибке решить, что они не были небрежны. Все стороны сочтут, что, если произойдет несчастный случай и кто-то подаст иск, в их интересах будет расходовать ресурсы на то, чтобы попытаться вызвать выгодные им судебные ошибки. Включение таких возможностей существенно затрудняет анализ. Это также объясняет, почему людей иногда признают небрежными и почему так много работы у адвокатов — и у профессоров права.

Одна из причин, по которой суды совершают ошибки, состоит в том, что они недостаточно хо-

рошо знают характеристики действующих лиц, чьи меры предосторожности они оценивают. Оптимальная скорость вашего вождения зависит среди прочего от того, насколько у вас быстрые рефлексы и как хорошо вы справляетесь с экстремальными ситуациями в реальном времени. Поскольку у судов нет этой информации, они, как правило, определяют небрежность не с точки зрения того, какие меры предосторожности были бы экономически оправданными для вас, а с точки зрения мер предосторожности, экономически оправданных для воображаемого «разумного человека».

Предположим, что вы — профессиональный гонщик и справедливо полагаете, что скорость, на которой вы можете вести автомобиль, не создавая опасности для окружающих, существенно выше той скорости, на которой может безопасно вести автомобиль среднестатистический водитель. Допустим далее, что ограничения скорости нет, но, если произойдет авария, скорость, с которой вы ехали, будет одним из определяющих факторов в решении суда о том, признавать ли небрежность с вашей стороны. Наконец, предположим, что суд, пользуясь критерием разумного человека, рассматривает любую скорость выше 60 миль в час как ведущую к небрежности. Насколько быстро вам следует ехать?

У вас на выбор есть два варианта. Вы можете ехать на скорости 60 миль в час, тем самым гарантируя, что, если произойдет авария, вас не признают проявившим небрежность. Или же вы можете ехать быстрее, но ценой того, что вас признают ответственным, если произойдет авария. Второй вариант, по сути дела, помещает вас в мир со строгой ответственностью, в котором вы будете, по обычным причинам, выбирать эффективную скорость.

Решая, какую альтернативу выбрать, вы должны будете выбирать между выгодами от того, что вы едете с оптимальной для вас скоростью, и издержками, вызванными тем, что вас признают винов-

ным в любых авариях, произошедших на этой скорости. Если окажется, что издержки превышают выгоды, в ваших интересах будет ехать с неэффективно низкой скоростью. Из того же аргумента применительно к человеку, являющемуся необычайно плохим водителем, следует, что иногда в его интересах ехать на скорости 60 миль в час, хотя для него это неэффективно высокая скорость, поскольку при скорости 60 миль в час он все еще не будет нести ответственности за любые аварии, которые он вызывает, а если он не несет ответственности, в его интересах ехать неэффективно быстро.

Строгая ответственность устраняет эту проблему. Суду не приходится решать, каков оптимальный уровень мер предосторожности; водитель, зная, что он будет нести все издержки, сам принимает это решение с учетом всей своей частной информации о собственных способностях.

Отсюда следует, что, если верна гипотеза Познера о том, что общее право эффективно, суды должны склоняться к тому, чтобы возлагать строгую ответственность за неумышленное причинение вреда там, где потенциальные виновники существенно разнятся по своим характеристикам с точки зрения оптимального уровня мер предосторожности, поскольку в таких случаях норма о небрежности, основанная на характеристиках разумного человека, будет слишком сдерживать одних и недостаточно сдерживать других. В целом мы должны наблюдать норму строгой ответственности не только там, где важен масштаб деятельности (тезис Познера), но и там, где важны ненаблюдаемые меры предосторожности, включая такие меры, которые являются «ненаблюдаемыми» не потому, что суд не может их увидеть, а потому, что суд не может решить, стоили ли они того, чтобы их принимать. Существует ли в действительности такая закономерность, я не знаю.

Размер возмещения ущерба

Ваша небрежность причинила мне ущерб, я подал иск и выиграл дело. Какое возмещение вы должны мне выплатить? Традиционный ответ — «сумму, достаточную для возвращения в первоначальное состояние», для того чтобы мое благосостояние было таким же, как если бы никакого ущерба не было. Одна из проблем, которая возникает в связи с этим правилом, рассматривалась в главе 9 — проблема адекватной компенсации в случае смерти или увечья. Здесь мы рассмотрим и другие.

На первый взгляд может показаться, что возмещение, достаточное для возвращения в первоначальное состояние до причинения ущерба, — это именно то, подразумевает подход Пигу к внешним эффектам, если стараться не замечать сложности, вызванные обоюдной причинной связью, и прочее. Я создал для вас издержки, поэтому выплачиваю сумму, равную причиненным убыткам, что создает для меня стимул должным образом учитывать внешние издержки в моих решениях.

Это работает, если каждый виновник деликта выявляется, предстает перед судом и проигрывает дело. Но в реальном мире информация несовершенна, судебные тяжбы стоят дорого, а суды отнюдь не всезнающие. Мы можем ожидать, что в реальном мире причинителей вреда признают ответственными с вероятностью, возможно, намного меньшей единицы. Если это так, правонарушители будут в среднем выплачивать возмещение убытков в размере меньшем, чем полный размер причиненных ими убытков, что создает для них неэффективно низкий стимул к тому, чтобы избегать причинения вреда.

Одно из возможных решений — увеличить размер возмещения, чтобы компенсировать меньшую, чем единица, вероятность успешного иска. Именно

так иногда работает уголовное право. Когда вы платите штраф в размере 100 долларов за то, что мусорите, причина не в том, что ваша банка от колы причинила ущерб на 100 долларов. Высокий штраф необходим для того, чтобы компенсировать низкую вероятность того, что отдельный акт замусоривания будет выявлен. Однако деликтное право требует только того, чтобы пострадавший, выигравший иск по суду, был возвращен в первоначальное состояние. Оно рассчитывает убытки так, как если бы они причинялись наверняка. Одна из причин того, почему это правило может оказаться разумным, обсуждается в главе 18.

У этого правила есть исключение, которое приобретает все большее значение в последние десятилетия: штрафные убытки. Предполагается, что обычные убытки основаны на причиненном ущербе. Штрафные убытки могут его превышать, порой во много раз.

Понять штрафные убытки

До недавнего времени почти все убытки, присуждавшиеся в гражданских исках, были основаны на правиле «возвращение пострадавшего в первоначальное состояние». Штрафные убытки, которые также называют убытками, присуждаемыми в порядке наказания, были редки, настолько редки, что в XIX веке во мнении заслуживающего уважения меньшинства суда (которое среди прочих поддержал верховный суд Нью-Гэмпшира и один из ведущих юридических обозревателей) утверждалось, что таких убытков не существует.

Прежде чем разобраться в штрафных убытках, стоит взглянуть на более ранние дела. Одно из самых ранних, «Хакл против Мани» (*Huckle v. Money*), касалось конфликта между Британской короной и ее критиками. В антиправительственном издании

вышла анонимная статья. Несколько посланников короля — своего рода аналог секретной службы в XVIII веке — незаконно ворвались в дом предположительного автора статьи и удерживали его силой, пока проводили обыск. Автор подал иск в суд. Посланники короля утверждали, что они должны возместить только фактический ущерб, которые они ему причинили, а именно несколько часов его времени плюс неудобства, вызванные необходимостью приводить дом в порядок. Они проиграли, суд присудил автору штрафные убытки.

Немного более поздний пример касается дела о намеренном оскорблении. Один землевладелец поклялся, что будет стрелять птиц на участке другого без его разрешения, — и сделал это. Сосед предъявил иск, и ему было присуждено возмещение убытков, существенно превышавшее реально причиненный ущерб.

В XVIII и XIX веках такие дела были редкостью; в последнее время присуждение штрафных убытков получило гораздо большее распространение. По закону для этого требуется, чтобы деликт был преднамеренным или безответственным. Закон не ограничивает размер возмещения убытков, которое может быть присуждено.

Я собрал шесть различных объяснений этой доктрины, четыре из них чисто экономические, два других нет. Начну с последних.

1. *Штрафные убытки не существуют. То, что ошибочно принимается за штрафные убытки, на самом деле просто возмещение ущерба, который с трудом поддается измерению.* Если кто-то держит вас в заточении у вас дома или стреляет на вашей земле без вашего разрешения, он унижает вас и наносит вред вашей репутации, и суд включает эти издержки в свой расчет возмещения убытков. Это объяснение согласуется с ранними делами, о которых я говорил, и с мнением заслуживающего

уважения меньшинства в XIX веке. Если это правда, то современные штрафные убытки — ошибка.

2. *Обычные убытки не подразумевают морального суждения в отношении виновника деликта* — от него требуется всего лишь возместить ущерб, который он причинил. Штрафные убытки нужны для выражения общественного порицания. Однако зачем, для того чтобы выразить негодование, предоставлять непредвиденную выгоду пострадавшему? Более того, зачем вообще применять деликтное право, а не применить вместо него уголовное, имея дело с неприемлемым поведением?

Далее следуют два экономических объяснения, предложенных судьей Познером и его постоянным соавтором Уильямом Лэндесом:

3. *Штрафные убытки — это вероятностный множитель, компенсирующий вероятность того, что виновник деликта никогда не предстанет перед судом, или то, что потерпевший не сможет выиграть дело в суде.* Если это так, то к чему тогда критерий «преднамеренности или безответственности»? Можно возразить, что тот, кто преднамеренно совершает гражданское правонарушение, постарается его скрыть, сделав ее выявление менее вероятным, но едва ли это применимо к безответственному деликту, который вы, например, совершаете, когда едете по улице на заднем сиденье пикапа и стреляете из ружья в воздух. Если штрафные убытки — вероятностный множитель, они должны быть основаны на том, насколько велика вероятность того, что правонарушение приведет к успешному иску по деликту, а не на том, безответственное оно или преднамеренное.
4. *Штрафные убытки — это способ быть осторожным, когда ущерб трудно измерить, а эффективные пра-*

вонарушения маловероятны. Чтобы понять этот аргумент, начнем с того, что спросим, что плохого в том, чтобы назначать слишком высокий штраф. Один из ответов: он создает у людей стимул быть излишне осторожными, удерживая их от совершения эффективных правонарушений. Таким образом, если мы уверены, что все правонарушения определенного типа (например, все преднамеренные деликты) неэффективны, мы можем не беспокоиться о том, что устанавливаем слишком суровое наказание. Если мы не знаем наверняка, сколько именно вреда причинил деликт, мы можем допустить, что много.

Это объяснение работает немного лучше предыдущего. Частично мы описываем деликт как безответственный из-за того, что виновный не сумел принять даже самых простых и очевидных мер предосторожности. Это подсказывает, что его поведение было явно неэффективным, поэтому мы можем не беспокоиться о том, что чрезмерно его сдерживаем. В случае предумышленного деликта виновный несет определенные издержки, чтобы его совершить, чего не происходит при несчастном случае, когда вы должны понести издержки, чтобы его избежать. Поэтому оптимальный уровень вполне может равняться нулю.

Но опять-таки может и не равняться: возможно, выгода для причинителя вреда с лихвой покрывает издержки и для него самого, и для потерпевшего. Но даже тогда позволять совершать деликт неэффективно, если та же самая выгода может быть получена с меньшими издержками при помощи рыночной трансакции. Если деликт случайный, я не знаю, кому я причиню вред, что затрудняет заблаговременное приобретение разрешения на это. В случае предумышленного деликта это не вызывает особых проблем. Я мог бы заплатить вам за разрешение стрелять птиц в ва-

ших владениях, если это действие для меня ценнее, чем для вас — его отсутствие. Таким образом, штрафные убытки можно, в частности, рассматривать как инструмент обеспечения соблюдения правила собственности.

Но что делать с деликтом, одновременно и предумышленным, и эффективным: с загрязнением окружающей среды, когда вы знаете, что вы причиняете вред, готовы заплатить за него, но не можете заключить сделку, потому что потерпевших слишком много? Как насчет испускания искр в случаях, когда эффективно делать это и выплачивать возмещение? В любом случае, когда возможно точное измерение убытков, для сдерживания всех неэффективных правонарушений достаточно будет установить выплату компенсации в размере, равном причиненному ущербу, поэтому дополнительные правонарушения, сдерживаемые более высокими компенсационными выплатами, вероятно, эффективны, и удержать от них мы не хотели бы.

Последние два объяснения штрафных убытков принадлежат мне. Ни одно из них не удовлетворяет меня полностью, но думаю, что они предпочтительнее других объяснений.

5. *Когда мы правильно учитываем судебные издержки при подсчете эффективных убытков, выясняется, что деликты, от которых легче удержать, должны наказываться суровее, чем деликты, от которых удержать сложнее в сравнении с ущербом, который они причиняют. Штрафные убытки применяются к классу деликтов, от которых особенно легко удержать.*

Чтобы объяснить это, я должен ввести фактор, который до сих пор не принимал во внимание: судебные издержки. Мы хотели бы предотвращать все неэффективные деликты, но не любой ценой. Если

какое-то правонарушение приносит чистые убытки — ущерб потерпевшего за вычетом выгоды причинителя вреда, — равные ста долларам, но сдерживание этого правонарушения требует судебных издержек в размере тысячи долларов, нам невыгодно этим заниматься.

В следующей главе более подробно рассматривается логика оптимального наказания в контексте уголовного права. В ней делается вывод, что пигувианское правило о том, что назначение наказания, равноценного причиненному ущербу с целью сдерживания всех неэффективных действий и только их, эффективно, если оно не требует издержек. Если выявление правонарушений, их судебное преследование и наказание обходятся дорого, правило подсчета эффективного размера возмещения убытков становится более сложным; результат зависит и от причиненного ущерба, и от того, как число правонарушений и связанные с ними издержки меняются в зависимости от наказания.

Если предложение правонарушений высоконеэластично, если требуется значительное (и дорогостоящее) увеличение наказания для умеренного снижения числа правонарушений, тогда имеет смысл сдерживать правонарушения, которые не просто неэффективны, а высоконеэффективны. Для этого мы применяем наказание, меньшее по величине, чем причиненный ущерб. Таким образом, мы удерживаем только от высоконеэффективных деликтов, в которых выгода причинителя вреда (или, что то же самое, издержки мер предосторожности, необходимых для того, чтобы избежать правонарушений) гораздо меньше причиненного ущерба.

Присуждение более крупного возмещения убытков ведет к росту судебных издержек в расчете на одно дело. Но если предложение правонарушений высокоэластично, более крупные возмещения также приводят к меньшему числу дел. В такой

ситуации увеличение наказания, например путем присуждения штрафных убытков, снижает судебные издержки. Эффективным становится присуждение компенсаций в размере, превышающем реально причиненный ущерб, что ведет к сдерживанию некоторых эффективных правонарушений ради того, чтобы избежать издержек судебного процесса.

Детали этого анализа можно найти в главе 15, а в математической форме этот анализ приводится на моем сайте. В данном случае важна связь между этим аргументом и штрафными убытками. Считается, что преднамеренные деликты особенно легко поддаются сдерживанию. При несчастном случае ответственность просто добавляет еще один вид издержек к тем издержкам, которые действующее лицо уже несет из-за несчастного случая. Действующее лицо не может избежать ответственности, решив, что не будет совершать деликт, оно может только снизить его вероятность ценой некоторых мер предосторожности. Преднамеренные же деликты являются предумышленными, поэтому действующее лицо может осознанно их не совершать. Безответственные деликты представляют собой более сложный случай, но, предположительно, безответственными их делает, в частности, и то, что причинитель вреда мог легко их избежать и должен был это сделать.

Если этот довод верен, штрафные убытки присуждаются за деликты, предложение которых относительно эластично, обычные убытки — за деликты, предложение которых относительно неэластично, и такая практика более или менее эффективна. Обычные убытки компенсируют не полностью, потому что не содержат вероятностного множителя, а они и должны его занижать, поскольку оптимальное наказание, в котором сделана поправка на издержки его назначения, меньше причиненного ущерба, если предложение правонарушений

достаточно неэластично. Штрафные убытки компенсируют в чрезмерной степени, и должны это делать, поскольку оптимальное наказание больше, чем причиненный ущерб, если предложение правонарушений достаточно эластично.

6. *Штрафные убытки предназначены для того, чтобы удерживать от стратегических деликтов.*

Рассмотрим простой пример преднамеренного деликта: избиение мужчины, который пытается ухаживать за девушкой, с которой вы встречаетесь. Вы делаете это не потому, что вам нравится бить людей, но потому, что хотите помешать им встречаться с «вашей» девушкой.

Если обычные убытки полностью компенсируют ущерб пострадавшему от деликта, это не сработает. Вы меня избиваете, я подаю на вас в суд, суд присуждает мне достаточно денег, чтобы я получил полную компенсацию за побои. Я не понес никакого чистого ущерба, поэтому ни у меня, ни у кого-то еще нет веских причин отказаться от оскорблений в ваш адрес в будущем. Как говорится в популярной наклейке на бампер: «Ударь меня, мне нужны деньги».

Но обычные убытки не компенсируют пострадавшему весь ущерб от деликта, по крайней мере по трем причинам. Одна из них в том, что нельзя знать наверняка, что возмещение убытков будет присуждено, поэтому *ex ante* пострадавший получает лишь частичное возмещение. Другая причина состоит в том, что (согласно американским, но не британским, законам) пострадавший, как правило, сам оплачивает своего адвоката. Наконец, обычные убытки зачастую не учитывают такие издержки, как боль и страдания, которые трудно оценить. В результате, если я предполагаю, что вы меня побьете, если я буду встречаться с вашей девушкой, я могу встречаться с кем-нибудь другим, даже если

знаю, что могу предъявить вам иск и получить возмещение. Вы успешно применили ту же стратегию, что и железнодорожная компания из главы 5, когда ей удалось заставить фермеров переключиться на выращивание клевера и сэкономить на расходах на установку искроуловителя.

Когда вы меня избили, было ли это эффективным деликтом? Вероятно, нет. Ваш выигрыш, видимо, был существенно выше, чем мои потери, учитывая, что вы все равно на это пошли, даже зная, что в итоге вам, возможно, придется выплачивать мне компенсацию и платить своему адвокату. Но я не единственный проигравший. Продемонстрировав готовность избивать людей, вы также создали издержки для всех остальных, кто мог захотеть сделать что-то, с чем вы не согласны, включая всех мужчин, которые могли бы захотеть встречаться с «вашей» девушкой, — и для нее тоже. Поэтому в случае стратегического деликта при определении размера убытков, который суд наблюдает и использует, чтобы подсчитать, что требуется для возвращения жертвы в первоначальное состояние, может иметь место существенная недооценка реально причиненного ущерба.

Избиение в нашей правовой системе обычно считается преступлением, а не деликтом, что делает мой пример искусственным, предназначенным для того, чтобы провести связь с анализом экономики драки в баре, который был предложен в главе 8. Более реалистические примеры можно найти в ранних британских делах, с добавлением некоторых деталей.

Я — богатый землевладелец в Англии XVIII века. Одна из причин и следствий моего богатства состоит в том, что у меня есть несколько мест в парламенте. Они у меня есть, потому что мои арендаторы голосуют по моей указке, арендаторы моих соседей голосуют по их указке, а в политических вопросах мои соседи делают то, что я скажу.

Не так давно один из моих соседей набрался наглости и угрожал провести своего кандидата на место, в голосовании за которое его арендаторы составляют значительную долю избирателей. Необходимо было что-то сделать; пришло время проучить его.

Под конец местного бала я публично заявляю, что сосед — мошенник и трус, что никакой разумный человек не стал иметь бы с ним дело и что я считаю его настолько ничтожным, что собираюсь пострелять птиц в его владениях в следующие выходные, нравится ему это или нет. Так я и делаю. Он подает на меня в суд за нарушение владений. Я нанимаю хорошего адвоката. Пять лет спустя, потратив много времени, нервов и много тысяч фунтов, он выигрывает свой иск. Я выплачиваю ему цену одного дня использования его поля для охоты за дичью — и никто отныне не смеет оспаривать мой контроль над местной политикой. Я успешно совершил стратегический деликт. Чтобы меня остановить, суд должен присудить моей жертве штрафные убытки. Это не только повышает затраты на мою тактику, но также уменьшает ее эффективность, так как то, что теряю я, приобретает мой сосед.

Похожий анализ может использоваться, чтобы разобраться в более раннем случае. Одной из целей королевских посланников было выяснить, кто написал анонимную статью. Другой — показать, что вы не оберетесь неприятностей, если вас будут считать критиком короны. Если бы суд присудил только обычные убытки, им бы это удалось.

Как правило, мы не можем применить штрафные убытки против наших аналогов королевских посланников. В соответствии с доктриной иммунитета суверенного государства от обычной гражданской ответственности, с нашим государством можно судиться только с его разрешения. «Закон о правонарушениях», который в ряде случаев ли-

шает федеральное правительство иммунитета, не допускает штрафных убытков. Когда суд Техаса выяснил, что секретная служба в ходе обыска и ареста Стива Джексона Геймса не только действовала с прямым нарушением федерального законодательства, но и продолжала так действовать в течение нескольких месяцев после того, как на соответствующие факты было указано адвокатом потерпевшего, он присудил потерпевшему только обычное возмещение убытков, оцененных крайне осторожно.

Зачем платить потерпевшему?

Одно из различий между деликтным и уголовным правом состоит в том, что в деликтном праве правонарушитель выплачивает возмещение убытков потерпевшему, а не штраф государству. Зачем так делается?

Один из ответов приводился ранее — чтобы создать у потерпевшего стимул к тому, чтобы подавать иск в суд. Это веская причина, но не столь веская, как может показаться. Если наказанием является штраф, поступающий в казну, у потерпевшего все еще есть стимул обратиться в суд, а затем предложить забрать свой иск за соответствующую компенсацию. Якобы именно это происходило в английском уголовном суде в XVIII веке при системе, в которой преследование по суду осуществлялось не полицией (полиции тогда не было), а частным обвинителем, обычно самим потерпевшим.

Если штраф поступает в казну, при любом размере сделки потерпевшему выгоднее отказаться от обвинений, чем продолжать на них настаивать, а любой размер сделки, меньший, чем штраф, будет выгоден причинителю вреда. Когда штраф поступает потерпевшему, а не взимается в пользу государства, возможности торга сокращаются, так как потерпевший примет только ту сделку, кото-

рая дает ему по меньшей мере то же самое, что ему присудил бы суд, за вычетом любых судебных издержек, которых позволяет избежать сделка. Сокращение возможностей торга, скорее всего, сокращает издержки переговоров.

Этот довод применим к любому частному обвинителю, не только к потерпевшему, а в соответствии с английскими законами XVIII века любой англичанин мог выдвинуть обвинение в суде в отношении любого преступления. Есть, однако, три веские причины для того, чтобы предоставить право подать иск потерпевшему, как это делается в современном деликтном праве. Одна из них: потерпевший — человек, который, вероятнее всего, осведомлен о том, что произошло гражданское правонарушение, следовательно, именно он находится в наилучшем положении, чтобы сообщить о нем, если у него есть соответствующий стимул. Вторая причина: потерпевший, скорее всего, будет важным свидетелем, поэтому передача ему права на штраф устраняет трансакции, которые в противном случае потребовались бы при взаимодействии между ним и обвинителем. Третья причина: у потерпевшего есть дополнительный стимул обращаться в суд. Обращение в суд по поводу данного правонарушения может предотвратить совершение подобных правонарушений против него в будущем. Право потерпевшего на получение штрафа объединяет стимулы для одного человека, устраняя затратные трансакции. Этот довод снова появится в главе 18.

Более распространенное, но менее убедительное обоснование присуждения потерпевшему убытков по деликту состоит в том, что таким образом ему компенсируются его потери. Как я уже указывал ранее и вскоре буду обсуждать более подробно, деликтное право малопригодно для страхования. А как мы видели в случае автомобиля и танка, возмещение убытков «потерпевшему» может со-

здавать неправильные стимулы, так как возмещение уменьшает его стимулы принимать меры предосторожности для предотвращения несчастного случая.

Одно исключение — это случай стратегического деликта, в котором, как мы видели в главе 5, возмещение уменьшает эффективность угроз со стороны причинителя вреда. Когда штрафы за пожары из-за искр превратились в выплату возмещения убытков, в мире без осложнений в виде судебных издержек стратегическая позиция железной дороги рухнула бы, и ей бы пришлось устанавливать (эффективный) искрогаситель.

Отсюда следует важность проведения различий между анонимным деликтом (например, автомобильной аварией) и таким деликтом, как, например, преднамеренное нарушение владений, при котором причинителю вреда известно, кто является потерпевшим. При анонимном деликте стратегическое поведение невозможно. Я могу заниматься опасным вождением в надежде на то, что другие в ответ будут ехать очень осторожно, но, поскольку я — лишь один водитель из многих, воздействие на их поведение будет незначительным. Самый близкий пример такой тактики из реальной жизни, который приходит мне в голову, — подруга, которая никогда не закрашивает царапины на своей машине, предполагая, что другие водители решат, что, поскольку она неосторожна, осторожны должны быть другие.

Неанонимные деликты создают не только риск стратегического поведения, но и возможность для торга. При взаимодействии между соседями нам может не потребоваться деликтное право, чтобы прийти к правильному исходу. По мере того как мы движемся в сторону менее анонимных причинителей вреда, мы также движемся к миру, в котором правила собственности могут оказаться полезнее правил ответственности.

Обоюдная причинная связь и ответственность производителей, или Кто заплатит за бутылку кока-колы, ставшую гранатой

Ответственность производителей, как юридический вопрос на границе между деликтом и договором, в последние десятилетия стала источником множества судебных процессов. Основной вопрос: кто несет ответственность, когда при использовании продукта что-то внезапно идет не так, когда взрывается бутылка кока-колы или когда газонокосилка травмирует того, кто ею управляет. Какой нормой мы руководствуемся — нормой об *ответственности покупателя* («пусть покупатель будет бдителен!»), в соответствии с которой покупатель получает товар таким, какой он есть, вместе с любыми дефектами, или нормой об *ответственности продавца*, по которому, если что-то идет не так, ответственность за это несет продавец? Или возможны лучшие альтернативы?

Такая формулировка делает это различие слишком резким. Если ваша жена берет пистолет и стреляет в вас, что-то пошло не так, вы совсем не для этого покупали пистолет. Но даже при норме об *ответственности продавца* производитель оружия едва ли будет признан виновным. Законы об ответственности производителей имеют дело с той категорией «вещей, с которыми что-то пошло не так», которая связана с неисправной продукцией. Но даже в этом случае это большая и расплывчатая категория. Предполагается, что газонокосилки режут вещи. Когда они режут не те вещи, которые должны, не всегда ясно, в ком проблема — в машине или в человеке, который ею управляет.

Очевидное основание для выбора правила ответственности — его влияние на стимулы, заставляющие принимать меры для предотвращения не-

счастных случаев, например делать такие бутылки кока-колы, которые не взрываются, или производить более безопасные газонокосилки. Если компания «Кока-Кола» несет ответственность, это дает ей стимул поддерживать высокий уровень контроля качества, гарантирующий, что бутылки с кока-колой будут лишь изредка взрываться, что является доводом в пользу *ответственности продавца.*

На самом деле проблема сложнее по двум причинам. Первая в том, что пользователи тоже могут предотвращать несчастные случаи — например, не трясти бутылки с кока-колой в жаркую погоду, надевать обувь, когда косят лужайку, или выпивать пару банок пива после, а не до того, как берутся косить. Когда я просматривал некоторые реальные дела, касавшиеся взрывающихся бутылок с кока-колой (все они, естественно, относились к тому периоду, когда компания «Кока-Кола» еще не перешла со стеклянных на пластиковые бутылки), я наткнулся на одно дело, в котором, прежде чем взорваться, бутылка 36 часов простояла без охлаждения во Фресно, в Калифорнии. В той степени, в которой закон об ответственности страхует пользователей от несчастных случаев, он уменьшает их стимулы к тому, чтобы их предотвращать, что является доводом в пользу *ответственности покупателя.* Мы снова возвращаемся к проблеме морального риска, обсуждавшейся в главе 6, и к тому же самому ответу: создавайте стимул там, где он принесет наибольшую пользу.

Вторая сложность связана с тем, что, даже если компания «Кока-Кола» не несет ответственности, у нее все равно могут быть свои основания сделать так, чтобы ее бутылки не взрывались, — репутация. Если потребители имеют достаточно точное представление о том, насколько опасны их бутылки, слабый контроль качества может обернуться спадом продаж. В мире полностью информированных потребителей правило *ответственности по-*

купателей ведет к эффективным мерам предосторожности с обеих сторон — со стороны компании «Кока-Кола» для сохранения репутации и со стороны потребителей, потому что на них возлагаются издержки любого несчастного случая. То же самое относилось бы к правилу *ответственности продавца*, если бы компания «Кока-Кола» была полностью информирована о том, что каждый из ее покупателей собирается делать с каждой бутылкой, и могла бы соответствующим образом регулировать свою цену, однако трудно быть полностью информированным о том, что еще не случилось.

Чтобы репутация создавала для «Кока-Колы» правильные стимулы, потребители должны быть хорошо информированы об опасности не только того, что бутылка взорвется, но и того, что взорвется именно бутылка кока-колы, чтобы репутационные выгоды от усиления контроля качества получала именно эта компания, а не вся отрасль в целом. Насколько правдоподобно это допущение, зависит от продукта. Если потребители не имеют никакой информации о качестве продукта, если, например, они покупают лекарства, побочные эффекты которых могут проявиться только спустя много лет, репутация вряд ли создаст стимулы для продавца. Если так, то это довод в пользу того, чтобы сделать ответственным продавца.

Один из способов не лишиться зрения из-за взрыва бутылки с кока-колой — принять меры предосторожности: хранить ее охлажденной и, если по какой-нибудь причине вам приходится иметь дело именно с теплыми бутылками, надевать кожаные перчатки и очки. Другой способ — не покупать ее. Если потребители полностью информированы о рисках, одним из последствий будет появление правильных стимулов у производителей. Еще один способ заключается в том, что потребители имеют возможность принимать правильные решения о том, что покупать. Если они ничего

не знают о таком важном аспекте качества, как риск неисправности, это больше не работает. Потребитель, серьезным образом недооценивающий риск неисправности, может приобрести что-то, что менее ценно для него, чем заявленная цена, тогда как потребитель, переоценивающий риск, может совершить противоположную ошибку. Мы снова возвращаемся к главе 6, на этот раз к проблеме неблагоприятного отбора.

Если продавцу известно о риске, а покупателю — нет, решение состоит в том, чтобы продавец застраховал продукт, что, собственно, правило *ответственности продавца* и заставляет его делать. «Кока-Кола» продает бутылку кока-колы вместе со страховым полисом, и, располагая информацией о риске, знает, сколько они вместе стоят. Покупатель покупает бутылку и страховой полис, и, поскольку полис покроет ему убытки, если бутылка окажется с дефектом, он не должен знать, насколько велик этот риск, чтобы решить, стоит ли такой пакет цены, которую за него просят. Из того же самого аргумента следует, что, если лучше всего о риске осведомлен покупатель (если, например, он знает, что собирается использовать новый автомобиль для дрэг-рейсинга, а не для поездок на работу), продавец не должен нести ответственность.

Этот аргумент дает нам достаточно ясный результат, который, однако, не всегда легко применить на практике. Если бы у покупателей была информация о том, насколько опасны продукты каждой фирмы, подходящим правилом была бы *ответственность покупателя*. Если бы у покупателей не было такой информации, а у продавцов была, и продавцы находились бы в наилучшем положении, чтобы предотвращать несчастные случаи, самым лучшим правилом была бы *ответственность продавца*. В более сложных ситуациях, когда покупатель знает о риске, но продавец имеет больше возможностей предотвратить его, мы должны либо

понять, какое из соображений важнее, либо удовольствоваться промежуточным решением, например возложить на продавца ответственность лишь за часть риска.

Этот компромисс — встречающийся в законе об ответственности производителей аналог совместного страхования, возможно, скрытым образом присутствует в большей части деликтного права. Традиционно присуждение возмещения убытков основывалось на узком определении издержек; и, хотя ситуация некоторым образом меняется, эти возмещения по-прежнему невелики, поэтому (что бы там ни говорили наклейки на бамперах) лишь небольшое число людей захочет, чтобы кто-то их сбил ради того, чтобы потом с ним судиться. Таким образом, даже когда нормы деликтного права возлагают ответственность на кого-то другого, у большинства из нас все еще есть стимул принимать меры к тому, чтобы не оказаться пострадавшим.

До сих пор я не принимал во внимание еще один аргумент, используемый для того, чтобы заставить производителей нести ответственность, — тот факт, что им обычно проще распределять риски. У меня за всю жизнь, если мне не повезет, может взорваться только одна бутылка кока-колы. Компания «Кока-Кола» продает миллионы бутылок в год. Ее убытки, если она несет ответственность за эти несчастные случаи, как и убытки, которые несет страховая компания, страхующая множество домов, вполне предсказуемы.

Я пренебрег вопросом о распределении рисков, потому что, хотя потребители хотят получить защиту от рисков, а деликтное право может им ее предоставить, есть альтернатива получше. Страховые полисы имеют два важных преимущества перед законом об ответственности производителей как механизмом защиты людей от риска. Первое связано с тем, что этот закон об ответствен-

ности слишком избирателен. Если я пораню руку из-за того, что взорвалась бутылка кока-колы, ответственность производителя может возместить мне мой ущерб, но, если я поскользнусь на собственных обледенелых ступеньках, подать в суд я могу лишь на самого себя. Я хочу получить защиту не от риска, связанного с неисправной продукцией, или риска, вызванного небрежностью других людей, но от риска в целом. Это аргумент в пользу того, чтобы использовать страховые полисы для обеспечения защиты от несчастных случаев, а деликтное право — для того, чтобы дать людям соответствующие стимулы к их предотвращению.

Второе преимущество страхования перед деликтным правом состоит в том, что страховая компания хочет иметь репутацию компании, щедро выплачивающей пособия — не настолько щедрой, чтобы поощрять мошеннические требования, но достаточно щедрой, чтобы люди захотели покупать у нее страховые полисы. Стороне в судебном споре нужна противоположная репутация. Чем сложнее будет истцу в этой тяжбе, тем меньше вероятность того, что следующий истец попытает свое счастье. Враждебные отношения между истцом и ответчиком скорее приведут к более высокими издержкам, чем (относительно) конструктивные отношения между страховой компанией и клиентом, заявляющим претензию. В среднем от каждого доллара возмещения убытков и гонорара адвокатам, выплаченного ответчиками по деликтам, истцам по деликтам, после того как они расплатятся со своими адвокатами, остается около 50 центов.

Отсюда еще один фактор, требующий рассмотрения при выборе правила ответственности, — судебные издержки. При *ответственности покупателя* никто не несет ответственности, никому не предъявляют исков и никому не приходится оплачивать адвокатов. При *ответственности продавца* постра-

давший потребитель должен обратиться в суд или, по крайней мере, угрожать обращением в суд, чтобы получить возмещение убытков. Здесь и в других разделах права действует общий аргумент в пользу того, чтобы оставить убытки там, где они возникли, который необходимо сравнивать с теми выгодами, которые мы иногда получаем, когда переносим убытки куда-то еще.

Мы рассуждали в категориях двух простых альтернатив: *ответственность покупателя* и *ответственность продавца*. Суды должны проводить более тонкие различия, применяя *ответственность покупателя* к одним видам риска и *ответственность продавца* — к другим, в соответствии с теми принципами, которые мы сейчас наметили. Или же они могут применять принципы небрежности, признавая «Кока-Колу» ответственной только в тех случаях, когда может быть доказано, что она не приняла соответствующие меры предосторожности (ответственность из небрежности), или признавать ее ответственной, если только она не может доказать, что потребитель не принял соответствующих мер предосторожности (строгая ответственность с возражением о встречной небрежности потерпевшего).

До сих пор я предполагал, что правило ответственности, каким бы оно ни было, должно устанавливаться судами или законодательным органом. Есть и другая альтернатива: договор. Всякий раз, когда автомобильная компания дает гарантию на пробег в 30 тысяч миль, она берет на себя *ответственность продавца* за те виды дефектов, которые покрывает гарантия.

При правовом режиме, предполагающем свободу договора, суды устанавливают правила по умолчанию, но предоставляют сторонам право менять их. Если суд устанавливает *правило ответственности* покупателя, а продавцы полагают, что переход к *ответственности продавца* даст покупателям больше выгод, чем создаст издержек для продав-

цов, они предлагают гарантии и, соответственно, поднимают цены. Если суды устанавливают *ответственность продавца*, а выгоды от такой правовой защиты по оценке покупателей ниже затрат, на которые идут продавцы, чтобы ее обеспечить, тогда покупатели соглашаются подписать отказ от ответственности, превращая правило *ответственности продавца* в правило *ответственности покупателя* в обмен на соответствующее снижение цены. Экономический анализ того, какое именно правило ответственности больше всего подходит для данной ситуации, по-прежнему полезен при свободе договора и для судов, выбирающих диспозитивные нормы, и для сторон, решающих, стоит или не стоит заключать договоры в отношении этих норм. Однако окончательное решение принимается сторонами, не судом.

Аргумент в пользу предоставления свободы договора зависит от того, что потребители и продавцы рациональны и располагают некоторой информацией, но он не требует того рода исчерпывающей информации, которая нужна для того, чтобы *ответственность покупателя* автоматически становилась верной нормой. У них должно быть только достаточно знаний для того, чтобы решить, будет ли им в среднем лучше с гарантией или без нее, предпочитает ли та или иная сторона сделки *ответственность покупателя* или *ответственность продавца*, с учетом того, во сколько обойдется каждая из норм.

Это обсуждение свободы договора указывает на важное различие, которое можно легко упустить из виду: различие между решением о том, какие правовые нормы являются верными, и решением о том, какие механизмы смогут их произвести. Анализ выбора между *ответственностью покупателя* и *ответственностью продавца* сосредоточивался на первом вопросе: когда лучше применять ту или иную норму? Анализ выбора между свобо-

дой договора и императивными нормами ответственности, устанавливаемыми судами или законодательными органами, сосредоточится на втором вопросе: какие механизмы с большей вероятностью произведут лучшее правило.

Покер, ценность информации и судебная небрежность

> Даже если вы получили информацию, которую не ожидали, она ничего не значит, если эта новая, неожиданная информация не изменит вашу стратегию.
>
> (*Дэвид Склански.* Борьба с нечетким мышлением в покере, азартных играх и в жизни)

Склански обсуждает покер, в частности вопрос о том, когда стоит заплатить за информацию о стратегии другого игрока, сделав ставки, которые позволяют раскрыть информацию, но в среднем приводят к проигрышу денег, — но его анализ применим более широко, на что указывает название книги. Предоставление и оценка информации требуют издержек со стороны как производителя, так и потребителя. Окупаются ли они, зависит от того, насколько ценной оказывается сама информация. Если я готов заплатить за бутылку кока-колы 1 доллар, а она продается по 50 центов, известие о том, что существует риск, что она взорвется, информация, которую я бы оценил в 2 цента, не окажет на мое поведение никакого эффекта. Ценность бутылки для меня по-прежнему превышает ее стоимость, поэтому я ее куплю. Если бы ценность бутылки для меня составляла 51 цент, информация повлияла бы на мое поведение (ценность 51 - 2 = 49 центов, стоимость 50 центов, следовательно, я ее не куплю), но поскольку ценность бутыл-

ки всего на 1 цент меньше ее стоимости, ее покупка не будет серьезной ошибкой.

Если обобщить этот довод, то получится, что информация, которая оказывает лишь незначительно воздействие на ценность товара для потребителя, едва ли повлияет на решение о его покупке; если она все-таки побудит его к отказу от покупки товара, результатом будет лишь небольшая экономия. Таким образом, неблагоприятный отбор важен только тогда, когда отсутствующая информация оказывает значительное воздействие на ценность блага, — например, информация о том, в хорошем состоянии данный подержанный автомобиль или нет. Отсюда следует, что непредоставление информации должно давать повод для судебного иска, только если эта информация оказывает существенное влияние на ценность блага для потребителя. Если мы это не признаем, мы оказываемся в мире, где инструкции к любому товару начинаются с предупреждений на 50 страницах, предназначенных для присяжных в каком-нибудь будущем процессе о возмещении ущерба, которые рациональный потребитель не будет читать.

Чтобы увидеть, как это требование в действительности учитывается в праве, рассмотрим дела о прививке против полиомиелита. Примерно один человек на миллион, который был привит вакциной Сэбина, в результате этого заболевал полиомиелитом. Поскольку никакого другого способа привиться от полиомиелита известно не было, суды постановили, что опасность, связанная с вакциной, неустранима, следовательно, вакцина не является дефектным продуктом.

Хотя нет способа сделать безопасным продукт с неустранимой опасностью, можно избежать связанных с ним рисков, если им не пользоваться. Отсюда вопрос о том, проявили ли производители вакцины небрежность, не когда ее производили, а когда не смогли должным образом предупредить

тех, кто ею пользуется. Производители предупреждали врачей и тех, кто распространял вакцину, но должным образом не позаботились о том, чтобы каждый, кому делают прививку, получил индивидуальное предупреждение.

Было ли это небрежностью, по крайней мере в экономическом смысле, зависит от того, имело ли предупреждение значение, существовал ли значительный шанс того, что кто-то, получив предупреждение, решил бы, что вакцинация не в его интересах. В деле «Дэвис против лабораторий Вайета» (*Davis v. Wyeth Laboratories, Inc.*) суд согласился с этим доводом и попытался подсчитать соответствующие издержки и выгоды:

> Доклад Главного санитарного врача... предсказывал, что в сезоне 1962 года только 0,9% людей в возрасте более 20 лет из миллиона заразятся полиомиелитом от природного источника... Таким образом, риск истца заразиться болезнью без вакцинации был таким же, если не меньше риска заразиться ею из-за вакцины. При таких обстоятельствах мы не можем согласиться... что решение в пользу прививки было очевидным.

Если вы не заметили ошибки, прочтите текст еще раз. Суд сравнивает риск для Дэвиса от вакцинации — около одного шанса на миллион заразиться полиомиелитом — с риском из-за отсутствия вакцинации. Чтобы оценить последний, суд использует долю взрослого населения, которое может заразиться полиомиелитом от природного источника в течение года. Но вакцинация действует в течение всей жизни, поэтому сравнивать следует с вероятностью заразиться болезнью в течение всей жизни, возможно, с учетом того факта, что чем позднее он им заразится, тем меньшая часть его взрослой жизни окажется затронута болезнью.

Если мы предположим, что риск был постоянным в течение всего времени, и измерим издерж-

ки заражения полиомиелитом годами потерянной нормальной жизни, то суд ошибся в своих расчетах приблизительно в 25 раз, в результате чего выгода от вакцины почти в 20 раз превысит издержки. Эту ошибку заметил бы даже сообразительный старшеклассник. Если бы судьи, подобно фармацевтическим кампаниям, несли ответственность по закону за последствия своей небрежности, судья, написавший это мнение, и те судьи, которые к нему присоединились, оказались бы должны компании «Вайет» очень большую сумму денег.

Хрупкие черепа и непоследовательные правовые нормы

> Истцу было около 14 лет, а ответчику — около 11. 20 февраля 1889 года они сидели друг напротив друга через проход в классе старшей школы в деревне Уокеша. Ответчик вытянул ногу и носком ударил истца по голени правой ноги. Касание было легким... Через несколько мгновений истец почувствовал в этом месте сильную боль, заставившую его громко вскрикнуть... Он никогда не сможет восстановить функции этой ноги.
>
> (Восбург против Патни, *Vosburg v. Putney*, 80 Wis. 523, 50 N.W. 403 [1891])

Так начинается одно из весьма необычных дел общего права. По причинам, которые никто не мог понять, с ногой Восбурга произошло что-то очень серьезное после того, как Патни слегка ударил ее. Суд пришел к выводу, что, хотя Патни никак не мог предвидеть результат своих действий, его удар, тем не менее, причинил вред и что он, то есть его родители, по закону несут ответственность за его последствия. В результате появилась правовая норма,

действующая до сих пор: причинитель вреда принимает жертву такой, какая она есть. Даже если она окажется необычайно уязвимой, даже если у нее «череп хрупкий, как яичная скорлупа», так что его можно проломить легким ударом, причинитель вреда все равно несет ответственность за реальные издержки, вызванные его правонарушением.

На первый взгляд, заставлять меня платить больше, если я причиняю больше вреда, имеет смысл, только если убытки предсказуемы. Если у меня нет способа узнать, у кого хрупкий череп, а у кого нет, я не могу принять соответствующие меры предосторожности в ответ на стимул, создаваемый большей ответственностью. Однако для этой нормы есть довод об эффективности, основывающийся не на (непредсказуемом) ущербе в отдельном деле, а на среднестатистическом ущербе во многих делах.

Потенциальные жертвы деликта различны с точки зрения своей уязвимости. Если бы правовая норма ограничивала убытки тем, что можно разумно предвидеть, тогда особенно невезучие причинители вреда, нанесшие повреждения особенно хрупким жертвам, выплачивали бы среднее возмещение убытков, везучие причинители вреда, нанесшие повреждения особенно крепким жертвам, выплачивали бы возмещение ниже среднего, и среднестатистический причинитель вреда платил бы меньше среднего ущерба, причиненного его правонарушением. Когда мы вместо этого требуем, чтобы они принимали своих жертв такими, какие они есть, мы создаем для потенциальных причинителей вреда правильный стимул принимать меры предосторожности.

Если этот аргумент в пользу эффективности правовой нормы показался вам убедительным, снова мысленно вернитесь к истории с потерянными пленками с фотографиями из Гималаев из главы 12. Логика двух этих проблем поразительно схожа. В каждом случае виновная сторона имела мень-

ше информации о величине риска, чем потерпевший. Хотя Восбург не мог знать, насколько хрупкая у него нога, он знал о своей ноге больше, чем Патни, поскольку он знал, а Патни — нет, что у него уже была травма этой ноги, которая еще не зажила. В более общем случае хрупкая жертва, скорее всего, знает о своей хрупкости, и уж точно знает о ней больше, чем причинитель вреда.

Тот же самый аргумент, который я только что привел в защиту правовой нормы, принятой в деле «Восбург против Патни», мог бы быть использован для критики правовой нормы в деле «Хэдли против Баксендейла», благодаря которому компании «Уолгрин» удалось в основном избежать ответственности за потерю пленки фотографа. Это правило подразумевает, что сторона, проявившая небрежность, в данном случае проявочная мастерская, заплатит убытки ниже средних за потерю ничего не стоящей пленки, средние убытки за потерю особенно ценной пленки и, следовательно, в среднем заплатит меньшую компенсацию, чем причиненный ею ущерб.

Точно такой же аргумент, который я использовал для защиты правовой нормы в деле «Хэдли против Баксендейла», которое создавало для более осведомленной стороны стимул принимать соответствующие меры предосторожности, мог бы быть использован для критики правовой нормы в деле «Восбург против Патни». Если у вас череп хрупкий, как яичная скорлупа, проблему легче решить, надев защитный шлем, а не заставляя окружающих обращаться с вами как с яйцом.

Эта пара согласованных друг с другом правовых норм вместе с сопутствующими обоснованиями (в обоих случаях позаимствованными у судьи Познера) хорошо иллюстрируют опасности оценки эффективности правовой системы постфактум. Когда мы знаем, каково правило, мы обычно можем подобрать аргумент, даже убедительный аргумент

в пользу его эффективности. Довольно часто есть парный аргумент, который мы могли бы использовать с тем же эффектом, если бы правило оказалось другим. В качестве второго примера рассмотрим следующий случай.

Выгодное чудо

Вы причинили кому-то травму, совершив правонарушение, и суд присудил потерпевшему возмещение убытков. Какую форму должна носить компенсация? Должны ли вы выплачивать потерпевшему каждый год сумму для покрытия его медицинских расходов и потерянного заработка, или же суд должен присудить единовременную сумму, исходя из оценки текущей стоимости всего потока издержек, которые повлекла за собой травма?

Один из аргументов против ежегодных платежей — они требуют постоянного участия суда. Другой — они искажают стимулы для потерпевшего. Если ему удастся устроиться на работу, показав, что в конечном счете его травма не лишила его всех возможностей, выплаты по возмещению убытков будут соответствующим образом уменьшены. Если же вместо этого суд назначит единовременную сумму, потерпевший получит право делать все, что в его силах, чтобы уменьшить издержки, связанные с травмой, и никто не будет его за это винить. Современные суды обычно придерживаются именно этой политики.

С ней связаны две проблемы. Одна в том, что она заставляет суд оценивать убытки заранее. Потерпевший, поправляющийся быстрее, чем предполагал суд, получит завышенную компенсацию, потерпевший, поправляющийся медленнее, — заниженную, и у обоих есть стимул тратить время и силы на то, чтобы убедить суд дать более высокую оценку неизвестным будущим издержкам.

Вторую проблему можно проиллюстрировать простой историей: истцу по деликту удалось получить по решению суда крупное возмещение убытков. Адвокат ответчика, уверенный в том, что заявленная травма была фальшивой, подошел к ответчику после суда и предупредил его, что, если увидит его когда-нибудь без инвалидного кресла, он снова окажется в суде по обвинению о мошенничестве.

Истец ответил, что с радостью расскажет адвокату о своих планах путешествий, чтобы тот не тратился на слежку за ним. Он вынул из кармана билет на самолет в Лурд, где находилась католическая святыня, знаменитая своими чудесами.

Единовременные выплаты и в самом деле сокращают издержки, вызванные травмой. Но они также могут сократить издержки симулирования травмы, поскольку вы можете прекратить притворяться, как только обналичите чек.

Для обдумывания

> Движение по скоростным дорогам... неизбежно подвергает некоторой опасности людей или имущество, находящееся вблизи них; и потому вполне можно считать, что те, кто выходит на скоростные дороги или имеет имущество, находящееся вблизи них, подвергают себя риску получения повреждений... а также лица, которые... проходят вблизи складских помещений, в которых производится спуск или подъем товаров, конечно, тоже неизбежно подвергают себя опасности несчастного случая. Таким образом, ни в том, ни в другом случае они не могут получить возмещение без доказательства того, что причиной несчастного

случая послужила нехватка осмотрительности или умения.

(*Дж. Блэкберн*. Флетчер против Райлэндса. Blackburn J. Fletcher v. Rylands L.R.1 Ex. 265 [1866])

Это цитата из одного из самых знаменитых ранних дел, касавшихся выбора между небрежностью и строгой ответственностью. Прав ли судья Блэкберн, утверждая, что небрежность подходит для упомянутых им случаев лучше, чем строгая ответственность?

Подсказка: масштаб чьей деятельности будет (эффективно) уменьшен, если мы перейдем от строгой ответственности, при которой потерпевшим всегда выплачивается компенсация, к небрежности, при которой они получают компенсацию, если причинитель вреда был небрежен?

ГЛАВА 15

Уголовное право

Некто совершает преступление. Его арестовывают и наказывают. Для него это издержки, следовательно, причина не совершать преступление. С этой точки зрения уголовное право объясняется просто: это способ обеспечить соблюдение правил собственности. Если ваш автомобиль для меня ценнее, чем для вас, я могу купить его у вас. Если закон не позволяет мне его у вас украсть, это меняет исход только тогда, когда он для меня менее ценен, чем для вас, в этом случае исход будет эффективным, если автомобиль останется у вас.

Этот аргумент предполагает, что у преступлений всегда есть более дешевый рыночный заменитель, то есть покупка вместо кражи. А как насчет физического насилия? Я получаю огромное удовольствие, ответив тумаками на ваше нелестное замечание о моем любимом Macintosh. В этом случае общепринятый эквивалент, скажем боксерский поединок, не был бы заменой. По крайней мере, возможно, что мое удовольствие от причиненных вам побоев больше вашего неудовольствия от того, что вас избили, в этом случае это конкретное нападение может быть эффективным преступлением. Возможно, в уголовном праве, как и в деликтном, мы должны стремиться не к тому наказанию, которого было бы достаточно, чтобы всегда предотвращать преступление, но к наказанию, — точнее говоря, поскольку не всех преступников ловят, к сочетанию наказания и вероятности его приме-

нения, — которое возлагает причиненный ущерб на того, кто его причинил. Тогда я совершу нападение только в том случае, если такой поступок будет эффективным.

Судья Познер предложил пример эффективного преступления, который может показаться правдоподобнее моего, особенно читателям, у которых компьютер на базе Windows. Охотник, заблудившийся в лесу и находящийся на грани голодной смерти, случайно натыкается на запертую хижину, в которой есть еда и телефон, незаконно проникает в нее, наедается и звонит по телефону, вызывая помощь. Его выгода больше убытков собственника, так что его преступление является эффективным. Его невозможно заменить рыночной трансакцией, поскольку собственника хижины нет, а потому он не может заключить сделку.

Один из способов, благодаря которым правовая система может разрешить такое преступление, состоит в том, что ожидаемое наказание устанавливается на уровне примерно равном причиненному ущербу. Тогда охотник показывает, что преступление эффективно, своим решением его совершить. Для него ценность незаконного проникновения в хижину должна быть больше издержек, связанных с понесенным наказанием, иначе он бы не делал этого. Вероятно, именно так мы следим за соблюдением законов о парковке. Парковка в неположенном месте влечет издержки для других людей. Если для меня это достаточно важно, я демонстрирую это своей готовностью заплатить штраф за парковку в неположенном месте.

Другой способ разрешить эффективные преступления — изменить закон так, чтобы они перестали быть уголовными преступлениями. Именно так мы решаем проблему заблудившегося охотника; он освобождается от уголовной ответственности в соответствии с доктриной необходимости. Подобным образом, если причина, по которой вы ве-

дете машину со скоростью 75 миль в час, заключается в том, что на заднем сиденье сидит ваша жена, у которой вот-вот начнутся роды, дорожный инспектор, возможно, вместо того, чтобы выписать вам штраф, сопроводит вас в больницу. Этот метод работает только в том случае, если особые обстоятельства, благодаря которым ваше действие становится эффективным, может наблюдать суд или полицейский.

Чтобы проверить, насколько сильна ваша поддержка эффективности, рассмотрим случай эффективного убийства. Богатый спортсмен приходит к выводу, что единственная дичь, достаточно опасная, чтобы на нее был смысл охотиться, — это человек. Он предлагает десяти смельчакам по сто тысяч долларов в обмен на то, что они согласятся, чтобы он наугад выбрал одного из них и попытался его убить. Они соглашаются. Должно ли право признать такое соглашение, и, если охота завершилась успехом, признать охотника невиновным в убийстве в силу согласия, или же это будет означать, что мы зашли слишком далеко в трактовке принципа свободы договора?

Убийство эффективно. Оно создает чистую выгоду *ex ante*, что доказывает согласие всех заинтересованных сторон. Однако большинство из вас сочло бы его нежелательным. Некоторые могли бы обосновать этот вывод, опираясь на аргумент о коммодификации, приведенный в главе 13. Другие взялись бы доказывать, что охота с высокой вероятностью может привести к издержкам для невинных третьих сторон, оказавшихся на линии огня. Но сценарий всегда можно изменить так, чтобы устранить такие проблемы, — например, у спортсмена может быть свой собственный охотничий заказник. Такие изменения едва ли устранят все наши сомнения. Может быть, мы наконец обнаружили границы эффективности как источника права.

Соглашаясь со скудостью наших обстоятельств

Я предложил две модели уголовного права: наказание, достаточное, чтобы всегда сдерживать преступление, и наказание, достаточное, чтобы устранять все неэффективные преступления и только их. Ни одна из них не описывает то, что мы имеем на самом деле. Преступления случаются, так что у нас нет наказания, достаточного, чтобы всегда их сдерживать. И почти все преступления, которые случаются, являются неэффективными, то есть преступлениями, в которых вред, причиненный жертве, больше выгоды, полученной преступником.

Если лотерея наказаний за убийство, то есть вероятность поимки и осуждения с итоговым наказанием, находилась бы на оптимальном уровне, у нас должны были бы быть только эффективные убийства, то есть те, в которых выгода убийцы больше убытка жертвы. Если наша система работает таким образом, причина, по которой мы не пытаемся поймать больше убийц или строже их наказать, состоит в том, что, если бы мы делали это, было бы недостаточно убийств. Это совсем не похоже на мир, в котором я в последнее время жил. Точно так же наше современное право не соответствует пигувианским рекомендациям, согласно которым ожидаемое наказание должно равняться причиненному ущербу. Чтобы это выполнялось в случае убийства, в котором причиненный ущерб — потерянная кем-то жизнь, мы должны были бы соединить вероятность осуждения, меньшую единицы, с каким-то наказанием, которое было бы хуже смерти, например с длительной пыткой.

Мы не ловим всех или даже почти всех убийц, потому что это означало бы пойти на издержки, превосходящие выгоды. Одна часть таких издержек — дополнительные полицейские силы и суды.

Другая — наказание невиновных ответчиков. Критерий доказанности, достаточно низкий, чтобы осудить любого виновного, приведет к тому, что среди осужденных окажутся невиновные.

Относясь серьезно к затратам на принуждение

Для осмысления уголовного принуждения мы должны серьезно задуматься об издержках. Для сдерживания преступлений мы должны задерживать нарушителей и наказывать их. Оба действия требуют расходов, поэтому мы должны учесть эти расходы, когда решаем, какое наказание применить. Затраты на одно преступление обычно растут вместе с вероятностью задержания и суровостью наказания, так что большее ожидаемое наказание означает более высокую стоимость применения этого наказания в расчете на одно правонарушение. Однако иногда в сумме это может обойтись дешевле, поскольку более серьезное наказание может предупредить некоторые правонарушения, а предупрежденные правонарушения не нужно наказывать.

Понятно, почему издержки в расчете на одно преступление увеличиваются с вероятностью задержания: для поимки 50 убийц из 100 требуется больше полиции, чем для поимки 25, и точно так же требуется больше прокуроров и времени работы судов для их осуждения. Чтобы понять, почему она также увеличивается вместе с суровостью наказания, стоит задуматься о затратах на наказание.

Когда осужденный преступник платит государству штраф в тысячу долларов, для него издержки, которые, собственно, и объясняют сдерживающий эффект наказания, составляют тысячу долларов, однако чистые издержки равны нулю. Каждый доллар, теряемый преступником, получает государство. Затраты на наказание, определенные

как разница издержек, которые наказание заставляет нести преступника, и выгоды, которую оно дает другим, равны нулю.

Предположим, что преступник не может полностью выплатить сумму, достаточную для сдерживания преступления, которую мы хотим с него получить. Вместо того чтобы оштрафовать его (или в дополнение к штрафу), мы помещаем его на один год в тюрьму, что, с его точки зрения, равноценно, скажем, штрафу в 10 тысяч долларов. Наказание обходится ему в 10 тысяч долларов, однако правоохранительная система ничего не получает. Вместо этого все мы, помимо самого преступника, должны потратить деньги (например, еще 10 тысяч долларов) на содержание тюрьмы. Чистая стоимость наказания, то есть убыток преступника плюс убыток правоохранительной системы, составит 20 тысяч долларов. То есть ситуация такова, как если бы он выплатил штраф в размере 10 тысяч долларов, а мы получили штраф минус 10 тысяч долларов.

По мере того как мы увеличиваем размер наказания, которое мы намереваемся применить, число нарушителей, которые в состоянии выплатить его в виде штрафа, падает, так что мы обязательно будем все больше смещаться к более затратным наказаниям, таким как тюремное заключение. Следовательно, увеличение суровости наказания в обычном случае увеличивает стоимость наказания из расчета на одно наказанное преступление.

Это наблюдение позволяет найти решение для загадки, впервые изложенной Гэри Беккером в статье, с которой начались современные экономические исследования преступности. Предположим, что в настоящее время мы реагируем на некое преступление, назначая за него наказание в размере 10 тысяч долларов с 20%-й вероятностью его применения. Почему бы не перейти на 10%-ю вероятность наказания в 20 тысяч долларов? Воздействие

на преступника будет тем же самым, если предполагается, что он нейтрален по отношению к риску, так что и сдерживание будет тем же. Нам надо будет ловить и судить лишь половину прежнего числа преступников, поэтому мы сможем сэкономить деньги, уволив часть полицейских, судей и работников прокуратуры.

Этот метод работает, так что повторим тот же самый процесс: 5% вероятности и 40 тысяч долларов. Затем повторим то же самое снова. В результате, похоже, эффективная лотерея наказания оказывается угловым решением, бесконечно суровым наказанием, вероятность применения которого бесконечно мала.

Это не срабатывает, потому что мы не можем постоянно удваивать штраф; может случиться, что преступник, способный выплатить 10 тысяч долларов, не сможет выплатить 20 тысяч. Когда наказание увеличивается, мы вынуждены переходить к все менее эффективным наказаниям, увеличивая тем самым стоимость наказания. Соответственно, эффективная система из множества комбинаций наказания и его вероятности, которые равноценны с точки зрения правонарушителя, а потому оказывают одно и то же сдерживающее воздействие, выберет ту, что минимизирует сумму затрат на наказание и затрат на арест. Какой бы уровень сдерживания мы ни обеспечивали, он будет обеспечиваться в этом случае наименее дорогостоящей комбинацией наказания и его вероятности.

Следующий вопрос: каким должен быть размер сдерживания преступлений? Сколько преступлений мы должны сдерживать, а сколько — не сдерживать? Для меня неэффективно красть у вас телевизор, стоимость которого для вас равна 500 долларам, а для меня — только 400 долларов. Но еще более неэффективно мешать мне украсть телевизор, если стоимость такого предупреждения

составляет 200 долларов, потраченных на полицию, суды и тюрьмы. Правило «предупреждать все неэффективные преступления и только их» верно только в том случае, если этот порядок действий не влечет никаких издержек. Верное правило в более общем случае — предупреждать преступление тогда и только тогда, когда чистые издержки от совершенного преступления больше издержек его предупреждения. Причина, по которой мы не увеличиваем наказание за убийство, состоит, возможно, в том, что, хотя мы хотели бы предупредить больше убийств, чем в настоящее время (собственно, мы хотели бы предупредить все убийства), издержки такого предупреждения больше суммы, которую мы готовы заплатить.

Хотя стоимость из расчета на преступление растет с ростом ожидаемого наказания, число преступлений уменьшается, поскольку более высокое ожидаемое наказание сдерживает некоторые преступления. Чем меньше преступлений происходит, тем меньше нужно тратить на задержание и наказание правонарушителей. Если уменьшение преступлений перевешивает увеличение стоимости в расчете на преступление, увеличение ожидаемого наказания понижает общие издержки принуждения и наказания. Система с более высокими наказаниями и, следовательно, с меньшим числом преступлений в таком случае обходится дешевле системы с более низкими наказаниями и большим числом преступлений. Дополнительная стоимость сдерживания еще одного преступления является отрицательной, поэтому эффективным будет сдерживать не только все неэффективные преступления, но также некоторые эффективные, — чтобы сэкономить на расходах на наказание. В предельном случае можно представить себе общество, в котором магазинная кража карается смертной казнью, так что результатом будет полное отсутствие и магазинных воров, и казней.

Теория оптимального наказания

Следующий шаг — уточнить наше рассуждение, чтобы понять, как в принципе мы могли бы рассчитать эффективное наказание за то или иное преступление.

Рассмотрим преступление, которое, будучи совершенным, наносит ущерб в тысячу долларов. Вначале мы зададим ожидаемое наказание в 900 долларов; каждый раз, когда это преступление совершается, преступник участвует в лотерее наказания, то есть подвергается комбинации вероятности и наказания, которая, с его точки зрения, равноценна штрафу в 900 долларов, который будет получен наверняка.

Увеличивая ожидаемое наказание до, скажем, 901 доллара, мы можем предотвратить еще одно преступление. К сожалению, применение чуть большего наказания к чуть большему числу преступников приведет к тому, что наши суммарные расходы на поимку и наказание преступников увеличатся на 50 долларов. Должны ли мы так поступать? Ответ зависит от того, насколько велика чистая выгода от сдерживания преступления.

Сдерживание преступления позволяет жертве сэкономить тысячу долларов, однако мы должны также учесть воздействие на преступника. Если бы он ничего не получал от совершения преступления, он бы его не совершал. Чтобы подсчитать чистую выгоду от сдерживания, мы должны вычесть выгоду, которую преступник получил бы от преступления, из убытков, которые понесла бы жертва из-за преступления. Как измерить выгоду преступника? Не задавая ему вопрос, а наблюдая за ним. Он совершит преступление тогда и только тогда, когда его ценность для него больше наказания, которое он ожидает получить за его совершение.

Нам интересны не преступники вообще или преступления вообще, а выгода, которую получил бы

преступник, совершающий преступление, которое мы хотим сдержать, если бы его он совершил. Если эта выгода была бы меньше 900 долларов, он бы воздержался от этого преступления даже до того, как мы увеличили наказание. Если она была бы больше 901 доллара, его бы не сдержало и более высокое наказание. Из этого следует, что преступление, от которого мы удержали, для нарушителя имело ценность между 900 и 901 долларом. Оно принесло 1000 долларов ущерба. Так что чистый ущерб, причиненный преступлением, составил около 100 долларов. Удерживая от преступления, мы устранили 100 долларов чистого ущерба ценой всего 50 долларов, так что такое сдерживание экономически оправданно.

Основываясь на этом аргументе, мы продолжаем повышать ожидаемое наказание, пока выгода превышает издержки. Процесс завершается тогда, когда затраты на сдерживание последнего преступления станут равны чистому ущербу. Выпишем это в чуть более формальном виде:

Чистый ущерб = ущерб жертвы - выгода преступника.

Для предельного преступления, то есть того преступления, от которого мы удержим, если чуть-чуть повысим наказание,

Выгода преступника = ожидаемое наказание.

Следовательно,

Чистый ущерб = ущерб жертвы - ожидаемое наказание.

Для оптимального наказания:

Затраты на сдерживание еще одного преступления = чистый ущерб = ущерб жертвы - ожидаемое наказание.

Перестановка дает нам:

Ожидаемое наказание = ущерб, причиненный жертве, - - затраты на сдерживание еще одного преступления,

или, если использовать более компактную математическую формулу,

$$\langle P \rangle = D - MC.$$

Если затраты на сдерживание еще одного преступления положительные, а таковыми они будут в том случае, когда предложение преступлений является высоконеэластичным, так что потребуется существенное ужесточение наказания, чтобы сдержать еще одно преступление, мы должны установить ожидаемое наказание на уровне ниже причиненного ущерба. Мы хотим сдерживать только очень неэффективные преступления, те, от которых можно удержать даже мягким наказанием, поскольку только они причиняют достаточно чистого ущерба, чтобы затраты на их сдерживание окупались. Если затраты на сдерживание еще одного преступления являются отрицательными, как будет в том случае, когда предложение преступлений высокоэластично, так что небольшое усиление ожидаемого наказания удержит от большого числа преступлений, мы должны установить ожидаемое наказание выше уровня причиненного ущерба. Мы предупреждаем не только все неэффективные преступления, но и некоторые из умеренно эффективных, например действия нескольких голодных охотников или разгневанных пользователей Macintosh, чтобы сэкономить на затратах на их наказание. Мы по-прежнему не сдерживаем высокоэффективное преступление, например заблудившегося охотника, который не просто замерз и промок, но буквально умирает от голода. Он желает заплатить за пользование чьей-то хижиной даже по нашей вздутой цене.

Это решение проблемы установления уровня наказания сочетает в себе элементы двух разных идей: наказание, равное причиненному ущербу («око за око», «пусть наказание соответствует преступлению»), и наказание, которое должно быть достаточным для сдерживания преступлений. Если поимка и наказание преступников происходят легко и не требуют больших затрат, оптимум будет примерно равным причиненному ущербу; затраты на обеспечение соблюдения законов и наказание не играют роли, так что мы просто разрабатываем систему, которая сдержит все неэффективные преступления и только их. Если предложение преступлений является высокоэластичным на определенном уровне наказания, когда ниже этого уровня много преступлений, а выше — очень мало, и если мы ожидаем, что немногие преступления будут эффективны, мы устанавливаем наказание на той отметке, на которой любое дальнейшее увеличение оказывало бы лишь незначительный сдерживающий эффект, чтобы оправдать затраты на него, — тот объем наказания, который будет достаточен для сдерживания большинства преступлений.

До сих пор я считал преступления эффективными, если выгода преступника больше издержек жертвы, и моим обычным примером был заблудившийся охотник. Теперь мы можем видеть, что некоторые преступления можно назвать эффективными и в другом смысле. Существуют преступления, которые мы хотели бы сдержать, если бы могли сделать это без затрат, но не при фактических затратах на такое сдерживание. Это преступления, совершение которых преступником является неэффективным, но для всех нас столь же неэффективным будет их сдерживание, если учесть связанные с этим затраты.

Анализ оптимального наказания возвращает нас (в несколько более сложной форме) к более раннему рассуждению о правилах собственно-

сти в сравнении с правилами ответственности. Где предельная стоимость сдерживания преступлений низка, — где, как мы говорили в главе 5, распределение ресурсов посредством суда не является затратным, — мы желаем видеть правило ответственности, устанавливающее возмещение в размере, примерно равном причиненному ущербу. Там, где низкая стоимость добровольных трансакций делает редкими эффективные недобровольные трансакции, а стоимость использования суда высока, мы желаем видеть правило собственности, устанавливающее достаточно высокие компенсации, чтобы предупреждать почти все недобровольные трансакции, а тем самым устранить издержки судебных споров.

Зачем учитывать выгоду преступников?

Возможно, кое-что на предыдущих нескольких страницах показалось вам очень странным. Рассматривая чистую выгоду от сдерживания убийства, я вычел выгоду убийцы. Анализируя издержки наказания, я трактовал штраф, взимаемый государством, как выгоду, а штраф, выплаченный преступником, утраченную им свободу или жизнь, в качестве издержек. На протяжении всего этого обсуждения я принимал как само собой разумеющееся, что издержки и выгоды преступников учитываются в расчетах, которые порождают эффективное право, точно так же, как и издержки и выгоды любого другого человека.

Вполне очевидное возражение состоит в том, что издержки и выгоды должны иметь не только экономические, но и моральные аспекты. У меня есть право на мою жизнь и собственность, так что мои убытки как жертвы убийства или кражи должны приниматься во внимание. У вас же нет права на мою жизнь или собственность, так что потери, которые вы несете, когда мы не даем вам

совершить убийство или ограбить меня, не имеют значения.

Это убедительный аргумент, но он ошибочен с точки зрения целей этой книги. Он ошибочен, поскольку он заявляет выводы, а не доказывает их.

Одна из прелестей экономического анализа права заключается в том, что он предлагает способ ответить на вопросы о том, каким должно быть право и какими правами мы должны быть наделены. Он начинает с допущения, которое кажется очень слабым, с того, что нужно разработать правовые нормы, максимизирующие размер пирога. Он не предполагает ничего из того, на чем, как мы ожидаем, должны быть основаны правовые и этические нормы, — никаких заслуг, прав, справедливости или добросовестности.

Начиная с такой посылки, то есть с экономической теории, к которой почти ничего не добавляется, мы производим — то есть создадим к концу этой книги — длинный список рекомендаций. В их числе:

> Воровство и убийство должны быть наказаны. Договоры должны исполняться. Назначение уголовных наказаний должно требовать более высоких критериев доказанности, чем наложение гражданско-правовых санкций.

Мы начинаем с экономической эффективности, а заканчиваем выводами, которые вполне соответствуют как действующим правовым нормам, так и нашим этическим представлениям. Каким-то образом мы получаем намного больше того, что было вложено. Это одна из причин, по которым этот проект интересен. Если же, вместо того чтобы одинаково относиться ко всем выгодам любого человека, мы сначала отсортируем людей, разделив их на тех, кто достоин и кто недостоин, справедлив и несправедлив, на преступников и жертв, мы про-

сто заранее сделаем наши выводы. Выгода плохих людей не принимается во внимание, так что нормы против плохих людей будут автоматически эффективными. Мы не можем вывести моральные заключения из экономики, если начинаем экономику с принятия моральных выводов.

Являются ли действия преступлением или нет — один из вопросов, на которые должна ответить наша теория. Убийство может быть простым случаем, но что сказать о превышении скорости? О проникновении в пустой дом, если вы заблудились и умираете с голоду? Как насчет нанесения побоев тому, кто имел наглость предположить, что операционная система Windows лучше Mac OS? Экономический анализ предлагает инструменты, позволяющие ответить на эти вопросы. Если же мы, напротив, относимся к нему как к сложному инструментарию для обоснования уже имеющихся у нас ответов, мы едва ли узнаем намного больше того, что нам уже известно.

Вторая причина для включения издержек и выгод преступников в наши расчеты, которая касается наших представлений о морали, заключается в том, что, даже если мы согласны с тем, что преступления было бы неплохо сдерживать, нам все же нужно решить, насколько это хорошо и, следовательно, сколько усилий мы должны на это потратить. Сравните бедняка, который крадет в магазине, с поджигателем, который сжигает дома дотла ради забавы. Получается, что за год каждый создает одни и те же издержки. Оба совершают преступления, от которых мы хотели бы удержать. Однако мы готовы приложить намного больше усилий, чтобы остановить поджигателя, чем магазинного вора, поскольку его преступление является безусловной растратой ресурсов. Подобным образом, большинство из нас в гораздо большей степени готово оправдать убийцу, когда убийство было совершено им «по необходимости», когда, как в ситуации

со спасательной шлюпкой, единственной альтернативой была его собственная смерть. Экономическая теория предполагает, что выгоды преступников должны приниматься во внимание, кроме того, более тщательное изучение наших собственных представлений о морали, к которому подталкивает экономическая теория, указывает на то, что выгоды, получаемые преступниками, имеют некоторое значение для наших нравственных суждений.

Я прихожу к выводу, что я все делаю правильно. Экономический анализ должен приписывать одинаковый вес издержкам и выгодам убийцы и жертвы. Если в результате мы получаем тот вывод, который хотим (убийство — это плохо), это интересно. Если нет, это тоже интересно.

Самое эффективное наказание

Вас осудили за присвоение денег вашего работодателя. Одно из следствий состоит в том, что следующий год вы проведете в тюрьме. Второе следствие заключается в том, что, когда вы выйдете из тюрьмы и начнете искать работу, вы не получите никаких предложений, несмотря на великолепную квалификацию корпоративного казначея. Ваше наказание состояло из тюремного срока и одновременно клейма позора, то есть издержек, вызванных тем, что другим людям известно о вашем преступлении.

Клеймо позора — в высшей степени реальное наказание. Экономист Джон Лотт провел два эмпирических исследования его размеров, в одном из которых изучал преступников из числа работников умственного труда, а в другом — корпорации, обвиненные в мошеннических действиях по отношению к своим клиентам. Первое показало, что потери в доходе после осуждения составляли значительную часть общего наказания. Второе

позволило выяснить, что обусловленное позором падение ценности корпорации, измеряемое стоимостью акций, было во много раз больше номинального наказания.

Как измерить потери, обусловленные клеймом позора? Лотт изучил биржевой курс акций компаний, обвиненных в преступлениях против клиентов. Используя множественную регрессию, он подсчитал, как курс акций каждой компании был связан в прошлом с другими переменными, такими как курс акций других компаний, работающих в той же отрасли. Затем на основе регрессии он предсказал, какая стоимость должна быть у компании сразу после обвинений, и сравнил эту величину с реальной стоимостью компании, истолковав разницу как потерю в стоимости, обусловленную обвинениями. Как он выяснил, в среднем такая потеря была в несколько раз больше самого большого штрафа, который можно было бы наложить в случае истинности обвинений. Он пришел к выводу, что большая часть убытков была обусловлена не возможной выплатой штрафа, а потерей репутации. Реальная функция судебного процесса состояла не в том, чтобы наложить наказание как таковое, а в том, чтобы произвести информацию.

Клеймо позора отличается от других наказаний по меньшей мере в двух интересных отношениях. Во-первых, в отличие от других наказаний, чистые затраты на нее могут быть отрицательными и обычно действительно таковыми и являются. Чтобы доказать это, проведем простой эксперимент. Предположим, что вас осудили за присвоение средств и вы отбыли свой срок. Затем вы отправляетесь к потенциальному работодателю и говорите ему, что понимаете, что он не желает нанимать осужденного мошенника на место казначея компании, но вы сделаете так, что он об этом не пожалеет, поскольку согласитесь работать за бо-

лее низкую зарплату, чем другие претенденты. Если вы можете договориться о заработной плате, вы доказали, что для вас ценность получения работы больше издержек, которые он несет в силу того, что он предлагает ее вам. Если, и я думаю, что это более вероятно, нет такой зарплаты, которую он предложит, а вы примете, вы доказали, что его издержки, обусловленные наймом мошенника на место казначея, больше ценности получения работы для вас.

Клеймо позора является информацией, а информация, за редкими исключениями, ценна, поскольку она позволяет людям принимать больше правильных или близких к правильным решений. Если вы все же можете убедить нанять вас, предложив работать за меньшие деньги, это значит, что позор просто перераспределил деньги от вас к работодателю, поскольку без этой информации он бы нанял вас на обычную зарплату. Если вы не можете убедить его сделать это, информация должна быть более ценной для него, чем издержки, которые она означает для вас. Поэтому клеймо позора может быть и часто действительно является формой наказания, чистые затраты на которую отрицательные и которая приносит другим людям больше пользы, чем она приносит вреда наказанному человеку.

У клейма позора есть еще одна особая характеристика: то, насколько эффективно это наказание, зависит от того, был ли осужденный человек действительно виновен. Если мы осуждаем невиновного, клеймо позора становится крайне неэффективным наказанием, поскольку созданная нами информация является ложной. Так что тот факт, что приговор по уголовному делу, но не по гражданско-правовому, обычно налагает клеймо позора, является еще одной причиной, по которой имеет смысл требовать в первом случае более высокого критерия доказанности, чем во втором.

Должны ли богатые платить более высокие штрафы?

Давным-давно, когда я только начал преподавать экономический анализ права, то и дело возникал один и тот же вопрос: если мы наказываем правонарушения штрафами, должен ли штраф быть одним и тем же для богача и для бедняка? Я считал, что должен; мои студенты думали, что не должен.

Мой аргумент вытекал логически из пигувианского подхода к праву. Определенное правонарушение причиняет ущерб в размере энного количества долларов. Если выгода правонарушителя больше этой суммы, его преступление приносит чистую выгоду; если меньше, то чистые убытки. Приравняв наказание к причиненному ущербу, мы получаем эффективный результат и для богача, и для бедняка. Возможно, что в итоге богачи будут совершать больше нападений, точно так же, как они покупают больше кадиллаков, но это «фича», а не «баг».

Джон Лотт развил эту аргументацию, прибавив в ней еще один шаг, в одной из своих политически довольно некорректных статей (которая для Джона является очень политически некорректной). Он отметил, что богачи, совершающие преступления, с меньшей вероятностью признаются виновными, чем бедняки, поскольку у них лучше адвокаты, и этот факт он привел в качестве доказательства действенности нашей правовой системы. В конце концов, большинство преступлений наказываются тюремным заключением, а не штрафами. Две недели тюремного заключения для богатого человека означают более высокие издержки в долларовом выражении, чем для бедного, следовательно, если мы хотим, чтобы их ожидаемые издержки в долларовом выражении были равны, мы должны уравновесить более высокие издержки более низкой вероятностью осуждения.

Этот аргумент, мой и Джона, достаточно последователен. Но при этом он неверен, как я понял со временем, когда прошло достаточно времени с тех пор, как я перестал объяснять моим студентам, почему они не правы, чтобы самому задуматься о проблеме и, в частности, о следствиях, связанных с издержками на обеспечение исполнения. Одинаковое в долларовом выражении ожидаемое наказание является верным правилом в мире, в котором и задержание, и наказание преступников не влекут никаких затрат, так что нам нужно думать только о сдерживании всех неэффективных преступлений и только их, но мы живем в другом мире. Причина, по которой мы не увеличиваем наказание за убийство, не в том, что мы боимся, что в этом случае у нас будет слишком мало убийств.

Как только вы принимаете в расчет издержки на обеспечение исполнения, оптимальное наказание начинает зависеть не только от причиненного ущерба, но и от того, насколько сложно удержать от преступления. Во многих случаях ответ на этот вопрос будет разным для разных людей. Как все время указывали мои студенты, — а я не слышал их, поскольку уже знал, что они ошибаются, — для удержания от преступления богатого преступника требуется более суровое наказание, чем для удержания бедного. Если сдерживание является затратным, возможно, имеет смысл налагать на каждый тип преступников именно то наказание, которого будет достаточно для сдерживания большинства преступлений, а для этого требуются разные наказания для разных людей.

Рассмотрим два типа преступлений: те, у которых примерно одинаковый выигрыш в полезности для богатых и бедных, и те, у которых примерно равный выигрыш в денежном выражении. Кража ста долларов дает одну и ту же денежную сумму богатому человеку и бедному, так что один и тот же штраф должен удержать от нее. В действительно-

сти же, поскольку время богача в долларах за час дороже времени бедняка, если каждому из них нужно одно и то же время, чтобы украсть сто долларов, для сдерживания богача требуется более низкий штраф, чем для сдерживания бедняка.

Сравните это с таким преступлением, как избиение человека, на которого вы злы, или же с экономией десяти минут за счет превышения скорости. Денежная ценность преступления выше для богатого нарушителя, поэтому для его сдерживания требуется более высокое (в денежном выражении) наказание. Это может быть аргументом в пользу того, чтобы применять к богатым ответчикам более высокие штрафы или же равные тюремные сроки с равной вероятностью.

Как я выяснил, интуитивные догадки моих студентов частично согласовывались с более сложным применением экономического анализа, чем я им предлагал, но лишь частично. Если развить этот анализ, эффективная норма порой требует применения к богатым людям более высоких штрафов. Но иногда, когда в рассуждение вводятся некоторые допущения относительно кривых предложения и издержек принуждения, эффективное правило состоит в наказании бедняка и игнорировании богача, поскольку затраты на наказание, которое будет достаточно суровым, чтобы удержать богача, превышают выгоды, которые оно принесет.

Есть и второе различие между богатым и бедным, приводящее к чуть менее неоднозначным следствиям. Штрафы являются более эффективным наказанием, чем тюремное заключение, а богатые правонарушители могут уплатить более высокие штрафы. Даже если ни один правонарушитель не может уплатить достаточно высокий штраф, замена данного наказания в долларовом выражении на тюремное заключение требует меньшего количества дней заключения в случае преступника с большим доходом, что менее затратно. Следовательно, издержки

наказания (из расчета на доллар наказания) должны понижаться с ростом доходов, а это предполагает более высокий эффективный долларовый уровень наказания для богатых преступников.

Но, возможно, это не так. Наказание богатых преступников обходится дороже, поскольку, как указал Джон Лотт, их адвокаты лучше. Разрабатывая эффективную правовую систему, мы должны учитывать издержки обоих типов. А это, в зависимости от цифр, может снова привести нас к тому, что богатым будет позволено избежать наказания в случае убийства или, что более вероятно, пьянства и хулиганства. Если так, вы сами должны будете решить, окупаются ли расходы на правосудие.

Что я не учел?

В этой главе я все время исходил из того, что цель уголовного права — сдерживание преступлений, благодаря чему потенциальные преступники оказываются заинтересованы в том, чтобы не совершать преступлений. Хотя эта предпосылка значительно упрощает анализ, из-за нее можно упустить из виду некоторые важные соображения.

Одно из них состоит в том, что некоторые виды уголовного наказания достигают иной цели, а именно лишение преступника возможности совершить преступление. Тот, кто отбывает тюремное наказание, еще может совершать преступления, но его возможности, как и его потенциальные жертвы, ограничены гораздо сильнее, чем если бы он был на свободе, поэтому тюремное заключение преступника должно снижать ущерб, им причиняемый. Если его повесить, ущерба будет еще меньше.

В простом пигувианском мире, где осуждение преступников ничего не стоит, а все наказания — это штрафы, преступники не причиняют чистого ущерба; происходят только эффективные преступ-

ления, и мы не хотим их предупреждать. В этом мире лишение преступника возможности совершать преступления путем тюремного заключения не имеет смысла. Но в более сложном мире положительных издержек принуждения к соблюдению закона и наказания, предупреждение преступления за счет лишения преступника возможности совершать преступления путем тюремного заключения позволяет сэкономить на его поимке, на издержках его наказания и чистом ущербе, причиненном преступлением, который почти всегда является положительным. Поэтому лишения преступника возможности совершать преступления путем тюремного заключения приносит чистую выгоду.

Более полная версия моего анализа включала бы выгоду как вычет из издержек наказания. За свое тюремное заключение человек расплачивается свободой, а мы — частично нашими налогами, но оно также приносит выгоду, поскольку сокращает его возможности совершать преступления, поэтому тюремное заключение является более эффективным наказанием, чем можно было бы подумать, если следовать простому расчету. Подобным образом обстоит дело и с казнью. Логика аргументации остается той же самой, однако относительная эффективность различных наказаний может меняться.

Второй аргумент, предложенный в пользу заключения преступников, состоит в том, что оно дает нам возможность превратить их в добропорядочных граждан, то есть исправить их. Это мнение на протяжении двух последних столетий то входило в моду, то выходило из нее; первоначально исправительные дома, созданные в начале XIX века, были так названы потому, что это были места, где люди должны были раскаяться в своих преступлениях. К числу методов, склоняющих к раскаянию, относились бритье наголо, тюремная роба, тяжелый труд, одиночное заключение и изучение Библии. Подозреваю, что, если мы не можем научить

людей добродетели за 12 лет государственного образования, несколько дополнительных лет в тюрьме вряд ли решат проблему. Поэтому я в основном не буду и далее принимать во внимание перевоспитание преступников, отмечая при этом, что, если оно вообще встречается, его в принципе также можно включить в расчет издержек наказания в качестве вычета, то есть отрицательной стоимости.

Я также упростил анализ и в другом отношении, рассматривая по одному преступлению. Ранее в главе 1 я указывал, что порой это ошибочно. Если два преступления являются заменой друг другу — в моем предыдущем примере, вооруженное ограбление и вооруженное ограбление с убийством, — увеличение наказания за одно преступление может, напротив, подтолкнуть преступника совершить другое. Эффективная правовая система должна учитывать эту возможность, то есть проблему, известную в научной литературе как «предельное сдерживание». В результате анализ и его объяснение станут заметно сложнее. Заинтересованные читатели могут проверить это утверждение, прочитав нашу с Уильямом Сьостромом статью, в которой мы показываем, как проблему предельного сдерживания можно встроить в анализ эффективного наказания.

Последнее возражение, которое может быть выдвинуто, заключается в том, что моя главная предпосылка, а именно то, что наказание удерживает от преступления, является ложной. Один из ответов на это возражение состоит в том, что это не предпосылка, а вывод, тогда как предпосылкой является рациональность. Второй ответ заключается в том, что, хотя популярный миф это и оспаривает, данные убедительно подтверждают сдерживание правонарушений, как оно понимается экономистом. Было проведено много статистических исследований, в которых измерялось влияние на уровень преступности изменений либо в вероят-

ности задержания, либо в наказании, либо и в том и в другом; за немногими исключениями, эти исследования показывают, что увеличение ожидаемого наказания снижает уровень преступности.

Такие исследования также устойчиво показывают, что уровень преступности более чувствителен к вероятности, чем к наказанию. Увеличение вероятности поимки и осуждения с 10 до 20% снижает преступность больше, чем увеличение срока наказания с года до двух. Иногда это интерпретируют как доказательство того, что преступники предпочитают риск, то есть предпочитают более рискованный 10%-й шанс двухлетнего срока заключения менее рискованному 20%-му шансу одного года, хотя ожидаемые издержки в годовом выражении одни и те же.

Но есть более простое объяснение. Издержки судебного преследования за преступление не ограничиваются наказанием, наложенным судом после вынесения приговора; они включают также и время ожидания судебного процесса или деньги, потраченные на залог правонарушителями, которым в итоге удается получить оправдание, судебные издержки, выражаемые во времени и деньгах, а также клеймо позора. Предположим, что совокупный эффект всех этих издержек равноценен дополнительному году тюремного заключения. В таком случае

> 10%-й шанс двух лет заключения = 0,1 (2 года заключения + 1 год других издержек) = 0,3 года;
>
> 20%-й шанс одного года заключения = 0,2 (1 год заключения + 1 год остальных издержек) = 0,4 года.

Этот пример основан на обобщении. Если количество лет тюремного заключения представляет только часть наказания, а другая часть фиксирована, данный процент увеличения тюремного срока повышает ожидаемые издержки для преступника на меньшую величину, чем такое же повышение

вероятности осуждения, а потому оказывает меньший сдерживающий эффект, даже если преступники нейтрально относятся к риску наказания.

Почему бы их всех не повесить?

Предположим, что вооруженное ограбление наказывается в настоящее время десятилетним сроком тюремного заключения, на который преступников осуждают с вероятностью 0,6. Исследование вкусов потенциальных преступников показывает, что им безразлично, получат ли они десять лет тюремного заключения с вероятностью 60% или смертный приговор с вероятностью 10%. Очевидно, назрела реформа. Мы закрываем тюрьму. Каждый раз, когда мы осуждаем преступника, мы бросаем игральные кости. Если выпадает 1–5, мы отпускаем его, если 6 — вешаем.

На первый взгляд, это безусловное улучшение. Положение преступника *ex ante* остается тем же, мы добиваемся того же самого сдерживания преступлений, так что положение потерпевших не ухудшается, и нам больше не надо тратить деньги на тюрьмы. Однако есть возможность и для еще большего усовершенствования. Зачем тратить деньги и энергию на поимку и осуждение преступников, чтобы потом отпускать их на свободу? Мы снижаем наши расходы на суды и полицию до тех пор, пока не будем осуждать только одного преступника из десяти, экономя, таким образом, деньги как на задержании, так и на заключении.

Этот аргумент применим к любому преступлению, которое в настоящее время карается тюремным заключением. Если приговор — всего 1 месяц заключения, мы используем игральную кость со 720 сторонами, а не с 6. Из этого следует, что эффективная правовая система вообще не будет использовать тюремное заключение. Ответчики, ко-

торые могут заплатить штраф, будут оштрафованы с вероятностью, выверенной по серьезности преступления. Ни одно наказание никогда не будет использоваться, если есть другое наказание, которое одновременно суровее и эффективнее, поскольку мы всегда можем сделать систему эффективнее, используя в качестве замены большее наказание с меньшей вероятностью.

Если мы и далее будет всерьез рассчитывать на то, чтобы построить эффективную систему наказаний, мы должны рассмотреть более широкий спектр возможностей. Во многих обществах, известных нам из истории, заключенные должны были отрабатывать свой срок. Можно представить современное общество, в котором у преступника есть выбор — X лет или Y долларов. X лет можно отбыть в обычной тюрьме. Альтернативный вариант состоит в том, что частная тюремная фабрика могла бы, внеся залог в Y долларов, получить в свою собственность заключенного, если он дал на это согласие. Соглашение между тюрьмой и заключенным определяло бы условия занятости, в которых он отрабатывал бы этот штраф. Заключенный, которому можно в достаточной мере доверять, мог бы устроиться на обычную работу, жить обычной жизнью и выплачивать штраф из своего дохода. Более опасный заключенный потребовал бы больше охраны, работал бы в стенах тюрьмы и выплачивал бы свой штраф медленнее. Слишком опасные заключенные и те, которых невозможно с выгодой использовать в качестве рабочей силы, просто отбывали бы свои сроки.

Является ли осужденный преступник неплатежеспособным, частично зависит от того, заинтересован ли он в том, чтобы быть таким лицом. Бывает так, что один и тот же человек «не в состоянии» оплатить штраф, но желает и способен заплатить карточный долг того же размера, когда у него есть альтернатива. В правовой системе, которая бы по-

стоянно позволяла осужденным преступникам выбирать между штрафами и менее привлекательными наказаниями, такими как тюремное заключение или вероятная казнь, преступники были бы заинтересованы в том, чтобы суметь выплатить штраф в случае поимки.

Еще одна альтернатива — сделать казнь более эффективной. В Англии XVIII века трупы зачастую продавали хирургам для анатомирования. В Америке XX века их ценность могла бы быть намного выше. Казнь представляет собой идеальный способ получения органов для трансплантации, что позволяет придать телу преступника, находившемуся в хорошей физической форме, рыночную стоимость, составляющую десятки тысяч долларов.

Теперь мы можем понять, как могла бы выглядеть эффективная система уголовного наказания. Она была бы устроена так, чтобы по возможности принуждать осужденных преступников к выплате максимальных штрафов под угрозой применения более неприятных альтернатив к тем, кто не смог заплатить. Если штрафы, которые преступники будут в состоянии заплатить, даже при подобных угрозах окажутся недостаточными, они заменяются каторжными работами, на которые обрекаются преступники, способные произвести больше того, во что обходится их охрана и содержание, и казнью с государственной конфискацией органов для тех, кто не способен. Любые существующие тюрьмы, не являющиеся самоокупаемыми, становятся максимально неприятными, чтобы можно было произвести по возможности большое наказание из расчета на доллар, потраченный на тюремное заключение. Это вполне логичная картина (и некоторые ее элементы можно встретить в не столь отдаленном прошлом), но не самая привлекательная. Кроме того, она не очень похожа на систему наказания, реально существующую в современных обществах. Похоже, кто-то ошибается.

Или что-то неверно в моем анализе того, как должна выглядеть эффективная система, или наша система далека от эффективности.

Некоторые неподходящие возражения

Один из аргументов против казни состоит в том, что она необратима, а суды иногда совершают ошибки. Однако тюремное заключение тоже необратимо. Мы не можем вернуть годы, проведенные в тюрьме, точно так же, как не можем вернуть жизнь. Потери в результате ошибки, конечно, меньше, но, поскольку, чтобы оказать такое же сдерживающее воздействие, тюремное заключение должно применяться с большей вероятностью, чем казнь, скорее всего, количество ошибок пропорционально возрастет. Тюремное заключение обладает тем преимуществом, что мы можем в какой-то мере исправить ошибки, если обнаружим их до того, как срок заключения истечет, и мы можем в некоторой степени возместить ошибочное лишение свободы. Однако оба случая встречаются настолько редко, что вряд ли их можно представить в качестве объяснения выбора тюремного заключения, а не казни.

Лишение преступника возможности совершать преступления выступает причиной, по которой тюремное заключение иногда может быть более эффективным наказанием, чем казнь или штраф. То же самое относится к исправлению преступников, если предполагать, что мы на самом деле знаем, как изменить вкусы или навыки преступников, чтобы в дальнейшем они не совершали преступления. Хотя эти усложнения могут изменить результаты простой системы сдерживания преступлений, трудно поверить в то, что они могли бы оправдать современную систему наказаний, в которой широко применяется тюремное заключение, казнь и каторжные работы встречаются редко, а конфискация органов неизвестна.

Смертная казнь в Америке в настоящее время является очень дорогостоящей, что обусловлено затяжным судебным разбирательством, которое для нее требуется; это можно считать экономическим аргументом против казни. Но кажется более естественным истолковать этот факт как следствие нашего неприятия казни, а не как причину. Доводы в пользу преимуществ казни не требуют, чтобы мы были более осторожными в вопросе о том, кого осуждать. Известные из истории общества, в которых широко применялась смертная казнь, например Англия XVIII века или же Америка XIX и начала XX, прибегали к ней без обширного и дорогостоящего судопроизводства.

Последний довод в защиту действующих правовых норм состоит в том, что они оказываются следствием вкусов населения. Современные люди сочли бы чем-то отвратительным казнь, каторжные работы или расчленение казненных преступников для изъятия органов в целях трансплантации. То есть подобные наказания создали бы значительные отрицательные внешние эффекты. С учетом существования таких вкусов наши действующие правовые нормы являются эффективными.

Я отвергаю это объяснение по той же причине, по которой ранее отверг идею, будто при определении эффективности не следует учитывать выгоды, получаемые преступниками. Экономическая теория, которая может свободно устранять аномалии, ссылаясь на чьи-то необъяснимые и весьма специфические вкусы, обладает небольшой прогностической силой и почти не поддается проверке. Наша цель — объяснение, а не описание. Возможно, что у людей и в самом деле такие вкусы, но, если необъяснимые вкусы — это единственная причина институтов, которые мы хотим объяснить, значит, нам не удалось их объяснить. И наш проект намного более интересен, если мы можем показать, что институты, которым благоприятствуют наши

вкусы, на самом деле эффективны, из чего следует, что наши специфические вкусы на самом деле являются эффективным набором норм.

Преимущества неэффективного наказания

Рассмотрим мир эффективного наказания с более симметричной точки зрения, чем та, которую мы до сих пор применяли, то есть с точки зрения, принимающей во внимание стимулы всех значимых агентов. Это мир, в котором, убедив суд в том, что некто виновен в определенном преступлении, я могу захватить значительный объем финансового, человеческого, а может быть, даже и биологического капитала ответчика. В мире эффективных наказаний кто-то получает *бо*льшую часть того, что теряет осужденный ответчик. Поэтому такой человек заинтересован в том, чтобы осудить ответчиков, независимо от того, виновны они или нет.

Общепринятый анализ оптимального наказания, на котором до сего момента строился мой анализ, основан на ошибке, которая была подвергнута широкой критике в других контекстах, а именно на представлении о государстве как управляемом правителем-философом. В старых учебниках по регулированию и связанных с ним темах участники рынка рассматривались как рациональные, преследующие собственную выгоду агенты, однако государство выступало представителем самого автора, то есть мудрой, благожелательной и совершенно альтруистичной организацией, делающей то, что лучше всего способно исправить провалы рынка. Только отказавшись от этой модели, мы получили теорию общественного выбора и современный анализ регулирования.

Ортодоксальная теория оптимального наказания допускает ту же самую ошибку. Она считает преступников рациональными агентами, ищущими выгоды. При этом правоохранительный аппа-

рат, включающий полицию, суды, прокуроров и законодателей, она считает правителем-философом, обладающим несовершенными знаниями, но в высшей степени благими побуждениями.

Один из минусов этого подхода в том, что он затрудняет включение деликтного права и уголовного права в одну и ту же теорию, несмотря на очевидное сходство их целей и средств. В деликтном праве закон приводится в исполнение действиями частных сторон, тогда как в уголовном праве — действиями государства. Представляется очевидным, что частных истцов следовало бы считать рациональными агентами, ищущими выгоды, и именно так они обычно трактуются в литературе по праву и экономике. Рассматривая государственных агентов иначе, мы не только затушевываем сходства, но и препятствуем ясному осмыслению выбора между правом, чье применение обеспечивается в частном порядке, и правом, чье применение обеспечивается силами государства, которому будет посвящена глава 18.

Как только мы начинаем относиться ко всем действующим лицам симметрично, становится очевидным, что система эффективных наказаний требует значительных издержек, но в то же время приносит существенные выгоды. Издержки заключаются в поиске ренты. Правовая система стала механизмом, который одни люди используют для того, чтобы отнять имущество у других людей, которые в ответ принимают дорогостоящие меры предосторожности, чтобы избежать подобной экспроприации. Население в целом, возможно, находилось бы в лучшем положении, если бы наказания были менее эффективными.

Это не чисто теоретическая проблема. Рассмотрим некоторые примеры из жизни.

Современное деликтное право дает истцам или по крайней мере адвокатам истца возможность заниматься масштабным поиском ренты за счет

коллективных исков или исков о взыскании штрафных убытков. Не раз утверждалось, что результатом этого стало множество необоснованных судебных исков, благодаря которым адвокаты обогащаются за счет корпораций-ответчиков и их страховщиков. Один из примеров, обсуждавшийся в главе 3, — это популярность исков по поводу «мошенничества на рынке». Даже небольшая вероятность присуждения очень большого возмещения убытков может дать невиновному ответчику достаточное основание для того, чтобы принять условия внесудебного соглашения. Снятие с производства в Америке небольших самолетов может объясняться и действительно убедительно объяснялось как защитная реакция на такого рода поиск ренты: фирмы поняли, что им лучше уйти из отрасли, чем подвергаться рискам судебного преследованиям в будущем.

Закон о гражданской конфискации создает похожий стимул для сотрудников государственных правоохранительных органов. По действующему законодательству собственность, использованная при совершении определенных преступлений, может быть арестована государством. Арест имущества не требует доказательств того, что его собственник нарушил какой-либо закон, ведь дело заводится на имущество, а не на собственника, и точно так же он не требует уголовного осуждения кого-либо, собственника или пользователя. Именно собственник, который желает вернуть свою собственность, должен доказать на гражданском процессе, что она не использовалась для совершения преступления.

Поскольку конфискация по федеральному закону находится в ведении федерального правительства, можно было бы ожидать, что она создаст стимул только для федеральных правоохранительных органов, однако такой вывод не учитывает значимые рыночные трансакции. Теорема Коуза в индустрии правоприменения жива и здорова. Федеральные органы делят выгоду, а тем самым и стимулы,

с местными правоохранительными органами. После того как федеральный закон был изменен, чтобы допустить подобное участие в выгодах, произошел заметный рост применения местными правоохранительными органами законов о наркотиках, которые дают много возможностей для конфискации. Во многих штатах есть свои собственные законы о конфискации, некоторые из которых обеспечивают перенаправление конфискованных средств тому правоохранительному органу, который отвечает за их изъятие. Стимулы, встроенные в подобные институты, создают очевидный риск того, что целью принуждения к исполнению закона станет захват собственности, а не предупреждение преступлений.

Ту же самую проблему в контексте уголовного права можно рассмотреть на примере убийств в Руби-Ридж. Один из моментов, с которым, похоже, согласились все стороны, состоит в том, что причиной конфликта стала попытка Бюро по контролю над оборотом алкогольных, табачных изделий и огнестрельного оружия (BATF) поймать Рэнди Уивера в ловушку, убедив его продать информатору BATF два гладкоствольных пистолета, дула которых были укорочены так, что они лишь слегка не достигали легальной длины. Это было сделано для того, чтобы вынудить Уивера шпионить на BATF за другими людьми, политические взгляды которых он разделял (белый сепаратизм). Предполагаемая выгода правоохранителей заключалась в услугах, а не в деньгах, но логика ситуации остается той же. Поскольку правоохранительные органы широко используют информаторов, представляется вполне вероятным, что похожие действия имели место и во многих случаях, не получивших такой же огласки.

Рассмотрим следующий пример из художественной литературы, на сегодняшний момент слегка устаревший:

> В 1993 году в штате Вермонт был издан первый закон о банках органов для трансплантации. Дело в том, что в Вермонте всегда сохранялась смертная казнь. С момента принятия закона каждый приговоренный к смертной казни мог знать, что его смерть послужит для сохранения жизни других. Утверждение, что смертная казнь не преследует благую цель, казалось теперь неверным. Во всяком случае, в Вермонте.
>
> Как, позднее, и в Калифорнии. Или в Вашингтоне, в Грузии, Пакистане, Англии, Швейцарии, Родезии...

Несмотря на это новое законодательство, органов для трансплантации по-прежнему не хватало. Правовая система отвечает на возникающее политическое давление. В конце рассказа прокурор зачитывает подсудимому обвинение в преступлении, которое карается смертной казнью:

> От имени государства мы заявляем, что вышеупомянутый Уоррен Льюис Ноулз на протяжении двух лет действительно 6 раз намеренно проехал на красный сигнал светофора. За тот же самый период вышеупомянутый Уоррен Ноулз превышал скорость не менее десяти раз, причем один раз более чем на 15 миль в час. (Ларри Нивен. «Человек в разрезе» в сборнике «Все мириады путей»).

Все эти примеры иллюстрируют общую проблему — влияние эффективного наказания на стимулы правоохранителей, государственных (в случае гражданской конфискации или же ловушки, подстроенной BATF) или частных. Те самые институты, которые, в рамках модели принуждения к исполнению закона, предполагающей правителя-философа, дают однозначное улучшение, понижая издержки применения уголовного права, будучи рассмотрены в контексте рационального следования собственной выгоде, могут привести к разорительной борьбе за ренту, войну всех

против всех, в которой каждая сторона пытается использовать институты права для захвата чужих средств и для того, чтобы самой избежать подобного захвата.

Каннибализм, поиск ренты и изнасилование

В качестве более отдаленного примера той же самой проблемы рассмотрим общечеловеческое предубеждение против каннибализма. На первый взгляд, этот запрет является иррациональным и неэффективным. Как только я умираю, я перестаю пользоваться своим телом, поэтому, почему бы не позволить кому-то другому извлечь из него полезный протеин?

Ответ на этот вопрос теперь должен стать очевидным. В обществе, в котором каннибализм является общепринятой практикой, каждый рискует угодить к кому-то на обед. Каждый из нас в таком случае должен приложить большие усилия к тому, чтобы убедиться, что ни у кого не будет верной возможности убить его. Запрет каннибализма означает, что у большинства людей почти никогда нет веских причин убивать друг друга, что значительно облегчает жизнь всем нам.

Один из греческих историков отметил, что Персидская империя управлялась настолько хорошо, что девственница с мешком золота могла безо всякого риска для себя проехать из одного конца Великого пути в другой. В этом случае опасности подвергаются две ценности, которые отличаются друг от друга в одном важном для нашего обсуждения отношении. Люди, у которых есть мешки с золотом, редко отправляют их без защиты в странствие по сельской местности; они могут держать их под замком в безопасном месте и обычно так и делают. Но для женщины закрыть на замок свою дев-

ственность, какими бы ни были современные представления о средневековых поясах девственности, намного сложнее.

Изнасилование является, возможно, наиболее распространенным действительно тяжким преступлением. Одна из причин этого в том, что у большинства женщин есть то (использование их тела), чего хотят большинство мужчин и что невозможно защитить, не потратив на это много средств. Некоторые общества решали эту проблему за счет того, что тела женщин буквально запирали, то есть женщин отделяли от всех остальных, по крайней мере женщин из высшего класса, и держали в уединенном месте, куда могли попасть только мужчины, которым можно было доверять. В современном обществе это было бы очень дорогостоящим решением. Наше общество решает или пытается решить ту же проблему за счет квалификации изнасилования в качестве тяжкого преступления.

В качестве еще одного примера той же самой проблемы рассмотрим вопрос о том, может ли существовать совершенно свободный рынок органов для пересадки. В настоящее время существует дефицит органов, и легализация рынка может показаться очевидным способом решения этой проблемы. В результате у индивидов появился бы стимул заранее продавать права на свои органы, и тогда органы забирались бы только после смерти этого индивида, или же стимул согласиться с тем, что органы могут быть проданы в момент смерти, а вырученные деньги — переданы наследникам. Более спорным следствием является то, что у людей с двумя почками появился бы стимул продать одну из них, если цена достаточно высока.

Лучший из всех известных мне доводов против совершенно свободного рынка органов для пересадки заключается в проблеме поиска ренты. Немногие из нас носят при себе более нескольких

сотен наличных долларов, но каждый здоровый человек постоянно носит с собой внутренние органы стоимостью в десятки тысяч долларов. В условиях совершенно свободного рынка появился бы серьезный стимул похищать людей, чтобы забрать у них органы, что повысило бы риск убийств и издержки защиты от них. Утверждают, что это уже происходит в некоторых частях мира, и похищение с целью изъятия органов стало широко распространенным современным мифом о персонаже, который просыпается без почек после бурной вечеринки.

Одним из решений мог бы быть рынок, в котором приняты соответствующие меры предосторожности, позволяющие установить цепочку титулов собственности на любые продаваемые органы. Другим был бы правовой режим, в котором органы могут продаваться собственником, заранее или в момент смерти, но не перепродаваться.

> У охотничьих народов, поскольку у них любая собственность скудна или по крайней мере не превышает стоимости двух- или трехдневного труда, редко бывают какие-либо установленные суды или регулярное отправление правосудия. Люди, у которых нет никакой собственности, могут нанести друг другу вред лично или испортить друг другу репутацию. Но когда один человек убивает, ранит, избивает или бесчестит другого, хотя тот, кому причиняется ущерб, и страдает, но тот, кто его причиняет, не получает выгоды. Иначе обстоит дело с ущербом собственности. Выгоды того, кто его причиняет, часто равны убытку того, кто от него страдает... Таким образом, приобретение ценной и обширной собственности требует установления гражданского правления. Где нет никакой собственности или где она не превышает стоимости всего лишь двух- или трехдневного труда, гражданское правление не является столь необходимым. (Адам Смит. О Богатстве народов. Книга 5, глава 1, часть 2)

Дополнительная литература

Friedman D., Sjostrom W. Hanged for a Sheep: The Economics of Marginal Deterrence // Journal of Legal Studies. 1993.

Название было взято из старинной английской пословицы: «Если суждено быть повешенным за ягненка, почему бы не украсть овцу». Некогда кража и овцы, и ягненка каралась смертной казнью, так что с таким же успехом вы бы могли украсть и более ценное животное. Пословица прекрасно иллюстрирует одновременно и применение принципа рациональности к преступникам, и тот факт, что не нужно быть экономистом, чтобы мыслить как экономист.

ГЛАВА 16

Антимонопольное законодательство

Часть I: экономика

В ГЛАВЕ 2 я предложил простой аргумент в пользу невмешательства в экономику. Если вы позволяете людям свободно обмениваться товарами на взаимоприемлемых условиях, в результате товары применяются там, где имеют наибольшую ценность, что приводит к эффективному размещению существующих товаров. Если ценность товара для потенциального потребителя больше тех расходов, которые приходится нести потенциальному производителю, чтобы произвести его, последний сочтет выгодным произвести товар и продать его потребителю, так что в результате товары будут производиться только в том случае, если это следует делать.

Этот довод предполагает, что мои единственные расходы при продаже еще одной единицы товара — это расходы на ее производство. Но что, если следствием попытки продать больше единиц товара станет снижение его цены? Предположим, к примеру, что у меня единственный продуктовый магазин в маленьком городе. Мои издержки продажи дополнительных десяти галлонов молока в неделю состоят не только из моих расходов на то, чтобы получить и продать дополнительное молоко, но также из потерянного дохода с молока, которое я мог бы продать по более высокой цене, если бы довольствовался меньшими продажами.

Цифровой пример может пояснить этот аргумент. Я решаю, продать ли 100 галлонов в неделю по 2 доллара за галлон или 110 по 1 доллару 90 центов. Мои расходы на дополнительные 10 галлонов составляют 1,5 доллара на галлон. Увеличение производства дает мне 19 долларов дохода, то есть 10 галлонов молока по 1,9 доллара при расходах всего лишь 15 долларов. Это кажется мне выгодным, пока я не пойму, что оно обойдется мне также в 10 долларов потерянной прибыли со 100 галлонов, которые я мог бы продать по более высокой цене, а теперь должен продавать по более низкой.

Если бы я учитывал только издержки и выгоды, связанные непосредственно с дополнительными галлонами, я мог бы продавать все больше и больше молока, пока цена превышает мои издержки, поскольку, пока цена выше издержек, я буду зарабатывать деньги на каждом дополнительном галлоне. Это описывает поведение продавца на совершенно конкурентном рынке, на котором так много фирм, что его продажи не оказывают заметного воздействия на цену. Но монополия, как и в более общем смысле фирма с определенной рыночной силой, знает, что она может продать больше лишь за счет продажи по более низкой цене, для чего надо пожертвовать доходом с единиц товара, которые она могла бы продать по более высокой цене, если бы довольствовалась более низкими объемами. Для меня этот потерянный доход является издержками, тогда как для всех в целом это всего лишь перераспределение средств: мои клиенты выигрывают то, что я теряю на молоке, которое они были готовы купить по более высокой цене.

Чтобы понять, почему продажа по цене ниже себестоимости неэффективна, рассмотрим клиента, для которого дополнительный галлон молока имеет ценность 1,8 доллара, то есть меньше цены, по которой я продаю молоко, но больше моих рас-

ходов на его поставку. Если бы я произвел дополнительный галлон и отдал его ему, я бы потерял 1,5 доллара, он бы выиграл 1,8 доллара, и чистый выигрыш составил бы 30 центов. Чистый выигрыш был бы тем же и в том случае, если бы я произвел молоко и продал его ему по 1,5 доллара, хотя тогда распределение между нами выгоды было бы иным. Пока я продаю молоко по цене, превышающей мои расходы, клиенты, для которых ценность молока превышает его себестоимость, но при этом ниже его цены, не получат его, что является неэффективным результатом. Эта простая мысль, обычно иллюстрируемая диаграммой с кривыми издержек монополии, кривой спроса и ценой, максимизирующей прибыль, оказывается стандартным экономическим аргументом в пользу неэффективности монопольного продавца.

Невозможность продать молоко каждому, для кого его ценность превышает мои расходы, становится проблемой как для меня, так и для экономической эффективности; я упускаю потенциальные прибыли. Одно из решений — найти какой-то способ продавать молоко по разным ценам разным клиентам, взимая более высокую цену с тех, кто желает ее платить, и более низкую с тех, кто захочет купить его только по низкой цене. В некоторых случаях подобная ценовая дискриминация вполне может быть осуществлена на практике, но во многих других случаях она не работает, либо потому, что я не могу сказать, кто готов заплатить высокую цену, а кто — нет, либо потому, что я не могу помешать людям, которым я назначу низкую цену, перепродавать молоко тем, кому я пытаюсь назначить высокую цену.

Если я как-то решу эти проблемы, причем достаточно хорошо, чтобы иметь возможность назначать каждому клиенту наивысшую цену, которую он готов заплатить, стандартный аргумент против монополии теряет силу. Пока существу-

ет клиент, для которого ценность молока превышает мои издержки, мне выгодно продавать ему молоко. В результате при совершенной ценовой дискриминации мне выгодно продавать эффективное количество молока, то есть такое количество, при котором его получит каждый, для кого ценность молока превышает стоимость его производства.

Совершенная ценовая дискриминация является совершенно эффективной, по крайней мере когда речь идет о количестве, хотя этого нельзя сказать о несовершенной ценовой дискриминации, которая обычно лучшее, что может сделать продавец. Совершенная ценовая дискриминация также приводит к тому, что всю выгоду от трансакции получает продавец, а не покупатель, как в случае двусторонней монополии, при которой одна сторона является лучшим переговорщиком по сравнению с другой. Однако, поскольку экономическая эффективность определяется только размером общей выгоды, а не тем, кто ее получит, это не должно иметь значения для эффективности. Хотя, возможно, имеет. Не пропустите самые свежие новости.

В конкурентной отрасли прибыли, превышающие нормальную, то есть прибыли, которые приносят доход, превышающий нормальную ставку доходности капитала, делают выгодным появление того, кто откроет новую фирму, что приводит к росту выпуска продукции и снижению цен и прибылей. Следовательно, в конкурентной экономике, стремящейся к долгосрочному равновесию, фирмы продают по цене, которая просто покрывает все их издержки, включая рыночный доход на капитал акционеров. Экономическая прибыль, определяемая без нормальной стоимости капитала, включая капитал акционеров, равна нулю. Но в монополизированной отрасли есть место только для одной фирмы. Результатом становится по меньшей мере возможность монопольной прибыли.

Неэффективность монополии: часть II

На дворе 1870 год. Где-то к западу от цивилизации расположена долина с плодородной пахотной землей, по которой однажды целесообразно будет проложить железную дорогу. Кто бы ни построил первую линию, он будет монополистом; строительство второй линии никогда не окупится. Если железнодорожная линия построена в 1900 году, чистая прибыль, которую она со временем принесет после оплаты всех издержек, включая нормальную рыночную доходность с капитала, использованного для ее строительства, составит 20 миллионов долларов. Если железная дорога построена до 1900 года, она будет терять по миллиону долларов в год вплоть до 1900 года, так как в долине не будет достаточного количества людей для покрытия стоимости содержания железнодорожных путей.

Поскольку эти факты мне известны, я предлагаю построить дорогу в 1900 году. Меня опережает тот, кто планирует построить ее в 1899 году; 19 миллионов долларов лучше, чем ничего, а он ничего бы не получил, если бы дождался того, что я построю дорогу первым. Его опережает тот, кто хочет построить ее еще раньше. Дорога построена в 1880 году. Строитель получает только нормальный доход на капитал, затраченный на ее строительство. Логика ситуации совпадает с логикой неэффективности преждевременного заселения новых территорий, рассмотренной в главе 10, и неэффективной кражи из главы 3.

В такой ситуации монопольная прибыль в итоге оказывается не перераспределением средств от клиентов к фирме, а чистым убытком. Чем выше монопольная прибыль, тем больше ресурсов фирмы расходуют, конкурируя за то, чтобы получить эту прибыль первыми. В таком случае совершенное дискриминационное ценообразование является

не лучшим решением проблемы монополии, а худшим. Поскольку каждый клиент покупает по самой высокой цене, которую он готов заплатить, весь выигрыш от выпуска продукции фирмы переходит к фирме в качестве монопольной прибыли, но вся монопольная прибыль расходуется, превращаясь в затраты на приобретение этой монополии. Следовательно, распределение прибылей от обмена в конечном счете все-таки имеет значение, но не в определении эффективности, а в качестве стимула к неэффективному поведению, по крайней мере в этой ситуации.

Теперь у нас есть два аргумента о неэффективности монополии, каждый из которых был представлен упрощенным сценарием, но при этом имеет более общую сферу применения. Один говорит о том, что монополия в процессе максимизации своей прибыли продает слишком малое количество товара по слишком высокой цене; если бы она увеличила выпуск, ее клиенты выиграли бы больше, чем она бы потеряла. Второй утверждает, что возможность получения монопольных прибылей создает стимул для неэффективного поиска ренты, для траты ресурсов на то, чтобы именно ваша фирма, а не чья-то еще стала монополией.

Если монополия неэффективна, что мы можем с ней сделать? Прежде чем попытаться ответить на этот вопрос, нам надо ответить на другой вопрос.

Почему существует монополия?

Единственный продуктовый магазин в небольшом городе — это естественная монополия. Если бы кто-то попробовал открыть второй магазин, один из двух через какое-то время прекратил бы деятельность, поскольку у одного магазина, обслуживающего всех, более низкие средние издержки, поэтому он может позволить себе продавать по более низкой

цене, чем два магазина, каждый из которых продает только некоторым клиентам. То же самое может произойти в большем масштабе в отрасли, в которой значительная часть производственных издержек не зависела от того, как много продукции производится, к таким издержкам относятся затраты на разработку продукта, создание компьютерной программы или оснащение фабрики. Чем больше число единиц продукции, между которыми распределяются постоянные издержки, тем ниже средние издержки, поэтому крупные фирмы могут продавать по более низкой цене, чем мелкие фирмы.

Почти у всех фирм есть определенные постоянные издержки, почему тогда не каждая отрасль является естественной монополией? Одна из причин в том, что экономия на масштабе производства уравновешивается отрицательным управленческим эффектом роста производства. Чем больше фирма, тем больше уровней управления между президентом и заводским цехом и тем сложнее президенту контролировать то, что происходит в цеху. Как только фирма становится достаточно крупной, чтобы воспользоваться большинством потенциальных выгод, связанных с экономией на масштабе производства, дальнейший рост в силу более высоких управленческих издержек и хуже управляемых фабрик может привести к затратам, превышающим выгоды от более низких производственных издержек. Это одна из причин, по которым большинство отраслей состоят из множества фирм.

Одна из причин, по которым в данной отрасли может быть только одна фирма, в том, что она является естественной монополией. Другая в том, что, если кто-то попытается конкурировать с монополистом, тот вызовет полицию. Первоначальное значение слова «монополия» — исключительное право на продажу чего-либо. В типичном случае такие монополии либо продавались государством, что было способом собрать деньги, либо

раздавались людям, которые нравились государству, например родственникам любовниц короля. Такого рода монополии распространены и по сей день. Одним из примеров служит почта: в силу законов о частной пересылке корреспонденции прямая конкуренция в этой области является незаконной.

Для понимания третьего источника монополии, который приближает нас к правовым вопросам, связанным с антимонопольным законодательством, рассмотрим отрасль, состоящую лишь из пяти крупных фирм. Президенту одной из них приходит в голову мысль, что, если все они снизят выпуск продукции, цены вырастут; они смогут заработать за счет этих более высоких цен больше, чем потеряют на спаде продаж. Результатом становится картель: группа фирм, согласовывающих свои действия с целью удержать производство на низком уровне, а цены — на высоком, как если бы они были одной-единственной монополией.

Одна из проблем для членов картеля состоит в том, что, хотя каждый из них выступает за то, чтобы другие удерживали производство на низком уровне, а цены на высоком, каждый хотел бы увеличить свой собственный выпуск продукции, чтобы воспользоваться высокой ценой. Он может поступить так, сбив картельную цену, то есть продавая дополнительную продукцию по чуть меньшей цене привилегированным клиентам, то есть клиентам, которых можно переманить от конкурента и которым можно доверять в том, что они никому не сообщат о сделке, которую заключили. Каждый член картеля получает выигрыш, сбивая цену — в ущерб всем остальным. Если такие действия зайдут достаточно далеко, они опустят цену до того уровня, который был до формирования картеля.

Одно из решений состоит в том, что члены картеля должны подписать контракт, в котором дого-

ворятся удерживать производство на низком уровне и предупреждать обман, для чего все продажи должны идти через одного общего агента. Во многих странах мира такие контракты являются законными и имеющими исковую силу. Но в США они незаконны и не имеют исковой силы. Долгое время они не имели исковой силы, считаясь договорами об ограничении торговли; в соответствии с действующим антимонопольным законодательством, они еще и незаконны.

Это не относится к картельному соглашению, исполнение которого обеспечивает государство, например в авиационной отрасли до ее дерегулирования. Органом такого обеспечения, контролировавшим картель внутренних авиалиний, был Комитет гражданской авиации, который мог наложить вето на изменения в цене билетов, в том числе на ее снижение. Похожую функцию на международном рынке исполняла Международная ассоциация воздушного транспорта (IATA), большинство ее членов составляли государственные авиалинии, собственники которых могли обеспечить исполнение соглашения, отказывая нечленам в праве приземляться в своих странах.

Другое решение, к которому могут прибегнуть фирмы, — провести слияние и образовать монополию. Это может в определенной степени повысить издержки, поскольку причина, по которой исходно было пять фирм, а не одна, состояла в том, что фирмы уже достигли размера, при котором минимизировались средние издержки. Но это также может увеличить прибыли, если фирма, образованная путем слияния, обладает достаточной долей рынка, чтобы ограничить выпуск продукции и поднять цену. В США подобные слияния не одобряются антимонопольным комитетом Министерства юстиции.

Один мой друг предложил оригинальный метод, который мог бы использовать антимонополь-

ный комитет, чтобы провести различие между слияниями, «способствующими конкуренции», то есть теми, что нацелены на объединение фирм, которые могут производить продукцию дешевле за счет объединения своих активов, и «антиконкурентными» слияниями, которые нацелены на создание монополии. Слияние, способствующее конкуренции, ухудшает ситуацию для других фирм в отрасли, поскольку оно порождает более эффективного конкурента. Антиконкурентное слияние улучшает положение этих фирм, поскольку они получат выгоду, когда монополия ограничит производство, чтобы поднять цену, по которой она — как и они — может продавать продукцию. Все, что должен сделать антимонопольный комитет, когда предлагается новое слияние, — выяснить, кто против. Если возражают другие фирмы в отрасли, он одобряет слияние; если они не против, он отвергает его. К сожалению, это работает лишь до того момента, пока другие фирмы не начнут понимать это и не пересмотрят соответствующим образом свою тактику.

И картели, и антиконкурентные слияния приводят к двум типам неэффективности, описанным ранее. В каждом из случаев одно из следствий монополии состоит в повышении цены выше предельных издержек и в уменьшении выпуска продукции ниже его эффективного уровня. В случае картеля поиск ренты приобретает форму расходов членов картеля на исполнение картельных ограничений (либо на уклонение от них), а также издержек переговоров по созданию и поддержанию картеля. В случае слияния неэффективность, проистекающая из наличия фирмы слишком большой, чтобы она могла минимизировать средние издержки, заключается в расходах на поиск ренты, оплачиваемых объединяющимися фирмами в процессе получения монополии с целью перераспределения в свою пользу денег клиентов.

Искусственная монополия

Предположим, что в определенной отрасли экономия на масштабе производства и его отрицательные эффекты почти уравновешивают друг друга; в достаточно большом диапазоне продукции крупные и мелкие фирмы могут производить примерно по равной стоимости. Широко распространено мнение, что такая ситуация вполне может привести к *искусственной монополии*; классический пример — компания *Standard Oil Trust* времен Джона Д. Рокфеллера.

Я — Рокфеллер, и каким-то образом я получил контроль над 90% нефтяной отрасли. Моя фирма *Standard Oil* имеет огромные доходы, за счет которых накапливает значительное богатство; ее ресурсы намного превосходят ресурсы любой другой нефтяной компании меньшего размера или даже всех их вместе взятых. Пока другие фирмы существуют и конкурируют со мной, я могу получать только нормальную рыночную прибыль с моего капитала.

Я решаю прибегнуть к политике хищнического ценообразования, вытесняя конкурентов за счет снижения моих цен ниже моих (и их) средних издержек. И я, и мои конкуренты теряют деньги, но, поскольку я могу позволить себе потерять больше денег, они первыми выходят из игры. Теперь я поднимаю цены до монопольного уровня. Если любая новая фирма захочет войти на рынок, чтобы воспользоваться высокими ценами, я указываю на моих прежних конкурентов и угрожаю, что в случае необходимости повторю этот трюк.

Подобный аргумент считается примером неаккуратного применения вербального анализа. «И я, и мои конкуренты теряют деньги...» — этот довод звучит так, будто мы теряем одно и то же количество денег. Но это не так. Если я продаю 90% всей нефти, а какой-то конкретный конку-

рент продает 1%, причем оба мы продаем по одной и той же цене и имеем одинаковые средние издержки, я теряю 90 долларов на каждый потерянный им 1 доллар.

Мое положение даже хуже. Сбивая цены, я увеличил объем спроса; если я хочу удержать низкую цену, я должен, соответственно, увеличить свое производство, а следовательно, и убытки. То есть я теряю, к примеру, 95 долларов на каждый доллар, потерянный моим конкурентом. Мой конкурент, не пытающийся удержать низкую цену, возможно, сумеет снизить свои убытки и увеличить мои, сократив свое производство и заставив меня продавать еще больше нефти себе в убыток. Он может сократить свои убытки, заморозив старые нефтеперегонные заводы, переведя некоторые предприятия на работу в полсмены и не заменяя сотрудников, которые переходят на другую работу или уходят на пенсию. Предположим, что на каждые 95 долларов, которые теряю я, приходятся 50 центов, которые теряет он.

Хотя я больше и богаче его, я не бесконечно больше и богаче; я в 90 раз больше и примерно в 90 раз богаче. Я теряю деньги более чем в 90 раз быстрее него; если я и далее буду пытаться вытеснить его с рынка, продавая по цене ниже себестоимости, первым разорюсь я, а не он. Несмотря на общераспространенное мнение, будто Рокфеллер сохранил свое положение, продавая нефть ниже ее стоимости, чтобы вытеснить своих конкурентов из бизнеса, тщательное исследование документов антимонопольного дела, которое привело к разделению компании *Standard Oil*, не дает никаких доказательств того, что он когда-либо так поступал. Похоже, что этот рассказ оказывается некоей разновидностью современного мифа для историков.

В одном из инцидентов сотрудник фирмы *Standard Oil* пригрозил снизить цены, если более мелкая фирма *Cornplanter Oil* не прекратит расширяться, от-

хватывая у *Standard Oil* часть бизнеса. Вот ответ, который дал управляющий *Cornplanter Oil*, по его собственному свидетельству:

> В общем, я сказал: «Господин Моффет, я очень рад, что вы это так представляете, поскольку для вас единственный способ добиться этого — сократить рынок, а если вы сократите рынок, я отхвачу у вас 200 миль; и я заставлю вас продавать товар», и еще сказал: «Мне большего не надо; продавайте, если хотите». Я пожелал ему хорошего дня и пошел своей дорогой. На этом все и закончилось». (Цит. по: McGee J. S. Predatory Price Cutting: The Standard Oil [NJ] Case, p. 137)

Логически хищническое ценообразование не является невозможным. Если Рокфеллер может убедить потенциальных конкурентов в том, что готов потерять почти неограниченное количество денег, лишь бы не допустить их на рынок, возможно, все ему поверят, так что эта затея вообще не будет ничего ему стоить. Однако в подобной игре преимущество, похоже, на стороне мелкой, а не крупной фирмы, и данные указывают на то, что искусственная монополия — это в основном вымысел. Она существует в книгах по истории и в антимонопольном законодательстве, но в реальном мире она встречалась и встречается редко, возможно, потому, что большая часть тактик, которые она должна использовать для сохранения своего монопольного положения, на самом деле не работает.

Решения и связанные с ними проблемы

Поскольку конкуренция эффективна, можно подумать, что решить проблему неэффективности монополии может разрушение монопольной фирмы. Однако, если естественная монополия разбивается на более мелкие фирмы, средние издержки рас-

тут, — вот почему это естественная монополия. Поскольку средние издержки падают по мере роста выпуска продукции, одна из фирм будет расширяться, выдавливая (или же скупая) остальные. И в итоге мы придем к тому, с чего начали, то есть к одной-единственной монопольной фирме.

Неэффективность монополии — это аргумент в пользу разрушения искусственных фирм или предупреждения их образования посредством законов, направленных против хищнического ценообразования, однако я уже доказывал, что искусственные монополии, созданные таким ценообразованием, по большей части являются мифом. Это также является аргументом в пользу разрушения монополий, созданных государственным регулированием в конкурентных по своей сути отраслях. Но в случае естественной монополии совершенная конкуренция невозможна. Нам не нужно, чтобы в каждом небольшом городе было по десять продовольственных магазинов.

Средство решения проблем, связанных с эффективностью естественной монополии, которое обычно предлагается в учебниках по экономике, — это государственное регулирование или государственная собственность. Одна из проблем этого подхода заключается в том, что у регулятора или чиновника, управляющего государственной монополией, свои собственные цели, которые представляют собой определенное сочетание личной выгоды и политических преимуществ, получаемых назначившей его администрацией. Для регулятора разумным курсом была бы (собственно, как показывает история, часто такой курс действительно выбирается) помощь монополии в решении задачи максимизации прибыли в обмен на пожертвования на политическую кампанию действующей администрации и на высокооплачиваемую будущую работу для самого регулятора.

Предположим, что мы каким-то образом решим эту проблему и поставим естественную монопо-

лию под контроль регуляторов, имеющих самые благие намерения. После прочтения первой половины этой главы они придут к выводу, что решение — заставить фирмы брать за свой товар предельные издержки, то есть продавать галлон молока или, в более реалистичном варианте, киловатт электроэнергии за сумму, равную их себестоимости.

Это ведет к нескольким проблемам. Первая состоит в выяснении того, каковы на самом деле издержки фирмы: реальные монополии, а не те, что описаны в учебниках, не снабжены готовыми графиками, отображающими их кривые издержек. Один из подходов — просто понаблюдать и понять, сколько стоит производство каждой единицы продукции, а потом установить соответствующую цену. Однако соотнесение издержек и выпуска продукции — вопрос не только наблюдений. Чтобы определить предельные издержки, мы должны знать не только стоимость количества продукции, производимой фирмой, но и то, во сколько обошлось бы производство других количеств этой продукции.

Вторая проблема состоит в том, что регулятор наблюдает то, что фирма делает, а не то, что она могла бы делать, и при этом фирма знает, что регулятор за ней наблюдает. Управляющим фирмы может прийти в голову мысль, что, если им удастся организовать процесс так, чтобы производить последние несколько единиц продукции как можно дороже, регуляторы увидят высокие предельные издержки и позволят взимать высокую цену.

Предположим, что регуляторы разбираются во всех этих уловках, правильно измеряют предельные издержки и устанавливают цену, равную им. Естественная монополия существует потому, что издержки производства дополнительных единиц продукции падают по мере увеличения выпуска, что дает более крупной фирме преимущество над более мелкими. Но если предельные издержки падают, тогда средние издержки, которые включают стоимость бо-

лее ранних и более дорогих единиц продукции, выше предельных издержек. Поэтому, если заставить естественную монополию продавать по цене, равной предельным издержкам, она в итоге разорится или же, если сами эти меры регулирования можно предвидеть заранее, просто никогда не возникнет. Чтобы предупредить этот исход, регулятор должен найти определенный способ компенсировать разницу между ценой и средними издержками.

Одним из решений могла бы быть субсидия, выплачиваемая налогоплательщиками. Хотя это, возможно, и разумно с точки зрения экономики, во многих случаях такое решение нельзя применить на практике, поскольку законодатели штатов и Конгресс редко дают агентствам-регуляторам карт-бланш на получение средств из министерства финансов. Обычное альтернативное решение состоит в том, чтобы получать деньги от клиентов монополии. Вместо того чтобы требовать от нее продавать по цене, равной предельным издержкам, регуляторы требуют продавать по цене, равной средним издержкам, что является менее эффективным результатом, который, однако, все же лучше той цены, что монополия установила бы сама.

Как регулятор может выяснить средние издержки? Если он просто просит бухгалтеров фирмы рассчитать, сколько фирма потратила в текущем году, и устанавливает соответствующие цены на следующий год, у менеджмента фирмы нет стимула удерживать издержки на низком уровне, особенно затраты на те блага, которые облегчают жизнь самому менеджменту. В этом случае менеджмент снова знает, что регулятор наблюдает за ним, и соответствующим образом к этому приспосабливается.

Реальная версия этого подхода к контролю за естественными монополиями называется регулированием «нормы прибыли». Идея в том, чтобы установить цену, которая приносит акционерам регулируемого коммунального предприятия

(наиболее распространенный в настоящее время пример регулируемой естественной монополии в США) «разумную норму прибыли» на их инвестиции. Стоимость других ресурсов, помимо капитала акционеров, устанавливается на том уровне, который сочтет нужным регулирующая комиссия, исходя из опыта прежних лет.

Сколько именно должны получить инвесторы, чтобы для них имело смысл инвестировать средства в коммунальные предприятия? Очевидный ответ — «рыночную норму прибыли», но на какую именно величину капитала? Если регуляторы оценивают размер инвестиций по тому, сколько именно инвесторы первоначально вкладывают, инвесторы новых коммунальных предприятий имеют дело с малопривлекательными ставками: если их догадка ошибочна, компания разоряется, и они теряют все; если же она верна, они получают только рыночную прибыль на свои инвестиции. Так что регулятор, который устанавливает норму прибыли, исходя из исторически известных издержек, должен каким-то образом включить в приблизительную оценку риска премию, которую инвесторы потребовали бы, чтобы компенсировать вероятность потери денег.

А что, если измерять текущую стоимость инвестиций рыночной ценностью акций коммунального предприятия и разрешить этому предприятию установить цену, которая приносит рыночную норму прибыли на эту стоимость? К сожалению, это приводит к порочному кругу в доказательстве. Стоимость акций зависит от того, как много денег, по мнению инвесторов, компания заработает в будущем, а соображения инвесторов зависят от того, какую цену, по их мнению, позволят установить регуляторы. Сколько бы регуляторы ни позволили коммунальному предприятию заработать, это все равно окажется рыночной прибылью на стоимость акций, как только стоимость акций подстроится под величину прибыли коммунального предприятия.

Комиссии регуляторов существуют на самом деле, они проводят слушания и публикуют пресс-релизы с описанием того, каким замечательным делом они занимаются, защищая клиентов от алчных монополий. Но что они делают в действительности и какое воздействие оказывает их деятельность — вопрос далеко не ясный. В одной известной старой статье по экономике регулирования Джордж Стиглер и Клэр Фридленд попытались эмпирически определить воздействие регулирования коммунальных предприятий, изучив доходы таких предприятий в штатах, где в разные периоды вводилось подобное регулирование. Насколько они могли судить, никакого воздействия оно не оказало.

Расширение монополии

Одна из проблем, которой антимонопольный закон уделял немало внимания, заключается в том, что фирма, обладающая монополией на определенном рынке, может использовать ее для получения монополии на другом. Известным недавним примером стал спор по поводу обвинений компании *Microsoft* в том, что она пытается использовать свое почти монопольное положение на рынке операционных систем для настольных компьютеров, чтобы получить вторую монополию на рынке веб-браузеров. Этот вопрос представляется по меньшей мере в трех разных юридических контекстах: как вертикальная интеграция, поддержание розничной цены и продажа с нагрузкой. Во всех трех контекстах, как мы увидим, правовой анализ, обычно принимавшийся судами, не согласуется с относящейся к делу экономической теорией. И во всех трех случаях, если мы это покажем, мы останемся в недоумении. Показав, что предложенное судами объяснение этих практик неверно, мы должны объяснить, почему же они все же встречаются.

Вертикальная интеграция

Предположим, производство стали является естественной монополией и я им владею. Мне приходит в голову мысль, что для производства автомобилей требуется сталь, а я — единственный ее источник. Соответственно, я покупаю автомобилестроительную фирму, отказываюсь продавать сталь ее конкурентам, и вскоре у меня появляется монополия еще и в области автомобилестроения. Теперь я получаю монопольную прибыль и от производства стали, и от автомобилестроения, чем я и мои акционеры очень довольны.

В этой стратегии неправильно не то, что она не сработает, а то, что она не нужна. Если я хочу повысить стоимость автомобилей, для этого мне не нужна автомобилестроительная компания. Все, что мне требуется, так это повысить цену, по которой я продаю сталь существующим компаниям. Автомобилестроительные компании будут платить мне более высокую цену, перекладывая расходы на своих клиентов, а потому обеспечат меня монопольным доходом, и мне не понадобится заниматься автомобилестроительным бизнесом.

Причина, по которой этот аргумент важен в праве, заключается в том, что одним из того, что регулируется антимонопольным законодательством, являются вертикальные слияния, которые находятся под подозрением, потому что, согласно теории, они позволяют монополисту расширять свою монополию. Вышеизложенный аргумент, однако, указывает не только на то, что в вертикальных слияниях нет ничего подозрительного, но и на то, что они вообще не должны происходить, а потому у нас остается вопрос, почему же они все-таки случаются.

Одна из причин, конечно, в том, что порой фирме дешевле производить собственные ресурсы или самой продавать свою продукцию, так что в итоге даже там, где нет вопроса о монопо-

лии, мы наблюдаем достаточную заметную вертикальную интеграцию. Более интересная причина, когда у фирмы есть монополия на определенную стадию производственного процесса, состоит в том, что вертикальное слияние — это способ снизить неэффективность, вызванную ее монополией, и увеличить в процессе этого прибыли фирмы.

Когда моя сталелитейная монополия повышает цену стали, продаваемой автомобилестроителям, они в ответ начинают использовать меньше стали и больше алюминия с пластиком. В той мере, в какой замена обусловлена моей монопольной ценой, она является неэффективной. Компания-автомобилестроитель использует алюминия на 100 долларов, чтобы заменить сталь, покупка которой обходится ей в 120 долларов, тогда как мне ее производство обходится всего в 80 долларов. С точки зрения эффективности и, возможно, прибыли это означает суммарный убыток в 20 долларов.

Одно из решений для меня — купить автомобилестроительную компанию. Затем я сообщаю ее руководству, что, решая, когда дешевле использовать сталь, они должны основывать свои расчеты на реальной стоимости в 80 долларов, однако при установлении цен на автомобили должны стараться извлекать как можно большую монопольную прибыль. Тем самым я устраняю один из видов неэффективности, обусловленных моей монопольной ценой на сталь, продолжая при этом продавать автомобили по монопольной цене и получать соответствующие монопольные прибыли.

Поддержание розничной цены

Поддержание розничной цены — это практика производителя, контролирующего цену, по которой розничным продавцам разрешается продавать их продукты. Многие годы федеральный закон позволял штатам решать, являются ли такие договоры

законными и имеют ли они исковую силу. Согласно действующему законодательству, явные договоры такого рода в любом штате незаконны, хотя на практике эту норму нередко обходят, в чем вы можете легко убедиться, сравнив в интернете цены разных магазинов, к примеру, на последние модели компьютера Macintosh.

Один из аргументов в пользу запрета соглашений о поддержании рыночной цены состоит в том, что для производителя, который обладает «монополией» на продажу своих продуктов розничным продавцам, они являются способом расширить эту монополию на розничный рынок, предположительно в обмен на долю в монопольных прибылях, которые в результате появляются у этих розничных продавцов. Проблема с таким аргументом опять-таки не в том, что эта стратегия не работает, а в том, что она не нужна. Производитель может свободно брать с розничных продавцов любую цену, которую они готовы ему заплатить. Если он желает поднять розничную цену, ему достаточно поднять цену оптовую. Безо всякого соглашения о поддержании цены розничные продавцы будут конкурировать, понижая свою наценку, пока она не будет просто покрывать их издержки. Вместо того чтобы получать долю возросшего дохода от более высокой розничной цены, производитель получает все.

Объяснив, почему поддержания розничной цены не должно быть, мы все равно должны объяснить эту загадку: почему оно все-таки существует, почему некоторые производители пытаются заключить и исполнять соглашения по контролю над ценами, по которым могут продаваться их продукты?

Я — продавец дорогостоящей аудиотехники с высокой точностью воспроизведения. Чтобы продавать ее, я трачу заметную сумму на содержание демонстрационного зала, где потенциальные покупатели могут прослушать оборудование различных

производителей, проконсультироваться с продавцами-экспертами и решить, какой продукт купить.

Если судить по состоянию моего демонстрационного зала, дела идут хорошо; продавцы не стоят без дела. Но если судить по бухгалтерской отчетности, что-то не так; множество людей смотрят на товар, но почти никто не покупает. Пытаясь найти ответ на эту загадку, я выхожу на улицу освежиться. И за углом сразу же нахожу объяснение — новый магазин низких цен с маленьким офисом и без демонстрационного зала, который торгует по каталогу теми же товарами, что и я, но с 20% скидкой от моей цены. К двери приклеена карта, показывающая расположение моего демонстрационного зала.

Это проблема и для меня, и для производителей продаваемой мной аудиотехники. Поскольку клиенты могут получить мои дорогостоящие предпродажные услуги бесплатно, а потом приобрести товар у более дешевого конкурента, я прекращаю предоставление предпродажных услуг. Я закрываю демонстрационный зал, увольняю большую часть продавцов и снижаю цены, чтобы противостоять конкуренту. У клиентов больше нет возможности испытывать мои товары перед покупкой. В ответ они уходят к конкурирующим продавцам, продающим другие марки оборудования, марки, чьи производители поддерживают минимальную цену на свою продукцию, которой будет достаточно для покрытия расходов на продавцов и демонстрационный зал. Эти розничные продавцы предоставляют предпродажные услуги, поскольку твердо знают, что никто не сможет конкурировать с ними путем снижения цен.

Продажи с нагрузкой

Давным-давно, когда для компьютеров были нужны комнаты, а не столы, и когда они были только у крупных фирм и государств, существовала ком-

пания под названием IBM. Еще раньше IBM производила машины для сортировки карт, то есть довольно тупых предшественников цифровых компьютеров, которые обрабатывали информацию посредством сортировки бумажных карт с отверстиями, проделанными в них. IBM обладала почти полной монополией на продажу и лизинг таких машин. Одно из условий соглашения, которое впоследствии было признано незаконным, заключалось в том, что клиенты должны были использовать перфокарты, произведенные IBM. В чем причина?

В этом случае снова очевидный ответ: для того чтобы расширить монополию с машин для сортировки на сами карты. Но и в этом случае подобный ответ не убеждает.

Перфокарты на самом деле не являются высокотехнологичным товаром; многие фирмы могли их производить и производили. IBM могла потребовать от своих клиентов использовать ее перфокарты, однако не могла контролировать, какие именно карты применялись людьми, работавшими с другими машинами. Если бы IBM воспользовалась своей монополией на перфокарты, используемые машинами для сортировки IBM, подняв на них цену, в результате использование машин IBM стало бы более дорогостоящим. Но фирма могла бы достичь такого же результата намного более простым путем — просто подняв свои цены. Требование того, чтобы клиенты использовали дорогие перфокарты вместо дешевых, — это косвенный способ поднять цену на машину для сортировки перфокарт.

Напрашивается ответ, что IBM могла провернуть этот трюк с дорогими перфокартами потому, что ее клиентам просто некуда была уйти. Но это неверно. У клиентов есть возможность вообще не использовать машину для сортировки перфокарт, как и поступали многие фирмы. У них есть также возможность использовать машины, произведен-

ные другими фирмами, и они ею воспользуются, если IBM станет слишком дорогой.

Более основательный ответ состоит в том, что, раз IBM может требовать использования дорогих перфокарт, не теряя клиентов, это говорит о том, что фирма могла бы поднять цены на свои машины без потери клиентов, и именно так ей и следовало бы в данном случае поступить. Как только она достигла цены, максимизирующей прибыль, то есть цены, дальнейшее увеличение которой приносит ей убыток с продаж, превышающий рост дохода на одну продажу, любое дальнейшее увеличение цены, как машины, так и перфокарты, понижает, а не повышает прибыли.

И снова я объяснил слишком много. Показав, что у IBM не было причины требовать продажи перфокарт в нагрузку к машинам для сортировки, я должен объяснить, почему же они этого требовали.

Обычное объяснение состоит в том, что IBM беспокоилась о качестве перфокарт. Если что-то ломалось, ей, возможно, приходилось ремонтировать машину, но, если поломок было много, репутация фирмы могла пострадать. Один из способов контролировать качество — производить карты. Похожее объяснение было предложено для первого раунда разбирательств антимонопольных дел с участием другой гигантской компании, в своем роде тоже IBM, производившей оборудование для изготовления обуви.

Более интересное объяснение состоит в том, что IBM проводила изощренную политику дискриминационного ценообразования. Ценность одной и той же машины является разной для разных клиентов; в идеале IBM хотела бы взимать высокую цену с фирмы, которая активно использует сортировальную машину, а потому готова платить высокую цену и при этом взимать более низкую цену, которая, однако, достаточно высока, чтобы с лих-

вой покрыть издержки производства, с предельных потребителей.

Клиенты, готовые платить высокую цену, вряд ли известят об этом IBM. Но в среднем самые ценные клиенты являются одновременно клиентами, интенсивно использующими оборудование. Такие клиенты используют много перфокарт. Требуя, чтобы все клиенты использовали карты IBM, и взимая высокую цену за них, IBM на самом деле делает одну и ту же машину более дорогой для клиентов, которые используют ее более интенсивно. Сочетание дорогостоящих карт с менее дорогими машинами позволяет компании сохранить пользователей с малой загрузкой, которым высокая цена одного компенсируется низкой ценой другого, и при этом получать прибыль с пользователей с высокой загрузкой, которые вряд ли откажутся от своих машин.

Я не знаю, когда это объяснение продаж с нагрузкой было впервые предложено экономистами, но подозреваю, что юрист нас в этом обогнал. Один из первых случаев продаж с нагрузкой, которые мне встретились, был связан не с компьютером, а с печатным станком. В нагрузку продавалась бумага, используемая с этим станком. Адвокат, защищавший право компании навязывать подобную нагрузку, предложил простое объяснение. Если бы компания покрывала все свои издержки, постоянные и переменные, ценой станка, мелкие типографии не смогли бы его себе позволить. Взимая более низкую цену за станок и более высокую за бумагу, компания сделала их сочетание доступным для мелких типографий, которые не использовали много бумаги, покрывая при этом свои постоянные издержки дополнительными деньгами, зарабатываемыми на больших типографиях, которые использовали много бумаги. Это было именно экономическое объяснение продаж с нагрузкой как формы дискриминационного ценообразования,

объяснение с точки зрения монополиста, представленного в максимально благоприятном для него свете. И в нем правильно указывалось на выигрыш в эффективности, который дает ценовая дискриминация, то есть на *большую* величину выпуска продукции, обусловленную возможностью снизить цены для некоторых клиентов, в данном случае косвенно, не снижая их для остальных.

Хотя эти аргументы утверждают, что продажи с нагрузкой порой эффективны, из этого не следует, что они эффективны всегда. Один из минусов навязывания клиентам дорогих перфокарт в том, что они будут принимать дорогостоящие меры предосторожности, чтобы не использовать их больше необходимого. Это неэффективно, если издержки этих мер для клиента выше стоимости карт, сэкономленной IBM. Неэффективность, связанная с завышенной стоимостью карт, должна сопоставляться с выигрышем в эффективности от того, что компьютеры стали доступны для клиентов, которые используют их не столь активно и которые в противном случае ушли бы с рынка из-за цены. Теоретические основания для предсказания конечного результата отсутствуют; конечный результат может быть как положительным, так и отрицательным.

Выводы?

Эта глава в основном была посвящена объяснению проблем, а не анализу правовых альтернатив. Одна из причин в том, что и антимонопольная теория, и антимонопольное право — это очень сложные области, которыми я довольно мало занимался. Но на данном этапе стоит, по крайней мере, попытаться подытожить эту тему с правовой, а не с чисто экономической точки зрения.

Антимонопольное право в конечном счете предлагает три разных подхода к снижению издержек,

связанных с монополией: контроль формирования монополий, регулирование монополий и контроль попыток злоупотребления законной монополией.

Формирование монополий контролируется тремя разными способами. Во-первых, за счет ограничений слияния крупных фирм в том случае, если антимонопольный комитет полагает, что слияние будет оказывать «антиконкурентное» воздействие. Если две фирмы желают провести слияние и одна из них контролирует 40% рынка солений, а вторая — 50%, антимонопольный комитет может прийти к мнению, что 90% рынка солений — это слишком близко к монополии, чтобы слияние можно было позволить. В принципе, его решение основывается не только на доле рынка, но и на том, насколько легко будет другим производителям солений расширить производство, а другим фирмам — войти на этот рынок, если фирма, образовавшаяся при слиянии, попытается эксплуатировать потребителей солений, завысив цены, а также на том, захотят ли потребители заменить соленья чем-то другим, если те станут слишком дорогими. Если в итоге антимонопольный комитет выступит против слияния, у фирм есть выбор — либо не проводить его, либо заставить одну из них до слияния передать свой бизнес по производству солений новой компании.

Второй способ контроля формирования монополий заключается в ограничении поведения, которое, как считается, их производит, в частности ограничении хищнического ценообразования, то есть продажи товара ниже себестоимости с целью вытеснить конкурентов и создать монополию. Ранее я доказывал, что подобные ограничения являются лекарством от мнимой болезни, однако антимонопольный комитет может не всегда с этим согласиться. Подобные аргументы применимы и к контролю над продажами с нагрузкой, и к соглашениям о поддержании розничной цены.

Последний и наиболее важный способ контроля формирования монополий заключается в том, чтобы затруднить для фирм в концентрированных отраслях сотрудничество и создание реальной монополии, фактически картеля, за счет совместного удержания продаж на низком уровне, а цены — на высоком. Один из приемов, позволяющих помешать им в этом, — отказаться от обеспечения исполнения по суду картельных соглашений, что уже сделано в США, а затем и в Великобритании. Другой способ — сделать такие соглашения, включая секретные договоренности о фиксировании цены, незаконными.

В США регулируемыми монополиями являются по большей части коммунальные службы (поставщики электричества, природного газа, воды, телефонной связи) и регулирование в основном осуществляется на уровне штатов. По уже обсуждавшимся мной причинам, неясно, можно ли доверять комиссиям по вопросам деятельности коммунальных служб в том, что касается достижения эффективных результатов, могут ли они добиться их, если попытаются, и точно ли они оказывают какое-то значимое влияние на регулируемые ими отрасли. Представляется, что теоретическое правило — приравнять цену к предельным издержкам и найти деньги где-то на стороне, чтобы покрыть разницу между предельными и средними издержками, — не вызывает затруднений. Но с его применением на практике не все так просто.

Контроль попыток злоупотребления законной монополией выводит нас на темы, которые я ранее обсуждал, отнеся их к общей рубрике расширения монополий. Мои доводы указывают на то, что, хотя рассматриваемое поведение может быть результатом монополии и может действительно увеличить монопольные прибыли, неясно, будет ли от этого большинству из нас хуже. Поэтому точно так же неясно, есть ли какие-то веские причины ограничивать подобное поведение.

Антимонопольное законодательство следующего поколения

В течение примерно десяти лет, то есть, грубо говоря, в 80-е годы, федеральная антимонопольная деятельность осуществлялась в достаточно ограниченном объеме, что отчасти объяснялось влиянием аргументов вроде тех, что я представил, аргументов, которые указывают на то, что антимонопольная деятельность приносит больше вреда, чем пользы. Но в последнее время она снова усилилась и ее главной мишенью стала компьютерная индустрия. Главный пример в настоящее время — это антимонопольный суд над компанией *Microsoft*.

Одна из причин, возможно, в том, что программное обеспечение представляет собой особенно яркий пример естественной монополии. Как только компьютерная программа создана, стоимость производства дополнительных копий близка к нулю, поэтому чем больше копий вы продадите, тем ниже будут средние издержки. В результате в любой момент времени, в каждой нише, скорее всего, будет один доминирующий продукт — один доминирующий текстовой процессор, одна доминирующая программа для редактирования изображений. В настоящее время такими лидерами являются Microsoft Word и Adobe PhotoShop.

Стэнли Либовиц, экономист, изучающий такие рынки, провел интересный эксперимент. Он изобразил в виде диаграммы доли рынка в каждой из множества ниш, соотнеся эти доли со средним рейтингом программ в обзорах компьютерных журналов. Обнаружилась удивительная закономерность. В каждый конкретный момент времени обычно имелся доминирующий продукт. Он сохранял свое доминирующее положение, пока один из конкурентов не начинал устойчиво получать более высокие оценки, и в этот момент этот кон-

курент быстро захватывал рынок. В отрасли, в которой сделать еще один миллион копий стоит относительно недорого, когда программа уже создана, доля на рынке меняется с поразительной скоростью.

Американскую форму брака называли последовательной полигамией, а индустрия программного обеспечения оказывается ярким примером последовательной конкуренции. В любой момент времени есть доминирующий продукт, но то, какой именно продукт господствует, со временем меняется. За относительно непродолжительную историю персонального компьютера на машинах Intel сменилось несколько электронных таблиц: сначала это были VisiCalc, первые электронные таблицы, потом Lotus 123 и, наконец, Microsoft Excel. Доминирующим текстовым процессором сначала был WordStar, но потом им стал WordPerfect, за которым последовал Microsoft Word.

Вы можете прийти к выводу, что здесь есть определенная закономерность. Так же решил и антимонопольный комитет. Компания *Microsoft* не всегда была победителем; к примеру, компания *Adobe* продолжает доминировать в ряде связанных друг с другом рыночных ниш, включающих компьютерную графику и настольные издательские системы. Однако принадлежащая *Microsoft* доля успешных программных приложений высока и продолжает расти. Одно из объяснений, предложенное конкурентами компании, утверждает, что владение операционной системой (сначала MS DOS, а потом Windows) дало *Microsoft* несправедливое преимущество в создании программ, поскольку компания лучше всех остальных разбиралась в исходном коде, с которым взаимодействует это программное обеспечение.

Хотя это объяснение кажется разумным, оно на самом деле не очень хорошо объясняет то, что в действительности произошло. Хотя у компании

Microsoft есть такое преимущество, оно ограничивается машинами с операционными системами этой компании, так что приложения *Microsoft* должны были бы добиться успеха только или по крайней мере в основном на платформах Intel. Однако Word и Excel — доминирующие текстовой процессор и электронные таблицы не только на Windows, но и на компьютерах Macintosh.

Очевидное объяснение этого факта в том, что компания *Microsoft* использовала свое преимущество в операционной системе, чтобы добиться господствующего положения в мире Intel, а затем распространить свое влияние с него на Macintosh, воспользовавшись желанием собственников Macintosh использовать продукты, совместимые с тем, чем пользовались другие люди. Хотя это объяснение кажется логичным, оно не соответствует историческим фактам. В ранние годы Macintosh господствующим текстовым процессором на платформах Intel был WordStar. Тогда как основным текстовым процессором на «маках» был Word. На рынках и текстовых процессоров, и электронных таблиц Microsoft сначала добилась господствующего положения на рынке *Macintosh*, где она имела такой же доступ к операционной системе, как и любой другой производитель, и уж точно меньший, чем у компании *Apple* (которая производила конкурирующий текстовой процессор), и уже потом расширила это господство на мир DOS/Windows.

Кое-что старое, кое-что новое: сетевые внешние эффекты и миф Qwerty/Дворак

Наиболее поздняя версия экономической теории, объясняющая монополию и оправдывающая антимонопольные действия, выступает под именем «сетевых внешних эффектов». Основная идея в этом случае состоит в том, что экономия на масштабе

может быть связана не только с производством, но и с потреблением. Мне удобно применять тот же текстовой процессор, что у людей, с которыми я собираюсь обмениваться документами, поэтому чем больше людей используют Word, тем сильнее у меня стимул отказаться от моего верного WriteNow и делать как все. Удобно, когда по моему телефону можно связаться с максимальным количеством людей, так что чем больше размер телефонной сети, тем большую пользу он приносит каждому пользователю. Как и в случае экономии на масштабе производства, вероятным результатом в таком случае становится естественная монополия.

Классическим примером реального значения подобного эффекта является клавиатура Qwerty, то есть расположение клавиш на стандартной печатной машинке. Согласно общепринятой истории, раскладка Qwerty была первоначально придумана для того, чтобы замедлить машинисток с целью смягчения проблемы залипания клавиш на первых пишущих машинках. Успеха она достигла благодаря тому, что ею пользовался единственный на тот момент переписчик на машинке, использовавший метод слепой печати и принимавший участие в одном из первых соревнований на скорость набора. Как только эта раскладка утвердилась, она смогла удерживать свое положение благодаря силе сетевых внешних эффектов, несмотря на наличие существенно превосходящей ее альтернативы, а именно клавиатуры Дворака. В мире, где господствовали машинки Qwerty, практически никто не хотел учить клавиатуру Дворака.

Несколько лет назад Стэнли Либовиц и Стивен Марголис опубликовали статью под названием «Басня о клавишах» (The Fable of the Keys), в которой показано, что ни один факт из этой истории не подтверждается. Qwerty была разработана для предупреждения залипания клавиш не путем замедления печатающих, а за счет разнесения

пар букв, которые часто следовали друг за другом, на разные стороны клавиатуры, так что на первых машинках приходилось переходить от одного ряда клавиш к другому; эта схема и сегодня остается рекомендуемой, поскольку она означает, что печатающие больше будут печатать двумя руками, что быстрее и не так утомительно. На ранних этапах действительно проводились соревнования среди машинисток, различные машинки выигрывали разные конкурсы, причем зафиксированные результаты показывают, что не было никакой одной-единственной машинистки со значительным преимуществом в скорости.

Возможно, наиболее печальный из полученных ими результатов относился не к Qwerty, а к ее конкуренту. Насколько они смогли выяснить, значительное превосходство клавиатуры Дворака было продемонстрировано только в испытаниях, которые проводил сам Август Дворак, ее изобретатель. Защитники теории сетевых внешних эффектов, считающие историю о клавиатурах Дворака и Qwerty подтверждением своей теории, отнеслись к рекламному славословию как к научным данным. Испытания, проведенные независимыми третьими сторонами, заинтересованными во внедрении новой раскладки, показали, что она, самое большее, на несколько процентов быстрее существующего стандарта.

Либовиц и Марголис не утверждали, что аргумент о сетевых внешних эффектах не может работать, хотя и доказали, что в основном он описывает другими словами феномен, уже известный в контексте экономии на масштабе производства и естественной монополии. Они, однако, заявили, что, по крайней мере в случае пишущей машинки, сетевые внешние эффекты были не важны. В конце концов, хотя некоторым машинисткам нужно уметь переходить с одной машинки на другую, у многих других такой потребности нет. Многие писате-

ли предпочитали работать на одной-единственной пишущей машинке, особенно во времена механических пишущих машинок, которые отличались друг от друга значительно сильнее современных компьютерных клавиатур. Стоимость модификации пишущей машинки для изменения раскладки клавиатуры никогда не была слишком большой, а потом стала и намного меньше, когда IBM внедрила наборно-пишущую машинку Selectric, которая допускала использование многих заменяемых шрифтоносителей. Еще больше они снизились, когда мир с пишущих машинок перешел на текстовые процессоры, поскольку раскладка компьютерной клавиатуры может быть отображена в программном обеспечении. Каждый компьютер Apple IIc поставлялся со встроенным переключением, позволявшим переключать раскладку Qwerty на раскладку Дворака.

Если бы раскладка Дворака был намного лучше, как утверждали его сторонники, она должна была бы быстро добиться доминирующей позиции среди тех, кому не нужно было уметь использовать пишущие машинки других людей. Показав там свое превосходство, раскладка Дворака должна была получить быстрое распространение. И к настоящему времени Qwerty должна была отправиться на помойку. Этого, однако, не случилось.

Похожий вопрос возникает в контексте программного обеспечения, в котором совместимость снова становится значимой ценностью. И в этом случае Либовиц и Марголис приводят доказательства того, что, хотя факт использования другими людьми определенного текстового процессора может повысить его ценность для меня, этот эффект не представляется слишком значительным. Если главная проблема при принятии решения о том, какой текстовой процессор использовать, заключается в том, какой процессор используют все остальные, и, если такая же проблема возникает в связи с другими продуктами, тогда первый доминирую-

щий продукт должен был бы стать и последним, поскольку ни один конкурент никогда не имел бы шанса вступить в конкуренцию. Из этого следует, что в настоящее время я должен использовать WordStar или MacWrite, а VisiCalc все еще должна владеть миром электронных таблиц. Но этого тоже не случилось.

Они также приводят некоторые косвенные доказательства. Предположим, что есть две одинаково хорошие программы текстовых процессоров, одна с долей в 95% рынка, а другая — с долей в 5%. Если сетевые внешние эффекты важны, доминирующая программа должна быть намного более ценной для пользователей, чем конкурирующая программа, то есть, к примеру, должна стоить на 100 долларов дороже. Рациональный монополист должен был бы соответственно поднять свою цену, чтобы воспользоваться желанием своих клиентов платить ее. Он не будет поднимать ее на целых 100 долларов, поскольку при этой цене его конкурент мог бы начать расширять свое производство, но, подняв ее на какую-то меньшую величину, скажем на 50 долларов, он мог бы и сохранить свою монополию, и использовать ее.

Из этого следует, что, если внешние эффекты важны, господствующий продукт в каждой нише должен стоить дороже своих конкурентов. Но эмпирически это не подтверждается. В этом случае вывод опять-таки не в том, что сетевых внешних эффектов не существует, а в том, что они, судя по всему, не имеют настолько большого значения, по крайней мере на этом рынке.

Я многое сказал о предпосылках недавних антимонопольных мероприятий, но очень мало о деле, которое сегодня представляется наиболее громким примером. Одна из причин в том, что ко времени выхода этой книги дело компании *Microsoft*, скорее всего, закончится, и в заголовки попадет что-то другое. Другая же в том, что я не настолько по-

дробно знаком с тонкостями аргументации в этом деле, с доказательствами за и против, чтобы мне хотелось предложить свое мнение относительно того, действительно ли компания *Microsoft* совершала все те нехорошие вещи, в которых ее обвиняют конкуренты.

ГЛАВА 17

Другие пути

ПРЕДМЕТОМ экономического анализа права является право — любое право во все времена и в любых местах. Пока мы, однако, применяли его почти исключительно к современному англо-американскому праву. В этой главе я раздвину рамки обсуждения, чтобы рассмотреть три очень разные системы правовых норм. Две из них являются историческими правовыми системами: Исландия периода саг и Англия XVIII века. Третья — это система не права, а норм, исполняемых в частном порядке правил, которые действуют в нескольких часах езды от того места, где я живу, и в некоторых категориях споров имеют приоритет перед государственным правом штата Калифорния.

Одна из причин обращения к этим системам в том, что это позволит понять, насколько хорошо подходит к ним наша теория. Другая — расширить границы нашего мышления, представить другие решения проблем, с которыми работает наша правовая система. Третья состоит в том, что этот подход предлагает реальные данные о том, как такие альтернативные решения могли бы работать и с какими проблемами могли бы столкнуться, и эти данные будут полезны нам в следующей главе, где я рассматриваю возможности радикальной перестройки нашей правовой системы.

Частное право — в полном смысле слова

У истоков мифической истории каждой страны стоит добрый сильный правитель, который, собственно, и создал ее: Джордж Вашингтон, Альфред Великий, Карл Великий. История Исландии тоже начинается с сильного правителя. Его имя — Харальд Харфагр. Он жил в IX веке; его главное достижение в том, что он превратил группу слабых королевств со слабыми королями в одно большое королевство с сильным королем.

Это большое королевство называлось Норвегией. Основными занятиями жителей были земледелие, рыболовство и пиратство; это были те, кого мы сегодня называем викингами. Очень многие из них были недовольны произведенным Харальдом пересмотром традиционной политической системы, так что они погрузили на свои ладьи семьи, друзей и столько скота, сколько смогло уместиться, и отправились на недавно открытый остров в пустынной части Северной Атлантики. Так появилась Исландия, если верить рассказам самих исландцев.

Когда в начале X века исландцы захотели создать свою собственную правовую систему, они строили ее на основе традиционного норвежского права, за одним важным исключением. Они решили, что смогут обойтись без короля. Результатом стала политическая структура, имевшая законодательное собрание и суды, но не имевшая центральной исполнительной власти, в которой был только один государственный служащий — законоговоритель (*logsogumaðr*), работа которого состояла в председательствовании в законодательном собрании, юридических советах и публичном чтении вслух всего кодекса законов один раз за всю трехлетнюю службу. Если перевести это на современный американский язык, они исключили одну ветвь власти. Без исполнительной ветви власти, которая пре-

следовала бы за совершение преступления, трудно создать систему уголовного права. Так что от нее они тоже отказались.

Исландская система строилась вокруг должности *goði*, что обычно неправильно переводят как «вождь». Обычный исландец-землевладелец был включен в правовую систему за счет того, что был тингменном определенного *goði*. Это отношение было добровольным; тингменн имел полное право перейти от своего нынешнего *goði* к любому другому, который согласится его взять. В Исландии существовало 39 *Goðar* (множественное число от *Goði*), когда была установлена система, потом их число увеличилось до 40. Право быть *goði*, называвшееся *goðorð*, было частью передаваемой частной собственности, чем-то вроде франшизы Макдоналдса. Вы могли стать *goði* по наследству или же приобретя *goðorð* у того, кто готов от него отказаться.

Мы — исландцы X века; я подозреваю, что вы рубили лес на моей земле, и решаю возбудить дело. Первый шаг — публично спросить вас, кто ваш *goði*, поскольку отношение между нашими *goðar* будет определять то, в каком суде я могу выдвинуть против вас иск, точно так же как вопрос о том, гражданами какого штата являются американские стороны в наши дни, может определять, в юрисдикции какого суда находится их дело.

Как только суд определен, я подаю иск о возмещении убытков, подобный современному иску по деликту. Вы можете поступить как пожелаете — явиться в суд для ответа по делу или, наоборот, не явиться; не существует полиции, которая могла бы арестовать вас и продержать до судебного слушания, как это было бы в современном уголовном деле. Суд выносит приговор: вы должны компенсировать мне убытки в размере 20 унций серебра. Судьи расходятся по домам. Вы можете заплатить, но можете и не платить.

Если вы не платите, я инициирую вторую юридическую процедуру, чтобы объявить вас вне закона. Как только вас объявят вне закона, я или любой другой человек можем безнаказанно убить вас. Любой, кто поможет защитить вас, сам нарушит закон, а потому против него можно будет подать иск.

Современное деликтное и договорное право порой называют частным правом, по контрасту с публичным (уголовным) правом, поскольку исполнение деликтного и договорного права происходит за счет частного обвинения жертвы, тогда как уголовного — за счет публичного обвинения со стороны государства. Однако исландская гражданская система была частным правом в более сильном смысле. Частным было не только обвинение по делу, но и приведение приговора в исполнение. В исландской системе все право было гражданским. Только что описанная мной правовая процедура, применявшаяся в случае, когда вы нарушили мои права собственности на мой лес, с тем же успехом могла описывать и последовательность правовых действий в случае, если бы вы убили моего брата.

Это описание исландской правовой системы указывает на некоторые очевидные проблемы. Одна из них — стабильность. Что мешает хорошему бойцу с кучкой крепких друзей нарушать право и игнорировать любые приговоры, если он уверен в том, что никто не осмелится выступить против него? Похожая проблема возникает, когда жертва относительно бедна и не имеет друзей, когда у нее нет достаточно ресурсов, чтобы возбудить дело или привести приговор в исполнение. К другим проблемам относятся правонарушения, которые сложно выявить (в девяти случаях из десяти вор уходит незамеченным, в одном случае из десяти против него подают иск и он должен вернуть деньги), а также ответчики, в отношении которых нельзя выполнить решение суда в силу отсутствия у них имуще-

ства. Зачем подавать в суд на того, у кого нет денег на выплату штрафа?

Исландская правовая система выработала определенные решения всех этих проблем, хотя и несовершенные. Рассмотрим первую и наиболее серьезную опасность, а именно риск того, что могущественные люди будут регулярно игнорировать приговоры судов, разрушая всю систему в целом.

Могущественные люди в исландских сагах иногда пытаются проигнорировать приговоры судов или же силой воспрепятствовать работе правовой системы, однако в долгосрочной перспективе они редко добиваются успеха. Одна из причин в том, что любое столкновение между двумя сторонами будет порождать ущерб и новую цепочку дел, которые сторона, защищающая того, кто вне закона, проиграет, поскольку защита того, кто вне закона, сама является незаконной. Следовательно, у проигрывающей стороны есть выбор — либо заплатить результирующее возмещение убытков, либо проигнорировать их и тем самым вовлечь еще больше людей в коалицию против того, кто вне закона, и его защитников.

Моим любимым примером внутренней стабильности системы является одна из сцен в «Саге о Ньяле». Проводится судебное расследование, ситуация становится неуправляемой, и кажется, что обе стороны готовы броситься друг на друга посреди зала суда (находящегося на открытом воздухе). Представитель одной из сторон спрашивает сочувствующего, но сохранявшего нейтралитет человека, что он сделает, чтобы помочь. Тот отвечает, что приведет своих вооруженных сторонников. Если сторонники его друга проигрывают, они могут укрыться за его людьми. Если сторонники его друга выигрывают, он со своими людьми остановит схватку, прежде чем побеждающая сторона успеет убить больше людей, чем сможет оплатить. Это означает, что, даже когда дела идут плохо, каждый

знает, что в конце концов за убийства придется платить, компенсация за убийство была чрезвычайно высокой, поэтому идея об убийстве противников становилась весьма дорогостоящей.

До сих пор я предполагал, что даже если ответчик по деликтному иску был сильнее истца, имел больше друзей, готовых вступиться за него, у истца было по крайней мере достаточно ресурсов, чтобы поддерживать обвинение. Но что, если истец был относительно бедным и беспомощным, например стариком без сыновей?

Решение заключалось в создании возможности уступки права требования по деликтным искам. Слабая жертва деликтного дела продает свое право требования по иску соседу, у которого достаточно сил, чтобы поддержать обвинение. Сколько именно она получит, зависит от того, какую сумму сосед надеется взыскать и насколько сложным, по его мнению, будет судебное преследование. Если с ответчиком справиться непросто, жертва может отказаться от дела в пользу своего соседа бесплатно или даже предложить поучаствовать в оплате издержек. Взамен она получает устрашение — доказательство того, что люди, причиняющие ей ущерб, должны будут платить возмещение, даже если она сама это возмещение не получит. Она находится в той же ситуации, что и современная жертва деликта, которой присуждение возмещения убытков просто покрывает судебные издержки, — или в той же ситуации, что и современная жертва преступления. Осужденные преступники если и платят штрафы, то государству, а не жертве.

Наша правовая система не позволяет уступать права требования по нерешенным деликтным искам. В этом отношении мы, по крайней мере на тысячу лет, отстаем от правовой технологии самого высокого уровня. Однако мы достигаем того же результата, правда, менее удачным и косвенным образом. Когда адвокат берется ве-

сти судебное дело в качестве обвинителя с условием оплаты по результату, он соглашается получить долю в возмещении по иску. Если он проиграет, то ничего не получит; но если выиграет, то получит определенную долю возмещения, установленного судом.

Что можно сказать о правонарушениях с низкой вероятностью выявления? Исландская система пыталась решить эту проблему, рассматривая сокрытие преступления как еще одно правонарушение. Законопослушный исландец, который случайно убил кого-то, — подобные вещи случаются в обществе, в котором участие в походе викингов играло ту же роль, что у нас играет обучение в колледже или несколько лет, проведенных за границей, — должен был тут же сообщить о факте убийства, назвав свое собственное имя и имя жертвы какому-нибудь человеку, живущему поблизости. Если он не делал этого или, хуже того, скрывал тело, он становился виновным не просто в убийстве, но более тяжком преступлении — убийстве предумышленном. Если его ловили, его правовое положение оказывалось в таком случае хуже, кроме того, сам акт сокрытия преступления считался чем-то постыдным.

Проблема неплатежеспособности ответчиков решалась разными способами. Один состоял в неформальных кредитных соглашениях; осужденный ответчик мог получить помощь в выплате штрафа от друзей и родственников в обмен, хотя и негласный, на будущие услуги. Другим способом было временное рабство (долговое рабство), при котором ответчик отрабатывал свое наказание. Наконец, тот факт, что ответчик, который был не в состоянии заплатить, мог быть объявлен вне закона, так что ему оставалось либо уехать из Исландии, либо быть убитым, приводил к тому, что ответчик был заинтересован в том, чтобы постараться исполнить решение суда.

Исландская система была создана в 930 году н. э. Первые серьезные трудности возникли незадолго до 1000 года в виде столкновений между языческим большинством и христианским меньшинством, которое поддерживал король Норвегии. Обе стороны дали согласие на третейский суд, который проводил (языческий) законоговоритель. Его вердикт гласил, что христианство станет официальной религией Исландии, а языческий культ будет допускаться в частном порядке.

Примерно через 150 лет возникла другая серьезная проблема, распря между двумя влиятельными группировками, одна из которых пыталась силой помешать другой инициировать правовые процедуры, необходимые для возбуждения против нее судебного дела. Верх взяли более трезвые головы, и это дело также было решено третейским судьей.

Наконец, где-то с 1200 года начался период все более ожесточенных конфликтов, который привел к окончательному распаду исландской системы. В 1262 году три четверти исландцев проголосовали за передачу страны под власть короля Норвегии. В 1263 году на это согласилась и северная четверть, что означало завершение исландского эксперимента. Он продлился 333 года.

Исландская система полностью частного права, на взгляд современного американца, представляется совершенно неработоспособной. Однако она работала достаточно хорошо, чтобы прослужить более трехсот лет и создать один из наиболее значительных литературных памятников. Наше слово «сага» первоначально обозначало совокупность рассказов и исторических романов, сочиненных в Исландии в описанный мной период и сразу после него, многие из них сегодня выходят на английском языке в популярных изданиях. Для населения в 70 тысяч человек, жившего в те давние времена на краю света, это серьезное достижение.

Без полиции или обвинителя: уголовное право в Англии XVIII века

Наш следующий эпизод ближе к нам и по времени, и по форме права. В Англии XVIII века теоретически существовала правовая система, значительно напоминавшая нашу, в том числе и тем, что в ней было различие между уголовным и деликтным правом. Но хотя в ней было уголовное право, в ней не было полиции, которая могла бы следить за его исполнением; первые английские полицейские силы были созданы не ранее 1830 года. Не было также и государственных обвинителей. Возникает вполне очевидный вопрос. Если нет ни полиции, ни обвинителей, кто же будет ловить преступников и предавать их суду?

Ответ в том, что, по нормам английского права, любой англичанин мог выдвигать обвинение по любому преступлению. На практике частным обвинителем обычно выступала жертва.

Это создает вторую проблему. У истца по деликту есть очевидный стимул подать в суд; если он выиграет, он получит возмещение убытков. Частный истец по уголовному делу ничего не получает; если он выиграет дело, ответчика повесят, сошлют на каторгу или, возможно, помилуют. Зачем тогда предъявлять иск?

Один из возможных ответов состоит в том, что обращение в суд производилось в надежде на достижение внесудебного соглашения. Истец мог ничего не получить от приговора, однако ответчику грозили весьма существенные убытки, он даже мог потерять жизнь, поэтому он был готов оплатить истцу убытки, чтобы тот забрал обвинение. Подобные соглашения были законными и одобрялись, когда шла речь о незначительных преступлениях; они были незаконными в случае преследования за тяжкие преступления, но, по всей видимости, все равно имели место.

Вторая причина, для того чтобы начать судебное преследование, заключалась, как и в Исландии периода саг, в том, что таким образом добивались устрашения. Предположим, я занимаюсь бизнесом, который очень слабо защищен от кражи, — например, имею красильню, где множество отрезов тканей сушится на открытом воздухе. Подавая в суд на вора, я приобретаю репутацию, которая может отпугнуть других воров. Тот же самый мотив, устрашение как частное благо, все еще работает и сегодня, о чем свидетельствуют вывески «Мы преследуем воров по суду» на некоторых магазинах. Как указывает этот пример, даже в нашей правовой системе уголовное преследование на практике является в определенной мере частным, поскольку жертве часто приходится прикладывать немало усилий для того, чтобы добиться осуждения преступника.

Большинство людей не предполагают, что станут жертвой множества преступлений, и не могут обоснованно полагать, что сумеют создать репутацию, подавая в суд на правонарушителей. Для них англичане XVIII века придумали оригинальную альтернативу: ассоциации судебного преследования уголовных преступников.

В каждом небольшом городе, как правило, работало по одной такой ассоциации, которых в общей сложности было образовано несколько тысяч. Каждый член платил небольшой годовой взнос. Деньги можно было потратить на судебное преследование любого человека, совершившего тяжкое преступление против любого члена общества. Список членов публиковался в местной газете, чтобы его могли прочитать местные преступники. Таким образом, ассоциация судебного преследования служила в качестве механизма гарантии исполнения обязательства, позволяя потенциальной жертве уверить потенциальных преступников в том, что преступления против нее будут преследовать-

ся по суду, тем самым устрашение из общественного блага превращалось в частное. Инициированное мною преследование может лишь слегка поднять общий уровень обвинительных приговоров, а потому дает лишь бесконечно малый прирост в сдерживании преступлений, если пересчитать на всех, но теперь оно существенно поднимает уровень обвинительных приговоров людям, совершившим тяжкие преступления против членов моей ассоциации, что дает существенный прирост в сдерживании правонарушений, выгодном всем нам.

Чтобы сдерживание могло быть частным благом, преступник должен знать, кто его жертва, то есть в контексте XVIII века он должен был знать, что жертва является членом определенной ассоциации судебного преследования преступников. Это создает проблему в случае правонарушений с анонимными жертвами, таких как разбой на большой дороге, то есть преступлений, при которых преступник не знает, кто его жертва, а потому не знает, взяла ли она на себя обязательства по судебному преследованию. В середине века в ответ на наблюдаемую проблему неадекватных стимулов к судебному преследованию английские власти на национальном и местном уровнях учредили систему наград, иногда достаточно щедрых, за успешное судебное преследование. Это привело к некоторым новым проблемам, к которым мы вернемся в следующей главе.

В дополнение к частному судебному преследованию английская система уголовного права в XVIII веке обладала еще одной странной чертой, а именно особой системой наказаний. Но сначала сделаем небольшое историческое отступление.

В средневековой Англии (и некоторых других странах) католическая церковь претендовала на высшую власть над духовными лицами, то есть священнослужителями и монахами. Духовное лицо, признанное в королевских судах виновным в пре-

ступлении, караемом смертной казнью, могло «сослаться на неподсудность духовенства», и тогда его дело передавалось в церковные суды, которые не выносили смертных приговоров. В обществе, в котором отсутствовала система бюрократической регистрации, это привело к еще одной проблеме: кого считать духовным лицом и как суд мог решить, удовлетворяет ли определенный ответчик критериям, определяющим это лицо? Проблему решили с помощью простого правила: духовным лицом считался любой, кто умел читать. Традиционно грамотность проверяли тем, что просили ответчика прочитать определенный псалом из Библии, который получил название «шейного» или «спасительного псалма», поскольку, если вы его знали, это могло спасти вас от виселицы. Неграмотные, но одновременно предусмотрительные преступники заучивали этот псалом наизусть.

Со временем два процесса привели к тому, что система во все меньшей степени стала соответствовать своей предполагаемой цели. Один заключался в распространении грамотности, в результате которой все больше мирян могли претендовать на льготы, данные духовенству. Другим стала протестантская Реформация. К XVI веку в Англии больше не было церковных судов, разбиравших те правонарушения, ответчики по которым могли бы сослаться на неподсудность духовенства. В итоге неподсудность духовенства превратилась из правовой нормы, предоставлявшей церкви власть над своими собственными служителями, в билет на свободу, которым пользовались преступники.

Правовая система отреагировала на это разными способами. Один состоял в том, что более серьезные правонарушения были объявлены «не защищенными правом духовенства»: ответчики, обвиненные в них, больше не могли сослаться на неподсудность духовенства. К XVIII веку почти все серьезные правонарушения, включая кражу 40 шиллингов

или более, а также взлом и проникновение, напугавшее жителей дома, которые подверглись ему, стали считаться тяжкими преступлениями, на которые не распространялась неподсудность духовенства. Согласно закону, наказанием за такое тяжкое преступление была смертная казнь через повешение. То есть на первый взгляд Англия XVIII века являет собой правовую систему, в которой все серьезные преступления карались смертной казнью.

Эта видимость во многих отношениях обманчива. Коллегия присяжных, которая полагала, что ответчик виновен, но считала при этом предписанное по закону наказание слишком суровым, могла вместо этого осудить ответчика за менее тяжкое сопутствующее правонарушение, что получило название «ложь во спасение». Если ответчика осуждали за преступление, караемое смертной казнью, суд мог предложить помиловать и заменить казнь высылкой, и тогда он соглашался на то, чтобы его отправили в Новый Свет или же продали в долговое рабство на 14 лет. Если шла война, ответчиков могли помиловать с условием, что они согласятся пойти в армию или на флот. Беременная женщина могла сослаться на свой живот, то есть получить другое наказание, не смертную казнь, потому что, даже если она совершила преступление, караемое смертной казнью, не родившийся ребенок его не совершал. Соответственно, значительное число ответчиков, осужденных и приговоренных к повешению, просто получали помилование и отправлялись домой.

Как работала на практике эта система, позднее названная историками «кровавым кодексом», поскольку она в значительной мере опиралась на казнь? Одно исследование записей ряда судов пришло к выводу, что из всех ответчиков, обвиненных в тяжких преступлениях, на которые не распространялась неподсудность духовенства, только 40% осуждались по предъявленным обви-

нениям, тогда как другие осуждались за менее тяжкие преступления, не каравшиеся смертной казнью. Из числа этих осужденных только около 40% действительно подвергались казни. Таким образом, по крайней мере если судить по этой выборке, у человека, обвиненного в совершении преступления, караемого смертной казнью, был один шанс из шести быть казненным, что намного выше, чем в нашей правовой системе, однако значительно меньше того, что следовало из формальных правовых норм.

Кое-чего в этой картине не хватает — тюремного заключения, которое мы считаем нормальным наказанием за серьезное преступление. В Англии XVIII века тюремное заключение иногда применялось в качестве наказания за такие незначительные правонарушения, как бродяжничество. Тюрьмы использовались также для содержания осужденных преступников до судебных слушаний или до их повешения или высылки. Тюремное заключение как наказание за серьезное преступление появилось только в конце этого века.

Можем ли мы осмыслить эту систему наказаний с экономической точки зрения? Я думаю, что ответ на этот вопрос положительный.

Тюремное заключение опасного преступника — затратное предприятие, а Англия XVIII века была, по нашим меркам, бедным обществом. И казнь, и ссылка были намного менее дорогостоящими наказаниями. Когда осужденный преступник поступал на военную службу, чтобы спасти свою жизнь, издержки наказания для правительства, его применяющего, становились отрицательными, поскольку корона получала солдата за меньшую сумму, чем она должна была бы заплатить при его найме на открытом рынке.

Очевидной альтернативой нашей обычной форме тюремного заключения, — если мы на какое-то время забудем о чувствительности, свойственной нам как людям конца XX века, — является каторга,

то есть тюрьмы, в которых заключенные должны работать. Мой вывод, основанный на доступных данных, говорит о том, что каторга обычно не была, с точки зрения государства, привлекательным вариантом; издержки содержания, питания и охраны опасных преступников были значительно выше дохода, который можно было получить от их труда. Это, по крайней мере, как раз и стало одним из следствий краткосрочного эксперимента с карательным рабством в 1770 годах, когда Американская революция лишила Англию возможности высылать осужденных преступников в Новый Свет.

Другие данные дает нам история галерного рабства. Вопреки «Бен-Гуру» и другим вымышленным историям, галерное рабство является изобретением времен Возрождения; на военных судах греков и римлян гребцами обычно были свободные люди. Где-то к концу XV века средиземноморские державы начали использовать осужденных преступников в качестве гребцов. Эта практика быстро распространилась, что привело к массовому переходу от казни к галерному рабству как предпочтительному приговору для здоровых преступников мужского пола.

Чтобы понять произошедшее, необходимо вкратце обсудить экономику рабства. Чтобы использовать рабов с выгодой, рабовладелец должен получить от их труда больше денег, чем расходуется на их питание, охрану и надзор за ними. Насколько все это легко сделать, в значительной степени зависит от того, что именно делают рабы.

Надзирать за галерными рабами легко; поскольку они гребут в унисон, сразу видно, когда кто-то один не выполняет свой работы. Несложно также удержать их от побега, поскольку в цепях трудно плыть. Гребля на галере стала, с точки зрения рабовладельцев, идеальной формой рабского труда. История уголовного наказания указывает на то, что средиземноморские державы благодаря тако-

му рабскому труду получили то, чего у них ранее не было, а именно форму карательного рабства, выгода от которой превышала издержки, а потому, с точки зрения государства, оно было предпочтительнее казни. Галеры не очень пригодны для бурных вод Атлантики, поэтому Англия предпочитала ссылку.

Это объяснение поднимает еще один вопрос: почему галерное рабство возникло именно в этот период? У меня есть простой, хотя и умозрительный ответ. В классической античности и на протяжении почти всего Средневековья война на море заключалась по большей части в рукопашной схватке, то есть в наземных сражениях, проходивших на кораблях. Меньше всего на свете вы хотели бы, чтобы на ваших военных судах была безоружная команда в цепях, которая вас ненавидит. И только тогда, когда пушки стали достаточно эффективными, чтобы превратить военные корабли из плавучих армий в плавучие оружейные платформы, галерное рабство пригодилось в качестве военной технологии.

Таким образом, одно из объяснений наблюдаемой закономерности состоит в том, что в Англии и в других странах правовая система стремилась найти недорогие или, еще лучше, выгодные формы наказаний. Этим объясняется не только наличие казни и ссылки вместе с отсутствием тюремного заключения, но и помилование. Если судья приходил к выводу, что данный конкретный ответчик был хорошим парнем, который просто поддался искушению, а не закоренелым преступником, он мог также заключить, что объявить этому ответчику, что его повесят, а потом помиловать, — значит испугать его в достаточной мере, чтобы он больше не совершал никаких преступлений. Практически тот же принцип объясняет назначение наказания по усмотрению суда в современном праве. Он также объясняет правовую норму, которая позволяет душевнобольным (в достаточной степени) ответчикам, совер-

шившим уголовное преступление, избежать наказания. Если кто-то достаточно болен психически, чтобы его нельзя было запугать, возможно, стоит поместить его в лечебницу, чтобы избежать проблем в будущем, но не имеет смысла наказывать его. В одном случае вы прощаете ответчика, поскольку в наказании нет необходимости, а в другом — поскольку оно бесполезно.

Второе объяснение избирательного помилования в том, что оно позволяло снизить отрицательные внешние эффекты, создаваемые казнью. Повешение почти всегда влечет значительные издержки для человека, которого оно затрагивает самым непосредственным образом; и это одна из причин, чтобы вешать людей. Также оно может создать значительные издержки и для других — друзей, родственников, работодателей и налогоплательщиков, которым придется содержать иждивенцев, живших за счет осужденного преступника. Вряд ли эти издержки выполняют функцию сдерживания. Если большое число таких людей будут готовы пойти на то, чтобы дать показания в поддержку преступника на суде или подписать петицию, в которой попросят короля его помиловать, это говорит о том, что такие издержки достаточно высоки, что само по себе является причиной избежать их, помиловав осужденного.

До сих пор я предполагал, что помилования основывались на информации о заключенном, получаемой судебной системой. Альтернативный способ рассмотреть их—истолковать в качестве товара, продаваемого на определенном рынке. Прошение работодателя осужденного может дать информацию о характере или производительности осужденного. Прошение от дворянина с большим политическим влиянием, который, возможно, никогда не встречался с осужденным и вряд ли много о нем знал, не давало такой информации, по крайней мере напрямую. Однако такое прошение, ве-

роятно, оказывало намного большее воздействие на исход дела, чем прошение от близких друзей осужденного.

Представьте себе, что вы обычный англичанин, который желает спасти жизнь другу, осужденному за преступление, караемое смертной казнью, скажем за кражу овцы. Один из вариантов — отправиться к какому-нибудь высокопоставленному лицу, с которым вы знакомы, например к местному сквайру, и попросить его вступиться за вашего друга. Таким образом, вы вступаете в неявный обмен одолжениями. Люди с низким статусом иногда имеют возможность принести пользу людям с высоким статусом, и вы неявно обязуетесь так поступить, например выказать достаточное уважение к сквайру на публике или же поддержать парламентского кандидата, которого он рекомендует.

У местного сквайра больше влияния на власти, чем у вас, но все же недостаточно, чтобы спасти заключенного от виселицы. Поэтому он пишет политически влиятельному местному пэру, прося его вмешаться ради одного из людей сквайра, достойного молодого человека, сбитого с пути дурной компанией. В этом случае снова происходит обмен в первую очередь не информацией, а услугами. Поддержка местных сквайров — это то, что, в числе прочего, делает местных пэров политически более влиятельными.

Суд, рассматривая такие петиции и принимая по ним решение, неявно предлагает осужденному преступнику выбор между штрафом и казнью. Штраф выплачивается не самим преступником, а его друзьями, при этом в форме услуг, а не денег. Этот штраф поступает, возможно через посредников, людям, которые могут повлиять на решение о помиловании. Если те, кто в конечном счете будет оплачивать штрафы, способны удержать своих друзей от совершения тяжких преступлений, подобная система создаст для них стимул поступить

именно так. Таким образом, она работает как коллективное наказание, напоминающее те, что наблюдаются в некоторых первобытных правовых системах, в которых штрафы выплачиваются не только преступником, но и другими его родственниками, что не слишком отличается от того, что, как мы отметили, имело место в Исландии периода саг.

Предоставляемые подобным образом помилования заменяют эффективным наказанием, штрафом, менее эффективное — казнь. Тем самым они обеспечивают ресурсами государство и тех, кто его контролирует. Следовательно, правовая система не только предоставляет механизм для снижения уровня преступности, но и повышает способность государства поддерживать свою власть. Если смотреть с точки зрения создания доверия к власти, это отличный способ добиться этой цели. Никому ничто не угрожает, за исключением виновного осужденного. Сквайр не притесняет своих арендаторов, а оказывает им услугу по их просьбе. Знание о том, что подобные услуги могут иногда понадобиться, дает каждому жителю деревни стимул быть учтивым по отношению к сквайру. В средневековой Англии короли открыто продавали помилования, что было способом получения денег. Один из способов объяснения помилования в XVIII веке — рассматривать их в качестве более ловкого варианта того же самого приема.

С точки зрения современного наблюдателя, система обеспечения исполнения права в Англии XVIII века, в которой не было ни полиции, ни государственного обвинения, ни тюремного заключения, которым бы карались тяжкие преступления, кажется нескладной и неработоспособной. Есть ли данные, которые показали бы, насколько хорошо она работала в сравнении с другими системами, существовавшими в те времена, или же в сравнении с современной системой?

К сожалению, существует очень мало хороших данных по уровню преступности до начала XX века.

Имеющаяся у нас информация указывает на долгосрочный тренд к снижению уровня убийств в Англии на протяжении нескольких столетий. Если говорить о более частном сравнении ситуации конца XVIII века, когда преследование по суду было частным, и ситуации начала XX века, когда уже существовала полиция и прокуроры, у нас несколько больше данных: показатели по осуждениям за убийства для первого периода похожи, если брать в подушевом выражении, на показатели по убийствам, известные полиции в последний период, что указывает на то, что система XVIII века и современная система работали примерно одинаково. Но не совсем ясно, в какой мере можно сравнивать эти статистические данные. И даже если бы мы знали, что уровни преступности были примерно одинаковыми в обеих системах, мы не знаем, как другие изменения, случившиеся за столетие, могли изменить их.

Более интересное сравнение можно провести между Англией и Францией. Франция в XVIII веке обладала современной системой отправления уголовного правосудия, оплачиваемой современной полицией, государственными прокурорами, тюремным заключением (а также вплоть до середины века галерным рабством). К концу века рухнуло именно французское государство с его современной системой, тогда как Англия продолжала править большей частью мира. Разумеется, могли быть и другие причины тому.

Наконец, вопрос еще и в том, почему англичане не внедрили современную систему раньше, чего требовали некоторые авторы тех времен. Возможно, причина была в том, что была такая система у французов, а французские институты, о чем знал каждый достойный англичанин, были порочными и тираническими. Более благосклонное объяснение состоит в том, что Англия потратила XVII и начало XVIII столетий на гражданскую войну, за кото-

рой последовала военная диктатура, а за ней — несколько успешных государственных переворотов, которые привели к восстановлению монархии Стюартов, ее замене Вильгельмом и Марией в результате Славной революции 1688 года и, наконец, к восшествию на трон Ганноверской династии. Возможно, эти конфликты прояснили одну вещь, а именно: если судебное преследование по уголовным делам контролировалось короной, друзьям короля может сойти с рук и убийство.

Эту проблему мы пока так и не решили. Рассмотрим окончательный результат трех недоказанных нарушений закона, совершенных за время моей жизни правоохранительными органами: расстрел двух членов партии «Черные пантеры» (когда те спали) чикагской полицией в 1969 году, незаконные поиски и задержание Стива Джексона Гейма (о чем было увлекательно рассказано Брюсом Стерлингом в его книге «Взлом хакера») секретной службой в 1990 году, наконец, убийства, совершенные федеральными маршалами и ФБР в ходе инцидента в Руби-Ридж в 1992 году. В каждом случае против лиц, совершивших эти деяния, либо никогда не возбуждались уголовные дела, либо выдвигались обвинения в гораздо менее серьезном нарушении, чем то, в котором они, по всей видимости, были виновны (в препятствовании отправлению правосудия, а не в убийстве), либо, что имело место в одном случае, были обвинены не тем государственным ведомством, на которое они работали. Ни один из попавших под подозрение государственных агентов не понес уголовного наказания. Но в каждом случае государство или агентство, участвовавшее в соответствующем деле, заплатило в итоге крупные компенсации по гражданским искам или произвело выплаты жертвам или их наследникам в рамках мирового соглашения. Уголовное преследование контролируется государством, а гражданское — жертвой.

Эти примеры указывают на важный момент, о котором в экономическом анализе права часто забывают: предпосылка о рациональности действует не только в отношении того, к кому применяется право, но и в отношении правоохранителей. Создавая правовые институты, мы не можем просто предполагать, что законодатели, судьи и полиция выйдут на улицы творить добро, то есть, если говорить в категориях экономиста, повышать эффективность. Мы должны также подумать и об их стимулах.

Порядок без закона: частные нормы в одном современном обществе

Третья история подводит нас еще ближе к дому, к одному сельскому калифорнийскому округу времен конца XX века. История начинается с Рональда Коуза и коров.

Рассмотрим двух соседей. Один — земледелец, а другой — владелец ранчо, чьи коровы случайно забредают на земли земледельца и съедают его зерновые. В соответствии с правовой нормой об *огороженном пастбище*, владелец ранчо несет ответственность за причиненный ущерб; закон обязывает его держать свой скот за ограждением. В соответствии с альтернативной правовой нормой о *неогороженном пастбище* земледелец обязан огородить свои земли, чтобы на них не заходил скот; если же он все-таки туда забредет, владелец ранчо ответственности не несет.

Одно из следствий проведенного Коузом анализа проблемы внешних эффектов, обсуждавшегося в главе 4, заключается в том, что, пока трансакционные издержки низки, выбор правила не оказывает влияния на поведение владельцев ранчо и земледельцев. Если эффективное решение состоит в том, чтобы земледелец огородил свои земли от скота

(обычно так происходит в том случае, когда имеется много земли для выпаса со свободно пасущимся скотом и лишь несколько разбросанных по этой территории ферм), именно это и произойдет, либо потому, что земледелец несет ответственность (правовая норма о неогороженном пастбище) и хочет избежать некомпенсируемых убытков, либо потому, что ответственность несет владелец ранчо (правило огороженного пастбища) и во избежание значительных расходов на то, чтобы держать скот за ограждением на собственных пастбищах, он платит земледельцу за то, что тот огородит свою территорию от скота. Аналогично, если эффективное решение — огородить скот на пастбищах, это и произойдет. Правовая норма всего лишь определяет, кто за это платит.

Так исторически сложилось, что округ Шаста в Калифорнии — это лоскутное одеяло из огороженных и неогороженных пастбищ; в одних частях округа собственники скота, забредающего на чужие территории, несут ответственность за причиненный ущерб, в других — нет. Правоведу Роберту Элликсону пришла в голову мысль, что это дает отличную возможность проверить рассуждения Коуза на примере из реальной жизни.

Но то, что он выяснил, оказалось очень странным, что порой случается, когда исследователи на время оставляют теорию, чтобы заняться наблюдениями. Предсказание Коуза было верным. Земледельцы, владельцы ранчо и люди, соединяющие в себе обе функции, вели себя одинаковым образом по отношению к отбившемуся от стада скоту, как при режиме огороженного пастбища, так и при режиме пастбища неогороженного. Но объяснение Коуза оказалось не соответствующим действительности: никаких побочных платежей не было. Земледельцы в условиях неогороженного пастбища не платили владельцам ранчо, чтобы те огородили свои собственные поля со скотом; вла-

дельцы ранчо в условиях огороженного пастбища не платили земледельцам, чтобы те огородили свои зерновые, защитив их от скота.

Дополнительные исследования дали простое и в то же время удивительное объяснение. Когда дело касается вопросов скота, нарушающего владения, и некоторых других вещей, закон штата Калифорния в округе Шаста не действует. Решение таких споров определяется не им, а системой неформальных норм соседского поведения, то есть негосударственной системой правил, принуждение к исполнению которых осуществляется в частном порядке.

Предположим, мои коровы забрели на ваши поля и начали поедать ваши кусты помидоров. Вы звоните мне, чтобы пожаловаться. Если я хороший сосед, я быстро приезжаю, забираю свой скот, приношу извинения и, если был нанесен существенный ущерб, предлагаю помощь, чтобы возместить его.

Предположим, что я плохой сосед: я приезжаю через три часа, не приношу извинений и не предлагаю помощь. Ваша первая реакция — пустить слух о моих подлинных отрицательных чертах, рассказать другим членам сообщества о моем недобрососедском поведении. Люди начинают оказывать мне холодный прием, мою жену перестают приглашать к соседям на бридж, а моих детей — поиграть домой к другим детям.

Предположим, это не работает; возможно, что у меня нет жены и детей, я крайне необщительный тип, который рад тому, что ему не приходится участвовать в дружеской болтовне с соседями. После второго или третьего случая, когда мой скот заходит на ваше поле, вы самостоятельно отгоняете его от своего поля и несколько миль гоните прочь от моей фермы. Через какое-то время я замечаю, что нескольких коров не хватает, и мне приходится потратить изрядное время и немало сил, чтобы найти их и вернуть на ранчо.

Некоторым читателям может прийти в голову мысль, особенно после обсуждения альтернативных наказаний в предыдущей части этой главы, что я мог бы применить более эффективное наказание. Восемь ваших коров заходят на мое поле. Я пускаю одну из них на гамбургеры, которые будут храниться у меня в морозильнике, — в конце концов, это сельский округ, — а потом звоню вам, чтобы сказать, что мои томаты были вытоптаны вашим скотом. После нескольких таких инцидентов вы подсчитываете поголовье своего скота и, наконец, все понимаете.

Такое наказание может быть эффективным, однако оно запрещено данной системой норм. Причина, я думаю, в том, что оно слишком эффективно, так что в результате в моих интересах применять его даже в том случае, когда вы на самом деле не виноваты. Система негосударственных норм, обсуждаемая нами, не только исполняется в частном порядке, но это еще и (в отличие от исландской системы) такая система, в которой суждения выносятся тоже в частном порядке. Когда я решаю, какое наказание применить к вам за злодеяния вашего скота, я выполняю роль судьи и коллегии присяжных в одном лице, и меня ограничивает только желание моих соседей встать на мою сторону в любом последующем споре по поводу того, что произошло.

Пока все наказания, которые я могу применить, вредят мне точно так же, как и вам, тот факт, что я выношу приговор по вашему делу, не является слишком серьезной проблемой. Я на самом деле не хочу потратить два ближайших часа на то, чтобы отогнать ваш скот подальше от вашего ранчо. Но если бы у меня была возможность применить наказание, которое улучшает мое положение за ваш счет, это изменило бы ситуацию. Теперь, когда вы рассказываете своим соседям, что на самом деле я не потерпевший земледелец, а похититель скота,

они могут вам и поверить. Ограничивая таким образом диапазон дозволенных наказаний, система частных норм добрососедского поведения избегает этой проблемы.

До сих пор я обсуждал применение норм только к одной проблеме — скоту, нарушающему владения. Они применяются и к некоторым другим вопросам, например к взаимному обязательству соседей строить и поддерживать изгороди. В этом случае нормы на практике также имеют приоритет перед законом Калифорнии.

Причина, по которой нормы округа Шаста имеют приоритет перед законом, проста: одна из наиболее сильных норм состоит в том, что соседи не должны подавать в суд на соседей. Любой, кто идет в суд, чтобы отстоять свои права, автоматически проигрывает дело в суде, который наиболее значим, а именно в суде местного общественного мнения.

Конечно, система норм не предусматривает всего. Законы Калифорнии все еще применяются к убийствам, бракам и многим другим вещам. Они даже применяются к скоту, когда его сбивают автомобили. Люди, проезжающие через округ Шаста, не являются соседями, то есть частью системы добровольно применяемых норм, поэтому подать на них в суд — совершенно законное дело, и точно так же есть вполне реальный риск стать объектом иска с их стороны.

Случайно столкнувшись с нормами округа Шаста, Элликсон продолжил исследовать многие другие системы частных норм, включая нормы китобоев XIX столетия и современного научного сообщества в США. Последний пример оказался самым безжалостным, по крайней мере в отношении его коллег-профессоров права, поскольку он представил доказательства того, что профессора, занимаясь фотокопированием статей друг друга, беспечно не обращали внимания на соответствующие

законы об авторском праве, отдавая приоритет профессиональным нормам, которые служат интересам научного сообщества, порой в ущерб издателям. Его основной тезис достаточно прост: сплоченные группы обычно вырабатывают эффективные нормы. Он пришел к выводу, что, хотя формальное право важно, оно не столь важно, как принято считать. В самых разных ситуациях людям не только удается найти решение своих конфликтов без помощи права, они также делают это, используя механизмы, которые работают значительно лучше правовой системы.

Два важных вопроса, которые вытекают из этих историй, — как возникают правила и почему они обычно эффективны. Если правила хорошо составлены, очевидное объяснение состоит в том, что кто-то их специально составил. Это может объяснить некоторые системы религиозных норм, но едва ли это относится к правилам, применяемым к отбившемуся от стада скоту и строительству изгородей в округе Шаста, или же к правилам XIX века, определяющим, кому принадлежал кит, когда два судна одновременно охотились на него.

Альтернативой целенаправленного планирования является эволюция. Возможно, со временем общества с лучшими нормами завоевывают и поглощают общества с худшими нормами либо становятся для них образцом для подражания, поэтому в итоге образуется мир из правильно устроенных обществ. Проблема этого объяснения в том, что такой процесс должен был бы занять столетия, если не тысячелетия, что не соответствует фактам, представленным Элликсоном. Например, нормы китобойного промысла, судя по всему, достаточно быстро подстраивались под изменения в видах китов, на которые шла охота.

Возможно, происходит эволюция, в которой участвуют группы, меньшие по размерам и более подвижные, чем все общество в целом. Рассмотрим

такую норму, как честность, которой могут с выгодой для себя придерживаться небольшие группы в определенном обществе, то есть норму, применимую только внутри группы. Группы с эффективными нормами добиваются процветания и растут за счет привлечения членов. Другие подражают им. Группы с похожими нормами будут стремиться объединиться, чтобы получить те же выгоды в большем масштабе. Если одна система норм работает лучше своих конкурентов, она со временем распространится на все общество. Когда меняются обстоятельства и появляются новые проблемы, процесс может повториться, что порождает видоизмененные нормы, позволяющие справиться с новыми проблемами.

Эта догадка о том, как возникают и меняются нормы, позволяет сделать предсказание: даже если норма эффективна, она не возникнет, если выгоды зависят от того, что все следуют ей. В интересах любой пары капитанов заранее согласовать эффективное правило обращения с китами, которых загарпунило одно судно, а вытащило другое, и точно так же в интересах любой пары индивидов согласиться быть честными друг с другом. Но правило по ограничению общего числа убитых китов, нацеленное на сохранение численности их популяции, полезно только в том случае, если каждый ему следует. Первый тип норм действительно существовал, но не второй, и в итоге китобои XIX века выполнили эффективную работу, отлавливая один вид за другим вплоть до почти полного вымирания китов, что, вероятно, не было эффективным результатом.

Где они теперь?

Исландия сегодня является обычной скандинавской демократией с государственным обвинением, государственным правоприменением и други-

ми обычными институтами. В современной Англии примерно такая же правовая система, как и в современной Америке. Что же произошло?

Крах исландской системы, по всей видимости, можно объяснить внешним давлением. В XIII веке Норвегия вышла из затяжного периода гражданских войн, став сильной и богатой монархией. В эпоху Стурлунгов, в последние 50 лет которой нарастало насилие, приведшее к краху исландской системы, норвежские короли регулярно вмешивались в исландскую политику, поддерживая то одну группировку, то другую в надежде на то, что им удастся поставить местного правителя, подчиняющегося Норвегии. Они так и не добились успеха — их клиенты обычно отказывались от поддержки Норвегии, как только им начинало казаться, что их сторона может выиграть и без нее, однако затянувшаяся гражданская война со временем убедила большинство исландцев отказаться от независимости.

Альтернативное объяснение состоит в том, что исландская система зависела от сильного рассредоточения политической власти, в частности собственности на *godord*. В период Стурлунгов наблюдалась все большая концентрация власти, и несколько группировок стали контролировать многие *godord*. Это, возможно, привело к нарушению конкурентного равновесия сил, от которого зависела система.

Еще одно объяснение заключается, впрочем, в том, что систему разрушила иностранная идеология, а именно монархия. Пока функцией междоусобных споров было урегулирование притязаний людей, которые считали, что им был нанесен ущерб, система работала достаточно хорошо. Но когда споры превратились в гражданскую войну за то, кто в итоге будет править страной, когда разрушится традиционная система, это была совсем иная игра с иной логикой. Представим примерный современный эквивалент этой ситуации: на что стала бы по-

хожа наша правовая система, если бы судей регулярно избирали в основном для того, чтобы они отправляли в тюрьму противников своих политических патронов, или если бы присяжные регулярно оправдывали убийц на том основании, что одобряют убийство? Форма системы была бы той же, что и сегодня, но содержание совершенно другим.

Что можно сказать об изменениях в английской системе в конце XVIII — начале XIX века, благодаря которым она превратилась в нечто напоминающее современную систему государственного обвинения в преступлении? Одно из возможных объяснений заключается в том, что частное обвинение зависело от репутационных стимулов, от того, что потенциальные жертвы в индивидуальном порядке или в рамках ассоциаций преследования по суду должны принимать на себя обязательство по предъявлению обвинений, чтобы приобрести репутацию, которая сдерживала бы преступления против них. Подобные стимулы лучше работают в маленьком городе, где все друг друга знают, чем в большом городе, а города росли. Именно в Лондоне в 1830-х годах Роберт Пиль создал первую в Англии систему оплачиваемой профессиональной полиции.

Этим может объясняться переход от частного преследования к государственному, но что тогда сказать о переходе от казни, ссылки и помилования к тюремному заключению? В этом частично мог отражаться рост доходов. Тюремное заключение было дороже казни, однако оно допускало непрерывный спектр наказаний (к тому же было менее неприятным для большей части населения), чем правовая система, в которой людей иногда вешали за незначительные преступления. Поэтому, как только Англия стала достаточно богатой, чтобы позволить себе сажать в тюрьму преступников, совершивших насильственные преступления, она начала это делать. Кроме того, высылка становилась все менее эффективной, поскольку переезд де-

шевел, так что высылаемым стало проще бежать из Англии, а потом нелегально вернуться в нее.

Второй фактор, похоже, был идеологическим. Теоретики уголовного наказания в XVIII веке придерживались такого взгляда на уголовное поведение, который в значительной степени напоминал взгляд экономистов XX века: преступники были преступниками именно потому, что это выгодно. Чтобы они прекратили быть преступниками, надо применить к ним наказание, которое будет достаточно суровым, чтобы для них более привлекательным стал какой-то иной вид деятельности. В начале XIX века произошел переход к идее о том, что подлинной целью является перевоспитание, а не наказание. Преступники были преступниками, потому что они не знали ничего другого; если их соответствующим образом перевоспитать посредством религии и тяжелого труда, они должны стать законопослушными и продуктивными членами общества. Вот и развивается исправительная система, в которой преступников учили бы раскаиваться в своих моральных прегрешениях, после чего они смогли бы жить дальше и больше не грешить.

Какие уроки мы можем вынести

Я описал три разных общества, в каждом из которых существовала или существует система правил для решения тех же проблем (или некоторыми из них), которые решает и наша правовая система, причем у каждого из этих обществ была особая система. Чему мы можем у них научиться?

Первый, наиболее общий, урок заключается в том, что решения, к которым мы привыкли, не являются единственно возможными. Преступления не обязательно преследовать в судебном порядке силами полиции и государственных об-

винителей, что мы можем увидеть в двух из представленных исторических примеров. За исполнением наказания не обязательно должно следить государство, что мы видим на примере как Исландии, так и округа Шаста.

Эти общества могут сказать нам не только о том, что альтернативы возможны, но и о том, с какими проблемами они столкнулись и как их можно было бы решить. Системы частного обвинения, включая современное деликтное право, зависят от наличия у того или иного человека достаточного стимула для предъявления обвинения, а также от наличия соответствующих ресурсов. Исландцы, как и англичане XVIII века, придумали некоторые интересные решения этой проблемы.

Работы Элликсона о нормах также указывают на интересную возможность осмысления уровня преступности в современных США. Наш уровень убийств не только является необычайно высоким, если сравнивать с другими развитыми странами, он еще и крайне неравномерен — низкий в некоторых местах и очень высокий в бедных районах гетто. Возможно, причина, по которой система правового контроля преступности, на изучение которой тратят время правоведы и экономисты, на самом деле не так уж и важна в южной части Чикаго или в округе Шаста. Главная причина, по которой не совершаются преступления на большей части территории США, да и почти во всех странах мира, состоит, возможно, в том, что, если ваши соседи будут подозревать в вас преступника, они не захотят дать вам работу, сдать квартиру или позволить встречаться с их дочерьми.

Если эта система частного принуждения к соблюдению норм перестает работать в тех подгруппах нашего общества, в которых основными источниками дохода являются социальные пособия и преступная деятельность, где секс и вынашивание детей по большей части никак не связаны с бра-

ком, а родители почти не контролируют сексуальную жизнь своих детей, уголовное право вряд ли сможет ее заменить.

Дополнительная литература

Читатели, желающие получить дополнительные сведения об этих трех обществах, возможно, захотят обратить внимание на две мои статьи и одну рецензию, которые можно найти на моей веб-странице, а также на книгу Роберта Элликсона:

Friedman D. D. Making Sense of English Law Enforcement in the Eighteenth Century // University of Chicago Law School Roundtable. 1995. Spring/Summer. P. 475–505.

Idem. Private Creation and Enforcement of Law: A Historical Case // Journal of Legal Studies. 1979. March. P. 399–415.

Friedman D. D. Less Law Than Meets the Eye, a Review of Robert Ellickson, Order without Law // Michigan Law Review. 1992. Vol. 90. № 6. P. 1444–1452.

Ellickson R. Order without Law. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1994; *Элликсон Р.* Порядок без права. М.: Издательство Института Гайдара, 2016.

ГЛАВА 18

Вопрос, который ставит в тупик: уголовное преступление или деликт

В НАШЕЙ правовой системе есть два разных набора правил, предназначенных для одной и той же цели: удержать людей от причинения вреда другим, заставляя их платить за это. Эта бесспорная избыточность была продемонстрирована двумя недавними громкими делами. В одном О. Дж. Симпсона сначала оправдали по уголовному обвинению в убийстве его жены, а затем признали виновным в совершении деликта — убийства жены. В другом деле Майкл Джексон был обвинен в растлении малолетних. Гражданский иск был урегулирован во внесудебном порядке, после чего уголовные обвинения были сняты, по-видимому, потому, что свидетель больше не хотел давать показания.

Существование двух наборов правовых норм для одних и тех же целей поднимает по крайней мере три интересных вопроса:

1. Действительно ли один вид правовых норм больше подходит для одних правонарушений, а другой — для других, что дает функциональное объяснение существования обоих видов норм, или же мы могли бы иметь работоспособную правовую систему, в которой все правонарушения считались бы деликтами или все они считались бы уголовными преступлениями, возможно, с некоторыми модификациями существующего деликтного или уголовного права?
2. Есть ли какая-то причина распределять правонарушения между двумя системами таким об-

разом, как это делаем мы, причина, по которой, например, кража со взломом обычно считается уголовным преступлением, а не деликтом, а автомобильная авария — деликтом, а не уголовным преступлением?

3. И деликтное, и уголовное право, каждое из них — это набор правовых норм. Существует ли причина, по которой правовые нормы включаются в определенную группу? Почему, например, система, в которой обвинения в суде выдвигает потерпевший, требует более низкого критерия доказанности и в большей степени опирается на денежные наказания, по сравнению с системой, в которой обвинителем выступает государство?

Часть I. Следует ли нам отменить уголовное право?

Мы знаем, что можно иметь вполне действенную правовую систему, в которой все правонарушения будут считать деликтами, потому что такая система была в Исландии, и она действовала в течение более трех столетий. Но отсюда не ясно, будет ли такая система работать у нас и будет ли она для нас (или была ли для них) лучше той системы, в которой одни правонарушения считаются деликтами, а другие — уголовными преступлениями. Поэтому стоит изучить теоретический вопрос о том, есть ли достаточные основания для того, чтобы обвинения по некоторым правонарушениям предъявляло государство, как это происходит с соответствии с действующим уголовным законодательством. Предлагался целый ряд соображений. Они включают следующее:

1. *У потерпевшего может не быть достаточно ресурсов, чтобы предъявить обвинение.* Эту проблему можно решить, распространив на требования по делик-

там право переуступки, как это делалось в эпоху саг в Исландии. Потерпевший, у которого недостаточно ресурсов, отдает или продает свое требование кому-то, у кого больше возможностей предъявлять обвинение. Может так случиться, что в итоге он останется без компенсации убытков — но сейчас в уголовных делах потерпевшие также не получают компенсации.

2. *Некоторые правонарушения причиняют ущерб, который распределен среди большого числа потерпевших, в результате чего ни у кого нет достаточного стимула заниматься предъявлением обвинения.* В действующем законодательстве эта проблема решается за счет коллективных исков. Ее можно было бы решать успешнее, если позволить переуступать требования, которые еще не разбирались в суде, включая те, что еще не произошли. Посредники будут покупать пакеты мелких требований у потенциальных истцов, затем перекомпоновывать их для продажи фирмам, которые будут заниматься возбуждением судебного дела, так что каждая фирма будет покупать те требования, которые связаны с конкретными правонарушениями, на которых она специализируется в суде.
3. *Некоторые правонарушения, наряду с поддающимся наблюдению ущербом, причиненном определенной жертве, причиняют также ущерб, который распределяется среди большого числа потерпевших и который трудно наблюдать.* Стандартный пример — преступление, которое причиняет ущерб жертве и в то же время запугивает потенциальных жертв. Эта проблема стоит в деликтном праве, в котором жертва/обвинитель в случае выигрыша получает возмещение причиненного ущерба, не так остро, как в уголовном, где жертва ничего не получает. Но даже в деликтном праве жертвы не получают полного возмещения *ex ante*, поскольку есть вероятность, что они

не смогут взыскать возмещение убытков, кроме того, в большинстве случаев они должны сами оплачивать свои судебные расходы, поэтому есть веские основания для опасений стать жертвой деликта. Одно из возможных решений, обсуждавшееся в главе 14 в контексте штрафных убытков, — увеличить размеры возмещения с учетом этой проблемы.

4. *Если правонарушитель — лицо, в отношении которого нельзя исполнить решение суда ввиду его неплатежеспособности, у потерпевшего нет стимула предъявлять ему обвинение, поэтому этим должно заниматься государство.* Есть по крайней мере три возможных решения этой проблемы.

Возможность исполнения судебного решения в отношении ответчиков, отчасти зависит от правовых норм о взыскании присужденных судом возмещений. Если бы осужденных ответчиков, которые не в состоянии выплатить денежное возмещение убытков, можно было продавать в рабство или расчленять на органы для трансплантации, было бы меньше таких ответчиков, не только потому, что некоторые из них были бы достаточно ценны как рабы или как источник запасных частей, но потому, что существование таких малопривлекательных исходов давало бы правонарушителям стимул позаботиться о том, чтобы, если понадобится, суметь выплатить возмещение в денежной форме. Некоторые опасности такой системы обсуждались в главе 15.

Государство может выплатить штрафы, наложенные на правонарушителей, которые не в состоянии их платить, потерпевшему/обвинителю, тем самым создавая для него стимул предъявлять обвинение, и назначить уголовные наказания, тем самым предотвращая правонарушения. Подобная система поощрения, аналогичная ваучерной системе для школ (или «Закону о правах военнослужащих», который был ваучерной

системой для высшего образования), соединяет в себе частное предъявление обвинений с государственным финансированием.

Жертва деликта может взять на себя твердое обязательство выдвинуть обвинение даже против ответчиков, которые не в состоянии выплатить возмещение убытков, при условии что правовая система предусматривает нематериальные наказания для ответчиков, признанных виновными и не способных возместить убытки. Мы видели пример такой модели в ассоциациях обвинителей в Англии XVIII века.

5. *Невозможно разработать правовые нормы, которые создавали бы для потерпевших оптимальные стимулы к предъявлению обвинений.* Поэтому даже самая лучшая из возможных систем частного принуждения к соблюдению норм хуже, чем идеальная система государственного принуждения к соблюдению норм, хотя необязательно хуже ныне существующей государственной системы.

Этим наиболее изощренным и интересным аргументом против частной системы принуждения мы обязаны Лэндесу и Познеру. Как мы видели в главе 15, для каждого правонарушения существуют некоторая оптимальная величина и вероятность наказания. Но как только мы установили величину наказания в системе с частным принуждением, у нас больше не будет способа проконтролировать его вероятность. Она будет определяться поведением жертв, максимизирующих прибыль, — сколько они сочтут необходимым потратить на выявление и осуждение правонарушителей, чтобы взыскать с них возмещение убытков. Таким образом, мы можем прийти к оптимальной комбинации вероятности и наказания, только если нам повезет.

Если перевести этот аргумент на математический язык, мы пытаемся по отдельности привести две переменные, вероятность и наказание, к их опти-

мальным значениям. Но в нашем распоряжении есть только одна контрольная переменная: уровень наказаний. С другой стороны, идеальная система государственного принуждения может устанавливать вероятность и наказание независимо друг от друга, что делает ее лучше даже идеальной системы частного принуждения, по крайней мере в этом отношении.

Решение для доказательства невозможности Лэндеса—Познера

Решение этой проблемы заключается в том, что правовая система устанавливает не наказание для осужденных, а ожидаемое наказание: уплаченный штраф, умноженный на вероятность осуждения. Чтобы это стало возможно, мы должны сначала добавить к нашей системе частного принуждения ряд посредников, фирм-обвинителей, которые будут скупать требования у потерпевших, предъявлять по ним обвинение и взимать штраф, если он присужден. Как и в главе 15, мы ограничимся для простоты одним-единственным преступлением, например уличным ограблением.

Представим себе, что любое наказание состоит из выплаченного штрафа и полученного штрафа. Выплаченный штраф измеряет, насколько ухудшилось благосостояние осужденного преступника в результате того, что он понес наказание. Полученный штраф измеряет то, насколько улучшилось благосостояние других людей в результате того, что он понес наказание. Разница между уплаченным и полученным штрафом и есть стоимость наказания. Рассмотрим несколько примеров:

1. Штраф наличными, взимание которого не влечет за собой никаких административных расходов. Уплаченный штраф равен полученному, стоимость наказания равна нулю.

2. Смертная казнь. Уплаченный штраф равен ценности одной жизни. Полученный штраф равен нулю — даже немного ниже нуля, если есть затраты на приведение смертного приговора в исполнение.
3. Тюремное заключение. Уплаченный штраф равен той ценности, которую для преступника имеет пребывание на свободе. Полученный штраф отрицателен — расходы на содержание тюрем, которые несут все остальные.

Предположим, что обвинитель купил тысячу правонарушений, по каждому из которых ему позволяется (и от него требуется) судом взыскать ожидаемое наказание, уплаченный штраф в размере тысячи долларов. Если он поймает и добьется осуждения каждого правонарушителя (дорогое удовольствие), он взыщет с каждого тысячу долларов штрафа, получив общий доход в миллион долларов. Если он поймает и добьется осуждения только 100 правонарушителей, он имеет право по закону наложить на каждого штраф в размере 10 тысяч долларов, но, поскольку многие не в состоянии заплатить такую сумму, ему в итоге придется отправить некоторых из них в тюрьму — и платить за нее. При решении вопроса о том, сколько правонарушителей поймать и осудить, он должен выбирать между более низкой стоимостью задержания меньшего числа преступников и более высокой стоимостью более сурового наказания тех, кого он задержал.

Если мы обобщим этот аргумент, то сможем увидеть (формальное доказательство приводится в конце главы), что частный интерес обвинителя в том, чтобы выбрать оптимальную комбинацию наказания и его вероятности, такую, которая минимизирует сумму издержек задержания и издержек наказания. Он хочет минимизировать сумму двух видов издержек, потому что оплачивает оба вида затрат: стоимость задержания напрямую, так как

в его обязанности входит задержание и привлечение к ответственности правонарушителей, и стоимость наказания косвенно, потому что чем выше стоимость наказания, тем меньшая часть суммы, которую теряют правонарушители, отходит к обвинителю и тем больше ему приходится платить за то, чтобы их наказать.

Итак, суд должен всего лишь установить правильную ожидаемую величину выплаченного штрафа. Максимизация прибыли правоприменителем приведет оптимальным образом к этой ожидаемой величине, решив проблему, поднятую Лэндесом и Познером.

Но...

У этого подхода к расширению деликтного права для обеспечения частного преследования правонарушений, которые теперь стали преступлениями, есть недостаток. Рассмотрим правонарушение, для которого средняя прибыль от поимки и осуждения правонарушителя отрицательная: стоимость его поимки и осуждения больше полученного штрафа. Чтобы обвинители оставались в бизнесе, потерпевшие должны платить правоприменителям за то, чтобы те брали их требования и возбуждали по ним судебное преследование. Потерпевшие продолжают продавать свои требования, но только по отрицательной цене.

Потерпевший, продающий правонарушение по отрицательной цене, платит за согласие правоприменителя подвергнуть правонарушителя установленному ожидаемому наказанию. Это необходимо для предотвращения правонарушения. Потерпевший хочет, чтобы потенциальные правонарушители знали, что, если они совершат против него правонарушение, они рискуют быть наказанными.

Это действует в отношении правонарушений, сдерживание которых может стать частным благом, таких как ограбление с проникновением. Потенциальная жертва платит правоприменителю за то, что он занимается по ее требованию судебным преследованием за любое совершенное против нее правонарушение. Жертва сообщает соответствующую информацию потенциальным грабителям, повесив на дверь объявление о том, что указанный правоприменитель приобрел требования и будет возбуждать по ним судебное преследование. Жертва продала свои требования заранее, по отрицательной цене, получив в обмен сдерживание правонарушений.

Это не просто воображаемый аргумент. Даже в нашей нынешней системе, в которой принуждение к соблюдению уголовного права номинально является полностью государственным, существуют фирмы, продающие подобные услуги. В Англии в XVIII веке потенциальные жертвы преступлений вступали в ассоциации обвинителей, покупая за определенную цену сдерживание от них.

Таким образом, частное принуждение, расширенное деликтное право, может работать для всех правонарушений, продающихся по положительной цене, правонарушений, для которых сумма взыскания с осужденных правонарушителей в среднем превышает затраты на их поимку и осуждение. Оно также может работать для правонарушений, которые продаются по отрицательной цене, но удержание от которых может стать частным благом. Оно не работает для правонарушений, которые продаются по отрицательной цене и предотвращение которых не может стать частным благом, потому что правонарушитель недостаточно знает о жертве, чтобы это удержало его от совершения правонарушения, — для правонарушений с анонимными жертвами. Именно эти правонарушения — ограбления на большой дороге, например, — создава-

ли особую проблему для системы частного принуждения к соблюдению уголовного права в Англии XVIII века.

Серьезность проблемы частично зависит от технологии совершения правонарушений и технологии задержания и наказания правонарушителей, а частично — от особенностей правовой системы, которые влияют на издержки задержания и наказания. В правовой системе, которая допускала бы наказание в виде рабства, или в системе, которая допускала бы продажу казненных за тяжкие преступления преступников на органы, или же в системе, установленной в обществе, в котором важна личная репутация, и потому клеймо позора является мощным и эффективным наказанием, издержки наказания были бы ниже, чем в системе, лишенной этих особенностей.

Часть II. Классификация правонарушений

В современной правовой системе одни правонарушения преследуются в частном порядке как деликты, другие преследуются публично — как уголовные преступления. Отсюда возникает очевидный вопрос. Действительно ли разделение на деликты и уголовные преступления в современном праве достаточно точно соответствует разделению на правонарушения, в отношении которых адекватным образом действует частное принуждение, и на правонарушения, в отношении которых оно не действует?

Лэндес и Познер утверждают, что это действительно так. Они утверждают, что деликты — это, по сути дела, правонарушения, выявляемые с вероятностью около единицы, поэтому проблема получения правильной комбинации вероятности и наказания в их случае исчезает.

Но даже если выявить многие деликты легко, преследовать их по суду не так просто. Чем боль-

ше потратит потерпевший, тем больше вероятность того, что он выиграет дело. Чем больше возмещение убытков, которое он получит, если выиграет, тем больше у него стимул тратить деньги. Возмещение убытков, установленное законом, одновременно и наказание за совершение деликта, и награда за его успешное преследование. Нет причин ожидать, что одно и то же возмещение убытков произведет оптимальные уровни и наказания, и преследования. Из проблемы, которую поставили Лэндес и Познер, чтобы показать, почему неэффективно применять деликтное право к уголовным преступлениям, также следует, что его неэффективно применять и к самим деликтам!

Альтернативная защита существующего разделения на уголовные преступления и деликты — аргумент в пользу того, что уголовные преступники скорее, чем причинители вреда, окажутся теми, в отношении кого невозможно выполнить решение суда об оптимальном наказании, поскольку они не в состоянии заплатить штраф. Если перевести это на язык, который я здесь использую, правонарушения, признаваемые деликтами, скорее, чем уголовные правонарушения, будут продаваться по положительной цене, скорее принесут сумму штрафа, превосходящую расходы на их преследование по суду.

Есть две причины, почему мы могли бы ожидать, что уголовные преступники скорее, чем причинители вреда, окажутся не в состоянии выплатить присужденное возмещение. Одна из них в том, что (некоторые) преступления, такие как ограбление с проникновением, трудно выявить, поэтому оптимальная вероятность осуждения низка, поэтому штраф должен быть высоким, чтобы обеспечивать достаточное ожидаемое наказание. Вторая причина в том, что, если правонарушения трудно выявить, создание даже небольшой вероятности осуждения может стоить дорого. Обе эти причины

связаны с тем фактом, что уголовные преступления являются предумышленными, поэтому преступник, скорее всего, потратит ресурсы на их сокрытие.

Одна из проблем с этим сравнением в том, что оно основано на необъективной выборке деликтов: берутся те из них, которые рассматривались в суде. Поскольку применение норм деликтного права происходит в частном порядке, деликты с анонимными жертвами и отрицательной ценой не доходят до суда. Правонарушения, судебное преследование по которым мы наблюдаем в системе деликтного права, — это, как правило, правонарушения, имеющие положительную ценность.

Вторая проблема состоит в том, что, хотя правонарушения, которые мы сейчас квалифицируем как уголовные преступления, с большей вероятностью, чем деликты, будут иметь отрицательную цену, у них меньше, чем у деликтов, вероятность оказаться правонарушениями с анонимными жертвами. Грабитель, решающий, в чей дом залезть, может принять решение избегать домов, на которых висит объявление о том, что их хозяева заплатили за преследование грабителей в судебном порядке. Водитель автомобиля не в состоянии так быстро менять свой уровень осторожности, чтобы учитывать, на каких машинах висит объявление о том, что их владельцы заранее заплатили за то, чтобы преследовать по суду водителей, которые столкнутся с их машиной. Поэтому предумышленные правонарушения, как правило, преступления, а не деликты, с меньшей вероятностью будут правонарушениями с анонимными жертвами, а следовательно, скорее будут правонарушениями, удержание от которых может быть сделано частным благом.

Другой важный вопрос, затронутый в главе 15, — это проблема умышленных мошеннических требований. В любой системе, в которой правонарушения продаются по положительной цене, есть стимул к тому, чтобы их сфабриковать, чтобы лож-

но обвинить потенциальных ответчиков. Поэтому любые изменения в законодательстве, смещающие систему в сторону более эффективных наказаний, например, за счет облегчения взыскания штрафов, рискуют поощрить мошенничество в суде.

Английская уголовная система столкнулась с этой проблемой в середине XVIII века. Озаботившись тем, что стимулы к преследованию преступлений в частном порядке слишком низки, корона установила значительные вознаграждения за успешное привлечение к ответственности за некоторые правонарушения, такие как, например, ограбление на дорогах. В результате разразился ряд скандалов, в которых выяснилось, что осужденный правонарушитель либо был обманным путем вовлечен в совершение преступления, чтобы его можно было выдать правосудию за вознаграждение, либо был ложно обвинен в совершении правонарушения, которого не было. Современные аналоги подобных дел возникают в связи с гражданской конфискацией и штрафными убытками.

Эта проблема дает возможное объяснение одной из загадочных черт деликтного права, отсутствию вероятностных множителей. Сторона, получившая право на компенсацию, может получить возмещение в размере причиненных убытков. Но если жертвы деликтов добиваются успеха в судебном споре с вероятностью меньше единицы (а именно так и происходит), результатом будет ожидаемое наказание, которое предсказуемо меньше причиненных убытков. Очевидное решение — вероятностный множитель, увеличивающий наказание для причинителей вреда, которые были успешно привлечены к ответственности по суду, чтобы компенсировать отсутствие наказания для тех, кого привлечь не удалось.

Одно из объяснений отсутствия подобных вероятностных множителей в том, что они поощряли бы мошенничество. При действующем законода-

тельстве ни у кого не увеличивается благосостояние от того, что он стал потерпевшим по деликту; даже если он выиграет дело в суде, все, что он получит, — это сумма, достаточная, чтобы возместить понесенные убытки. При значительном вероятностном множителе тот, кому удалось бы организовать ложное обвинение в правонарушении путем подбора и подготовки соответствующих свидетелей, гарантировавших исход дела в его пользу, мог бы серьезно обогатиться. У него, по сути дела, такие же стимулы, что и у домовладельца, которому страховая компания по неосторожности позволила застраховать дом на сумму, вдвое превышающую его реальную стоимость.

Отсюда вторая категория правонарушений, в отношении которых частное принуждение, возможно, действует слабо: правонарушения с положительной ценностью, по которым более или менее легко сфабриковать ложные положительные приговоры. Однако неясно, удается ли избежать этой проблемы в случае государственного принуждения. Государственные правоохранители могут иметь некоторые стимулы добиваться обвинительных приговоров, если хотят делать свою работу, отсюда стимул получать ложные обвинительные приговоры. Более того, государственные правоохранители часто используют угрозу осуждения для того, чтобы получить услуги в форме информации и свидетельских показаний. Угроза не обязательно предполагает реальное правонарушение, как показал ряд примеров, включая недавний скандал в полиции Филадельфии. Хотя правовая система, в которой правоохранители ограничены неэффективными наказаниями, затрудняет для них поиск ренты, она, тем не менее, не устраняет этот поиск, поскольку неэффективное наказание может быть превращено в эффективное при помощи внесудебного соглашения.

Это позволяет понять один важный аспект, в котором стимулы правоприменителя, чьей целью

является частное сдерживание правонарушений, превосходят стимулы правоприменителя, стремящегося получить прибыль в результате эффективного наказания или политическую и бюрократическую выгоду от поддержания высокой доли обвинительных приговоров. Стратегия задержания первого встречного бродяги, проходившего мимо места преступления, передачи его судье, склонному к вынесению смертных приговоров, казни и продажи его органы с аукциона, может быть эффективным способом получения дохода от судебного преследования, частного или государственного. Но поскольку ваши шансы оказаться наказанным при такой стратегии не зависят от того, виновны вы или нет, это очень неэффективный способ сдерживания преступлений. Частное сдерживание — это единственный стимул, благодаря которому обвинитель непосредственно лично будет заинтересован в том, чтобы осудить кого следует.

Часть III. Как сгруппировать правовые нормы?

До сих пор я писал так, как будто определяющее различие между уголовным и деликтным правом было различием между частным и государственным преследованием по суду. Хотя такой подход кажется естественным экономисту, другие отличия могут показаться более важными ученым, рассматривающим этот вопрос с других сторон. Так, например, часто говорится, что главное различие в том, что преступление считается моральным грехом, источником позора, а деликт — нет; обвинить кого-нибудь в том, что он преступник, более оскорбительно, чем обвинить его в том, что он причинитель вреда. Иногда считается, что преступления отличают от деликтов определенные виды наказаний, такие как тюремное заключение и смертная

казнь. А уголовное право, действительно, в ряде отношений отличается от деликтного, по крайней мере в современной англо-американской правовой системе. У уголовных преступлений высокий критерий доказанности, они требуют умысла, для них гарантирован суд присяжных, размеры наказаний зачастую намного превосходят причиненный ущерб, штрафы выплачиваются государству, а не потерпевшему, и так далее.

Отсюда возникает очевидный вопрос: имеются ли веские основания для того, чтобы эти черты были объединены? Чтобы у нас была категория под названием «деликт» с одним набором правовых норм и категория под названием «преступление» с другим?

Ответ, как я попытаюсь показать ниже, заключается в том, что основания есть, хотя и не всегда убедительные. Я начну с перечисления особенностей в форме таблицы (см. табл. 18.1).

Колонки деликта и преступления в табл. 18.1 представляют собой стилизованные версии двух систем. В уголовном праве применяются штрафы, но они, как правило, взимаются в случае таких правонарушений, как превышение скорости или парковка в неположенном месте, которые обнаруживают некоторые характеристики, присущие деликтам. Штраф за парковку не сопровождается клеймом позора и в действительности не требует доказательств в соответствии с критерием уголовного права. Штрафные убытки можно истолковать как форму вероятностного множителя, и именно так их толковали некоторые ученые, но они также сопровождаются клеймом позора. Для простоты эти промежуточные случаи в таблице не учтены.

Таблица также не учитывает особенности, которые исчезли из современного права. Английское уголовное право XVIII века соединяло частное преследование с уголовными наказаниями. Английское право времен раннего Средневековья шло еще

ТАБЛИЦА 18.1
Характеристики систем деликтного и уголовного права

Характеристика	Деликт	Преступление
Кто контролирует обвинение	Жертва	Государство
Кто взыскивает штрафные санкции	Жертва	Государство
Форма наказания	Штраф	Тюремное заключение, казнь
Критерий доказанности	Наличие более веских доказательств	При отсутствии разумного сомнения
Вероятностный множитель	Нет	Да
Право на суд присяжных	Возможно	Да
Желаемый уровень правонарушений	> 0	= 0
Требует умысла	Нет	Да
Клеймо позора в случае осуждения	Нет	Да

дальше: жалоба потерпевшего по тяжким уголовным преступлениям была, как и в современном процессе по деликту, сугубо частной — частный обвинитель мог снять свои обвинения, а корона не могла помиловать осужденного правонарушителя, — но успешное обвинение приводило к уголовным наказаниям. Эти системы свидетельствуют об альтернативных способах группировки правовых норм, но меня здесь интересует более узкий диапазон опций.

Взглянув на таблицу, мы увидим, что в обеих системах одно и то же действующее лицо контролирует обвинение и взыскивает штрафные санкции. Для этого есть две очевидные причины. Во-первых, получение штрафов создает стимул для предъ-

явления обвинений. Во-вторых, сторона, контролирующая обвинение, может также отказаться от обвинения или, если это запрещено, плохо его поддерживать. Любая система, в которой одна сторона контролирует обвинение, а другая взыскивает штрафные санкции, создает возможность того, что первая сторона присвоит штраф посредством внесудебного соглашения.

У этой комбинации есть также свой недостаток — возможности для предъявления мошеннического обвинения, которую она создает. Если право требования и право обвинения разделены, мошенническое обвинение требует трансакции между владельцем требования и обвинителем.

Жертва деликта имеет стимул для судебного преследования в виде сдерживания будущих правонарушений в отношении самой себя. Она также во многих случаях является главным свидетелем. Делая ее владельцем требования, мы объединяем в одном лице два стимула для предъявления обвинения, а также вносим важный вклад в успех обвинения, устраняя трансакционные издержки, вызванные тем, что приходится заставлять разных людей, выполняющих эти роли, работать вместе. Здесь снова может дать о себе знать один недостаток. Чем больше у жертвы стимул добиться осуждения обидчика, тем меньше можно доверять ее показаниям. Одной из причин того, что Англия XVIII века отказалась от системы вознаграждений, было то, что присяжные, зная, что свидетелю причитается часть вознаграждения, вполне рационально не доверяли его показаниям. Та же проблема встает сегодня, когда присяжные знают, что свидетели обвинения в уголовных судах — платные осведомители или те, кто согласился давать показания в обмен на сокращение срока наказания.

Принадлежность жертве права на обвинение имеет свои преимущества и недостатки с точки зрения влияния на ее стимулы к сдерживанию право-

нарушения по причинам, которые мы будем обсуждать далее в этой главе.

Далее мы замечаем, что деликтная система ассоциируется с относительно эффективными наказаниями, а уголовная — с относительно неэффективными. Это понятно в свете предшествующего анализа, поскольку правонарушения, требующие неэффективных наказаний, скорее всего, будут иметь отрицательную цену, и потому за них будет труднее преследовать в частном порядке. Конечно, тот факт, что нынешнее наказание за правонарушение неэффективно, не гарантирует, что так должно быть.

Неэффективностью уголовных наказаний, как уже указывалось в главе 1, объясняется более высокий критерий доказанности, которого требует их назначение. Чем меньше издержки наказания, тем ниже (чистые) издержки их неправильного назначения. Поэтому целесообразно сочетать менее эффективные наказания с более высоким критерием доказанности.

А может быть, и нет. Одна из проблем эффективных наказаний в том, что, делая прибыльным успешное обвинение, они создают стимул для мошеннического обвинения. Один из способов борьбы с этим — высокий критерий доказанности. Альтернативный путь — сделать само мошеннические преследование, по меньшей мере преследование, не добивающееся успеха, правонарушением. Облегченный вариант этой меры — требовать от проигравшей стороны в иске по деликту оплачивать судебные расходы другой стороны, как это сейчас принято в Англии, но не в Соединенных Штатах.

Есть три правдоподобных объяснения отсутствию вероятностных множителей в деликтном праве. Одно я уже упоминал: вероятностный множитель делает положение жертвы правонарушения выгодным при условии, что вероятность успешно-

го исхода иска достаточно высока по сравнению со средней вероятностью, исходя из которой рассчитывается множитель. В системе частного судебного преследования это создает стимул для мошеннических исков.

Второе объяснение состоит в том, что, поскольку деликты не являются умышленными, их обычно не скрывают, а потому вероятность задержания и осуждения существенно выше, чем в случае уголовных преступлений. Если это так, то система меньше нуждается в вероятностном множителе. Однако можно возразить, что там, где вероятность низка, именно система частного принуждения особенно нуждается в этом множителе. В обеих системах множитель желателен для того, чтобы обеспечивать адекватное сдерживание правонарушений. При преследовании в частном порядке он также может потребоваться, чтобы создать достаточный стимул для обвинения. Это отношение четко представлено в эффективной системе частного преследования, которую я описывал в части I и которая значительно отличается от той, что существует сегодня.

Третье объяснение связывает отсутствие множителя с важностью эффективных наказаний. Чем тяжелее наказание, тем меньше вероятность, что правонарушитель может выплатить его в виде штрафа. Поэтому проблема вероятностных множителей состоит в том, что они могут слишком высоко поднять планку наказаний, увеличив выплачиваемый штраф, но уменьшив получаемый и тем самым сократив стимулы к судебному преследованию.

Недоумение вызывает тот факт, что англо-американское право гарантирует ответчику право на суд присяжных в уголовных делах, но не всегда (за исключением Соединенных Штатов) гарантирует его в делах гражданских. Одно из возможных объяснений состоит в том, что это затрудняет предъявление мошеннических исков. В уголовной

системе обвинитель, судья и заявитель — в некотором смысле одна и та же сторона; вопреки попыткам гарантировать независимость судов судьи остаются государственными служащими. Поэтому в коррумпированной уголовной системе одной стороны достаточно, чтобы отдавать под суд и выносить обвинительный приговор. Введение присяжных меняет эту ситуацию. Конечно, все еще сохраняется опасность того, что в коррумпированной гражданской системе без присяжных судьи будут вступать в сговор с лицами, подающими мошеннические иски. Этот риск особенно велик, когда агенты государства выполняют роль гражданских истцов, как это происходит в делах о гражданской конфискации.

Категория «желаемый уровень правонарушений» требует некоторого объяснения. В некотором смысле желаемое число убийств может быть положительным числом, учитывая издержки их предотвращения. И желаемое число автомобильных аварий было бы равно нулю, если бы мы могли без затрат избегать аварий.

Под желаемым я понимаю здесь уровень, который был бы эффективным, если бы затраты правовой системы на его достижение были бы равны нулю. Если бы можно было безо всяких издержек удерживать от всех убийств, так бы и делали, несмотря на все неудобства, которые это создавало бы для нас, племянников с богатыми дядюшками. Если бы можно было безо всяких издержек предотвращать все дорожные происшествия, мы бы этого не делали, потому что способы, которыми люди избегают дорожных происшествий, если штрафные санкции высоки, например предпочитая не ездить на машине, иногда обходятся дороже, чем та выгода, которую дает сокращение количества происшествий.

Как показывает этот пример, причина того, что желаемый уровень преступлений обычно равен

нулю, частично в том, что преступления совершаются с умыслом; исполнители преступления получают выгоду от их успешного совершения и потому тратят ресурсы на то, чтобы они совершались. Поэтому преступления, скорее всего, будут неэффективны по двум причинам. Во-первых, многие преступления — это перераспределение денежных средств, а если мы прибавим к перераспределению затраты на его совершение, в итоге получится чистый убыток. Во-вторых, поскольку автомобильный вор обычно выбирает, у кого украсть машину, он мог бы вместо этого ее купить. Там, где возможны рыночные трансакции, они, как правило, дешевле принудительных, так как в последнем случае другая сторона тратит ресурсы в попытках предотвратить трансакцию.

Это подводит нас к проблеме умысла. Поскольку умышленные правонарушения скорее будут неэффективными, а потому их будет выгодно сдерживать, если это не создает никаких издержек, тогда почему их также выгодно преследовать в публичном, а не в частном порядке?

Два ответа уже были предложены в предыдущих обсуждениях. Один — что умышленные правонарушения с большей вероятностью будут скрываться, следовательно, их будет труднее выявить, следовательно, они с большей вероятностью будут правонарушениями с отрицательной ценой. Другой — что умышленные деяния с большей вероятностью, чем случайные, будут иметь рыночные субституты, что уменьшает вероятность того, что они эффективны, и их легче сдержать. Если это так, то целесообразно применять по отношению к ним правило собственности, поддерживаемое уголовным правом, а не правило ответственности, поддерживаемое деликтным правом. Противоположный аргумент заключается в том, что умышленные правонарушения с меньшей вероятностью будут правонарушениями с анонимными жертва-

ми, поэтому их легче сдержать, сделав сдерживание частным благом.

Наконец мы подходим к вопросу о клейме позора, единственном наказании с отрицательными издержками. Эта форма наказания является необычной и в другом отношении: прямая выгода от этого наказания — общественное, а не частное благо. Успешное судебное преследование производит информацию об ответчике, которая ценна для тех, кто будет иметь с ним дело в будущем, но эта ценность не помогает оплатить затраты на это преследование. Тем не менее клеймо позора помогает решить проблему сдерживания преступлений, наказание которых обходится слишком дорого. Поэтому неудивительно, что оно используется в сочетании с неэффективными наказаниями, то есть с уголовными наказаниями.

Предположим, что мы использовали клеймо позора для наказания правонарушений, которые мы хотим ограничить, но не устранить полностью, например для дорожных происшествий. Здесь возможен риск чрезмерного сдерживания, особенно потому, что степень позора, в отличие от размера штрафа или длительности тюремного срока, уголовная система не может контролировать напрямую. В случае убийства это не проблема. Отсюда вторая причина, по которой целесообразно, чтобы клеймо позора ассоциировалось с уголовными, а не с гражданскими правонарушениями. Третья причина состоит в том, что, поскольку клеймо позора создает издержки для ответчика, а выгоды от него получает не обвинитель, а другие люди, частный обвинитель может быть готов, за соответствующее вознаграждение, согласиться на тайное внесудебное соглашение, тем самым способствовав утаиванию информации, которую породил бы обвинительный приговор, от тех, кто мог бы ею руководствоваться, имея дело с ответчиком в будущем.

Почему кража с проникновением должна быть деликтом, а поцарапанное крыло автомобиля — преступлением

Правовые нормы влияют на многие параметры поведения. Они могут влиять на стимулы к совершению правонарушений, стимулы к их судебному преследованию и стимулы к их предотвращению. Для некоторых правонарушений стимулы, которое создает деликтное право, могут обладать преимуществами в отношении одного параметра и недостатками в отношении другого. Если так, то вопрос о том, что должно быть деликтом, а что преступлением, будет неоднозначным, по крайней мере пока мы не разработаем достаточно хорошую теорию предсказания не только знака, положительного или отрицательного, но и величины этих эффектов.

На следующих страницах я возьму один из таких параметров и докажу что, если судить по стимулам, которые создают для него альтернативные правовые режимы, наши правила отстали от жизни. Вещи, которые мы квалифицируем в качестве уголовных преступлений, такие как кража с проникновением, должны быть деликтами, вещи которые считаем деликтами, например автомобильные аварии, должны быть преступлениями. Я делаю это в надежде показать одну причину, по которой очень трудно понять, действительно ли наше нынешнее распределение правонарушений между двумя системами эффективно.

Выбранный мною для изучения параметр — стимул для потенциальных жертв к предотвращению правонарушений. С этой точки зрения между деликтным и уголовным правом существует простое и заметное различие. Жертва деликта несет убытки, но при этом приобретает актив, — право требовать от правонарушителя возмещения убытков. Жертва преступления несет убытки, но не полу-

чает соответствующего актива, поскольку штрафы за преступление, если они есть, поступают государству. Таким образом, одно из следствий квалификации правонарушения как деликта, а не преступления заключается в том, что она сокращает чистые убытки, которые несет жертва, и тем самым усиливает ее стимул к предотвращению правонарушений.

Ослабление стимулов к предотвращению правонарушения — это не всегда плохо; как и раньше, мы хотим получить здесь правильный стимул, не слишком сильный и не слишком слабый. Идеальной правовой системой с этой точки зрения будет та, в которой потенциальная жертва получает ровно ту чистую выгоду, которую создают ее меры предосторожности, и тем самым имеет стимул их принимать тогда и только тогда, когда это выгодно. Вопрос применительно к любому конкретному классу правонарушений заключается в том, приближает ли ослабление стимулов, предоставляемых деликтной системой, потенциальную жертву к эффективному уровню мер предосторожности или, наоборот, отдаляет ее от него.

Мир, где принуждение не требует затрат

Чтобы упростить наш аргумент, начнем с мира, в котором задержание и наказание правонарушителей не требуют затрат. Все правонарушители выявляются, и в отношении каждого их них можно исполнить решение суда. Какой стимул к предотвращению правонарушений будет правильным для жертвы и какая система создаст его в этом упрощенном мире?

Начнем с автомобильных аварий. Для простоты рассмотрим только те случаи, когда машина сбивает пешехода и убытки несет только пешеход. Мы можем попытаться предотвратить эти аварии либо с помощью нормы деликтного права, в соответствии с которой водитель автомобиля несет от-

ветственность перед потерпевшим за причиненный ущерб, либо с помощью нормы уголовного права, в соответствии с которой водитель платит штраф, но потерпевший его не получает.

С точки зрения водителя оба правила (с одним и тем же наказанием) создают одинаковые стимулы. Любое сокращение вероятности аварии за счет мер предосторожности, принятых водителем, сокращает его ответственность в размере, равном экономии чистых социальных издержек. А с точки зрения пешехода?

В соответствии с нормой деликтного права пешеход не несет никаких издержек, если его сбили, потому что все издержки полностью возмещаются водителем. Отсюда следует, что у пешехода нет стимула к принятию мер предосторожности. С другой стороны, в соответствии с нормами уголовного права пешеход полностью расплачивается за несчастный случай. Отсюда следует, что у него есть эффективный стимул принимать меры предосторожности, чтобы его предотвратить. Отсюда следует, что с точки зрения стимулирования предосторожности жертвы такие правонарушения должны квалифицироваться как преступления, а не как деликты.

Если расширить этот упрощенный пример, в котором только одна сторона несет убытки, эффективное правило состоит в том, чтобы каждая сторона несла свои собственные убытки и платила штраф, равный тем убыткам, которые несчастный случай создает для другой стороны. Таким образом, каждый несет полную стоимость несчастного случая и имеет стимул принимать любые экономически оправданные меры предосторожности, чтобы уменьшить его вероятность.

Далее рассмотрим кражу с проникновением по-прежнему в мире, в котором принуждение не требует затрат. Правовая система устанавливает наказание за кражу с проникновением, равное на-

несенному ущербу, стоимости украденного. Любой вор, готовый заплатить эту цену, совершает правонарушение — и должен его совершать. Система порождает только эффективные кражи, те, на которых преступник зарабатывает больше, чем теряет жертва. Образцовый пример был приведен Познером: заблудившийся и голодный охотник натыкается в лесу на запертую хижину, вламывается в нее, съедает припасы и звонит в службу спасения.

В этом мире домовладелец, вешающий замок на дверь, впустую тратит свои деньги и время вора. Ему выгоднее оставить дверь открытой и (безо всяких затрат) получить стоимость всего, что будет вынесено из дома. Оптимальные меры предосторожности для предотвращения кражи те же самые, что и оптимальные меры предосторожности, которые должен принимать супермаркет, чтобы помешать покупателям покупать в нем овощи, — то есть ноль.

В соответствии с нормой деликтного права именно такие меры предосторожности примет жертва. Она знает, что получит полное возмещение за все, что потеряет, поэтому у нее нет стимула к тому, чтобы тратить ресурсы на предотвращение ограбления. С другой стороны, в соответствии с нормами уголовного права преступник забирает у жертвы, а возвращает государству, поэтому у жертвы есть стимул к тому, чтобы предотвратить ограбление. Следовательно, по крайней мере в упрощенном мире с бесплатным принуждением и с учетом только стимулов жертвы к тому, чтобы защищать себя, кража с проникновением должна быть деликтом. Читатели, которых интересует формальное доказательство того же самого результата в несколько более реалистическом мире, могут найти его на сайте.

Конечно, нет гарантии, что мы пришли бы к тому же самому выводу, если бы проанализировали вопрос с точки зрения воздействия стимулов на другие параметры — например, на стимулы жертвы (в де-

ликтном праве) или государственного обвинителя (в уголовном праве) к судебному преследованию правонарушения. Если оказывается, что деликтное право создает правильные стимулы для одних решений одних сторон, а уголовное право — для других решений других сторон, теория не даст нам ясного ответа на вопрос о том, как должны квалифицироваться правонарушения, — и перед нами по-прежнему будет стоять сложная практическая проблема определения, какое именно из двух несовершенных решений мы должны предпочесть.

Заключение

Есть ряд правонарушений, с которыми возникают особые сложности в случае частного принуждения: правонарушения с отрицательной ценой и с анонимными жертвами. Такие правонарушения дают убедительный аргумент против чисто деликтной системы. Есть еще одна группа правонарушений, с которыми возникают трудности и при частном, и при публичном порядке: правонарушения с низкой вероятностью задержания и потому требующие вероятностного множителя для обеспечения достаточного ожидаемого наказания, для которых возможны эффективные наказания, что выгодным делает успешное судебное преследование, и при которых трудно выявить мошеннические иски.

Нынешнее распределение правонарушений по категориям уголовного преступления и деликта имеет в лучшем случае скромное отношение к тому, что, как подсказывает анализ, было бы эффективным распределением. При изучении объединения правовых норм в группы, которые мы называем «деликтом» и «преступлением», с другой стороны, мы можем найти правдоподобные, но не всегда убедительные объяснения с точки зрения эффективности для большинства из их черт.

Эффективные институты частного принуждения к соблюдению закона: постскриптум для любителей математики

Я — обвинитель, купивший у потерпевших право преследовать 1000 правонарушений определенного вида. Суд установил ожидаемое наказание в размере 1000 долларов. Это означает, что я могу поймать всех правонарушителей и наложить на каждого оплачиваемый штраф в размере 1000 долларов, поймать 100 и наложить на каждого штраф в размере 10 000 долларов или поймать 10 и наложить на каждого штраф в размере 100 000 долларов.

Выбирая между этими альтернативами, я хочу максимизировать общую сумму собранных штрафов за вычетом издержек принуждения. Пусть F_p будет штрафом, который выплачивает каждый осужденный правонарушитель; F_c — собираемым штрафом, из чего получается, что $F_p - F_c$ — это издержки наказания; N — число правонарушителей, осужденных и понесших наказание; $N/1000 = p$ — вероятность осуждения и наказания; $E(p)$ — стоимость поимки правонарушителя с вероятностью p в расчете на одного правонарушителя; P_o — цена, которую правоприменитель платит каждой жертве за право взыскать ее требование и получить за это полагающийся штраф.

Правоприменитель получает собранный штраф, оплачивает принуждение и платит за приобретенные права взыскания, то есть его функция прибыли:

$$\pi = NF_c - 1000E(p) - 1000P_o =$$
$$= NF_p - N(F_p - F_c) - 1000E(p) - 1000P_o.$$

Суд установил $pF_p = \$1000$, следовательно, $NF_p = \$1\,000\,000$; отсюда мы имеем:

$$\pi = [\$1\,000\,000 - 1000P_o] - [N(F_p - F_c) + 1000E(p)].$$

Прибыль = [*чистый оплаченный штраф - цена, уплаченная за покупку 1000 прав взыскания штрафов*] - [*сумма общих издержек наказания* (*разность между оплаченным штрафом и полученным штрафом*) *и общих издержек принуждения*].

Правоприменитель должен решить, какие усилия прилагать к поимке правонарушителей, с учетом p, вероятности того, что он их поймает. Это решение определит размер выплаченного штрафа, который он соберет в наиболее эффективной из возможных форм. Первое выражение в скобках во втором уравнении не зависит от p, поэтому он максимизирует свою прибыль, выбирая то значение p, которое минимизирует:

$$\mathcal{N}(F_p - F_c) + 1000E(p),$$

где $F_p - F_c$ — издержки наказания одного наказанного правонарушения. Таким образом, $\mathcal{N}(F_p - F_c)$ — общие издержки наказания; $\mathcal{N}E(p)$ — общая стоимость принуждения. Следовательно, правоприменитель выбирает уровень p (и наказание, которое в сочетании с p дает установленное значение ожидаемого наказания), которое минимизирует сумму издержек наказания и принуждения — то есть наименьшую по стоимости комбинацию вероятности и наказания. Отсюда следует, что суд должен только установить эффективное значение ожидаемого наказания, вероятность наказания, умноженную на оплаченный штраф, а правоохранительный орган в процессе максимизации своей прибыли произведет эту величину с оптимальной комбинацией вероятности и наказания.

ГЛАВА 19

Эффективно ли общее право?

> Метод общего права заключается в распределении ответственности между людьми, участвующими во взаимосвязанной деятельности таким образом, чтобы максимизировать совокупную ценность или, что то же самое, минимизировать совокупные издержки этой деятельности.
>
> (*Познер Р.* Экономический анализ права. С. 98)

Почти 30 лет назад Ричард Познер, тогда еще профессор права, ныне председательствующий судья седьмого округа, выдвинул простую гипотезу: общее право можно лучше всего понять как набор правовых норм, направленных на максимизацию того, что мы называем экономической эффективностью. За прошедшие с тех пор годы он и другие ученые предложили целый ряд аргументов, объясняющих, почему это, скорее всего, так, — ни один из них не кажется мне до конца убедительным. Но Познер также привел фактические доказательства в эпических масштабах. В рамках исследовательского проекта, который продолжается уже несколько десятков лет и в котором участвуют большинство специалистов в области права и экономики, он и его коллеги тщательно проанализировали общее право, пытаясь в каждом конкретном случае установить, какие правовые нормы были бы эффективны и как они соотносятся с действующими правовыми нормами.

В предыдущих главах мы видели некоторые из результатов этого проекта, естественно пропущенные через фильтр моих интересов и работ.

В этой главе я вкратце опишу аргументы в пользу того, чтобы считать общее право эффективным, а затем предложу краткий обзор доказательств.

Априорные аргументы в пользу эффективности

> Подыскивая достаточно объективный и беспристрастный критерий, как того требуют традиции судейства, судья наверняка примет во внимание то, что убыток был плодом расточительного, неэкономного использования ресурсов. В культуре ограниченных ресурсов это острый, неизбежный вопрос. И по крайней мере приблизительный ответ на него в большинстве случаев в разумных пределах доступен интуиции и здравому смыслу.
>
> (*Познер Р.* Экономический анализ права. С. 99)

Приведенная цитата из первого издания «Экономического анализа права» Познера, научного труда, выдающего себя за учебник, наполовину объясняет, почему от судей можно ожидать того, что они будут создавать эффективное право: эффективность — широко распространенная ценность, и судьи, даже без аппарата экономической теории, могут более или менее правильно определить, какие нормы эффективны. Вторая половина — это утверждение, что нет другой столь же широко распространенной ценности, которую судьи были бы в состоянии достичь.

Одна очевидная альтернатива, перераспределение доходов, едва ли достижима при помощи общих правовых норм по причинам, о которых говорилось в главе 1. Если судьи последовательно

толкуют договоры таким образом, чтобы они были благоприятны для одного класса сторон, например жильцов в их спорах с домохозяевами, или рабочих в их спорах с работодателями, то другие характеристики трансакции будут изменены соответствующим образом; арендная плата поднимется или заработная плата упадет, чтобы отразить изменившиеся условия. Конечный результат едва ли окажется таким уж благоприятным для класса, которому симпатизирует судья, более того, обе стороны могут пострадать из-за того, что им будут навязаны менее эффективные условия, чем те, о которых они могли бы договориться самостоятельно. Поэтому для судей, даже для тех из них, кто является сторонниками равенства, благоразумнее сосредоточиться на максимизации общественного пирога, цели, которую Познер называет максимизацией богатства, а я называю экономической эффективностью, и оставить за законодательными органами решение спора о том, как его следует делить.

Даже если судьи не могут перераспределять доходы между группами, они все-таки могут перераспределять их между сторонами в конкретном деле, которое находится у них на рассмотрении, и именно эти стороны испытывают на себе прямое и непосредственное влияние решения судьи. Если в какой-то категории судебных споров, например в тяжбах между домохозяевами и жильцами, одна сторона постоянно будет признаваться более достойной, чем другая, в полученных таким образом правовых нормах может образоваться устойчивый перекос, не имеющий отношения к экономической эффективности. Эта проблема уменьшается, но не устраняется полностью в правовой системе, которая устанавливает некоторую дистанцию между апелляционными судами, создающими правовые нормы, и сторонами, чьи дела они рассматривают.

Более серьезная проблема, связанная с аргументом Познера, состоит в том, что он предполагает,

будто судьи достаточно разбираются в экономике, чтобы понимать, что они не могут использовать общие правила, чтобы помочь группе, которой они симпатизируют. Как может подтвердить любой преподаватель экономики, большинство студентов и знакомых полагают, что правовые нормы, благоприятствующие жильцам, помогают жильцам, правовые нормы, благоприятствующие рабочим, — рабочим, а правовые нормы, ориентированные на бизнес, помогают капиталистам и менеджерам. Почему мы должны ожидать, что судьи окажутся более информированными? Значительная часть права XX века, включая такие неубедительные с экономической точки зрения концепции, как договоры присоединения и неравные переговорные позиции, видимо, несет на себе печать экономического невежества. Как Познер сам написал в «Экономическом анализе права», критикуя приговор в деле «младенца М.» (в котором принудительное исполнение договоров о суррогатном материнстве было признано противоречащим публичной политике штата Нью-Джерси), «суд привел для обоснования этого вывода ряд причин, которые продемонстрировали неискушенность в экономике и потребность в такой книге, как эта».

Еще одна проблема: судьи могут быть озабочены не только проблемой эффективности и перераспределения, но и другими проблемами, ценностями, которые обозначаются расплывчатыми, но несущими в себе большую эмоциональную мощь понятиями «справедливости» или «законности». Один из возможных ответов: эти ценности тоже можно рассматривать как отражение озабоченности общества экономической эффективностью. В главе 17 я утверждаю, что негосударственные нормы в сплоченных группах, которые могут быть источником наших представлений о справедливости и законности, как правило, бывают экономически эффективными.

Даже если судьи достаточно хорошо знают экономику, чтобы понимать, что они должны устанавливать эффективные правовые нормы, из этого не следует, что они знают ее достаточно, чтобы это делать. Определение того, какие правила экономически эффективны, может оказаться непростой задачей. Познер — один из наиболее интеллектуально одаренных и экономически искушенных судей этого столетия. И тем не менее в своих научных работах он довольно часто предлагал экономически ошибочные аргументы в поддержку экономически ошибочных выводов. Едва ли мы можем ожидать, что менее квалифицированные судьи превзойдут его или хотя бы сравняются с ним.

Экономисты привычно ожидают, что фирмы, занимающиеся бизнесом, будут действовать эффективно, хотя едва ли можно ожидать, что руководители окажутся намного умнее судей. Но между двумя этими случаями есть принципиальное различие. Руководитель, принимающий неверное решение, теряет деньги. Рынок обеспечивает обратную связь, позитивное и негативное подкрепление, которое направляет фирму к выбору эффективного поведения. Не существует никакого сопоставимого механизма, который подталкивал бы судей к эффективности. Катастрофически плохие решения могут принести десять лет спустя сокращение национального дохода на десятую долю процента. Это колоссальный ущерб, который может быть причинен одним человеком, миллиарды долларов коту под хвост, но судьи не улавливают эти сигналы и не реагируют на них.

Еще один подход к аргументации в пользу того, что правовые нормы должны быть эффективными, заключается в том, чтобы начать со стимулов сторон спора, а не со стимулов судей. От неэффективной нормы благосостояние людей, которых она затрагивает, в суммарном выражении ухудшается, что создает для них стимул к тому, чтобы попытаться заключить договор или оспорить эту норму в суде. В конце

концов, вода камень точит: после достаточного числа дел суд наконец найдет правильный ответ.

Этот аргумент не может объяснить эффективность правовых норм с большим разбросом последствий, потому что ни одно заинтересованное лицо не имеет необходимого стимула подать против них иск, чтобы их изменить. И даже если последствия сконцентрированы, нет причины ожидать, что выгоды и издержки альтернативных правовых норм будут столь же концентрированными. Если конкретное правовое изменение порождает выгоды для небольшой и хорошо организованной группы, достаточно хорошо организованной, чтобы финансировать многократные иски, направленные на установление необходимого прецедента, и умеющей хорошо распределять свои издержки, из этого аргумента следует, что мы получим это изменение, даже если оно в итоге неэффективно. Циничный наблюдатель из прошлого века может утверждать, что именно так и происходило. Сплоченные группы интересов состоят из адвокатов; результатом их усилий становится совокупность законов, направленных на максимизацию спроса на их услуги.

Наконец, Познер и его сторонники установили всего лишь возможность того, что судьи, в особенности судьи XIX века, в культуре, благоприятной для экономической эффективности, могли решать судебные дела таким образом, чтобы создавать эффективные нормы. Серьезная защита этого тезиса зависит не от априорного аргумента, а от фактов.

Доводы защиты: эффективные правовые нормы

В главе 5 я провел различие между правилами собственности и правилами ответственности: «украдешь мою машину, сядешь в тюрьму» или «поцарапаешь мою машину, подам на тебя в суд».

По правилам собственности права распределяются для их наиболее ценного использования через добровольный обмен: если право пользоваться вашей машиной для меня ценнее, чем для вас, я его куплю. По правилам ответственности они распределяются путем присвоения, за которым следует установленное судом возмещение потерпевшему со стороны лица, присвоившего право.

Как мы видели, правила собственности эффективны там, где издержки частных трансакций низкие, а размещение через судебные тяжбы дорогостоящее и неточное; правила ответственности эффективны в противоположном случае. Грубо говоря, это соответствует тому, что мы наблюдаем в праве. Хотя есть некоторые исключения — я не могу продать вам одну из почек, хотя это и будет прямая частная трансакция, — блага, которые должны распределяются через собственность и обмен, так и размещаются; блага, которые не могут так распределяться по любой разумной цене, такие, например, как ваше право на то, чтобы я по небрежности не столкнулся на своем автомобиле с вашим, распределяются при помощи правил ответственности.

Это дает некоторое подтверждение тезиса Познера, но не столь серьезное. Проблема в том, что эти доводы слишком простые. Рассмотрим альтернативную систему, в которой я бы имел право украсть вашу машину, когда захочу, а для вас единственным средством было бы судиться со мной за причиненный ущерб, но в которой для того, чтобы проехать по улице, мне потребовалось бы купить разрешение у всех остальных водителей, находящихся на дороге. Такая система была бы не просто неэффективной, а вообще не работала бы. Экономический анализ помогает нам понять, почему такая система не будет работать, но нам не нужно допускать, что правовые нормы эффективны, чтобы предсказать, что мы их не получим. Все, что нам нужно, —

это какой-то механизм, позволяющий устранять правовые нормы, чьи последствия сразу же приводят к катастрофе.

Правила, которые являются предпосылкой собственности, — в частности, тот факт, что, если я владею правом, то в большинстве случаев я могу передать свою собственность кому-то другому, — снова относятся к тому, что мы ожидали бы при эффективной правовой системе. Как мы видели в главе 2, право на передачу обеспечивает простой механизм перехода благ к тому, кто ценит их наиболее высоко. И по крайней мере некоторые исключения в нашей правовой системе — например, я не могу передать свои родительские права на ребенка кому-то другому, не получив прежде на это разрешения правовой системы, или открыто продать свой голос на выборах — можно защищать на том основании, что они являются способами противодействия потенциальным последствиям для третьих лиц.

Общая структура совокупности правовых норм, относящихся к недвижимости, то, как имущественные права объединяются в пучки, также, как представляется, более или менее согласуется с экономической эффективностью. Человеку, обладающему правом выращивать зерновые на участке земли, принадлежит также право решать, кто может по ней ходить, что не лишено смысла, потому что два эти права гораздо ценнее вместе, чем по отдельности. Ему не принадлежит право решать, могут ли самолеты летать на высоте мили над его землей или радиостанции передавать радиомагнитные волны через нее, что также имеет смысл по тем же причинам. И, как я подробно объяснял в главе 11, общая структура права интеллектуальной собственности, в частности различие между нормами патентного и авторского права, выглядит как система экономически эффективных норм.

Большая часть структуры деликтного права также представляется вполне согласующейся с эконо-

мической эффективностью. Требование о том, чтобы причинитель вреда возместил убытки жертвы, дает нам пигувианское решение проблемы внешних эффектов, по крайней мере если мы не принимаем во внимание судебные издержки и риск того, что некоторые причинители вреда могут выйти сухими из воды. Правовые нормы о небрежности предлагают решение для коузовской проблемы обоюдной причинности: причинитель вреда принимает оптимальные меры предосторожности, чтобы его не сочли небрежным; жертва, зная, что причинитель вреда не будет признан виновным, принимает оптимальные меры предосторожности, потому что предполагает, что будет нести все издержки несчастного случая. Строгая ответственность с возражением о встречной небрежности достигает той же самой цели в виде зеркального отражения: потенциальная жертва принимает меры предосторожности для того, чтобы не считаться проявившей небрежность, поэтому причинитель вреда знает, что будет один нести ответственность, поэтому в его интересах также принимать оптимальные меры предосторожности. Обе эти правовые нормы наряду с некоторыми другими альтернативами можно наблюдать там, где действует общее право.

Правовая норма о небрежности создает неэффективные стимулы в отношении мер предосторожности, которые суд не может с легкостью проверить, например масштаба деятельности: эффективно ли было с моей стороны поехать на машине в тот раз, когда я (не по небрежности) столкнулся с вашей машиной? Общее право решает эту проблему, устанавливая строгую ответственность, которая создает правильные стимулы при выборе масштаба своей деятельности причинителем вреда, но не жертвой, когда речь идет о чрезвычайно опасной деятельности, в случае которой эффективным способом уменьшения проблемы является

сокращение масштаба самой этой деятельности. А (некоторые) суды заменяют строгую ответственность небрежностью там, где деятельность является обычной и необходимой частью землепользования, и потому ее вряд ли следует сдерживать. Если строгая ответственность создает дополнительные судебные издержки, но не обеспечивает (или почти не обеспечивает) сдерживания правонарушений, лучше применять правовую норму о небрежности, как заключил верховный суд Техаса в деле «Тернер против нефтяной компании Биг-Лейка» (Turner v. Big Lake Oil).

Некоторые различия между деликтным и уголовным правом также имеют смысл с точки зрения экономической эффективности, как мы видели в главе 18. Деликты обычно наказываются денежными возмещениями убытков, преступления — тюремным заключением или смертной казнью. Первое наказание более эффективно, следовательно, неправильные приговоры обходятся дешевле, что оправдывает более низкий критерий доказанности в деликтном праве.

Многие другие детальные нормы в правовой системе, кажется, также согласуются с экономической эффективностью. Один из примеров — это возражение о крайней необходимости, в соответствии с которой голодный охотник из примера Познера мог бы успешно избежать уголовной ответственности за то, что вломился в пустой дом и воспользовался телефоном, чтобы вызвать помощь. Его преступление эффективно, поэтому мы не хотим его сдерживать, а поскольку он не пытался его скрыть, его наверняка обнаружат, что сделает возмещение убытков по деликту достаточным для того, чтобы в дальнейшем удержать его от вторжения в чужие дома, если он не будет умирать от голода. Еще один пример — правило предвидимости. Именно фотограф, вернувшийся из Гималаев, а не тот, кто занимается проявкой его пленки, несет основное бремя

издержек, вызванных тем, что в лаборатории потеряли его пленку, потому что фотографу, который знает о ее особой ценности, дешевле принять меры предосторожности, чем работнику фотолаборатории, которому о ней ничего не известно. Третий пример — отказ морского права применять неограниченную свободу договора в случае спасения терпящих бедствие, отбивающий охоту у капитанов судов вести торги, в то время как судно погружается в воду.

Доводы обвинения: неэффективные правовые нормы

Если от общей структуры мы перейдем к деталям, тезис Познера покажется уже не столь убедительным. Один из примеров — тот факт, что продажа органов их обладателем считается незаконной. Совершенно свободный рынок органов для трансплантации может вызвать проблемы, поскольку он делает выгодным убийство с последующим расчленением в медицинских целях, создавая серьезные отрицательные внешние эффекты для потенциальных жертв. Но эта проблема не имела бы отношения к рынку, на котором индивиды могли бы свободно принимать плату в обмен на право забрать их органы после смерти. Менее экзотический пример — неспособность действующего законодательства поддержать свободу договора в контексте ответственности производителей за ущерб, причиненный их продукцией, и связанных с нею вопросов, что, как я утверждал в главе 14, было бы эффективно.

Познер защищал эффективность действующего законодательства об ответственности производителей, ссылаясь на то, что в современном обществе чрезвычайно высоки затраты потребителей на то, чтоб оценить сочетание гарантий и отказов от прав,

к которому приводит свобода договора. Очевидный ответ: если общие нормы превосходят решения в каждом конкретном случае, рациональные потребители могут принять общие нормы. Вместо того чтобы навязывать императивные условия ответственности производителей, как сегодня это делают суды, они могли потребовать, чтобы договоры, которые отклоняются от установленных судом диспозитивных норм, содержали бы четкое уведомление об этом, напечатанное ярким красным шрифтом четырнадцатого кегля на первой странице. Потребители, которые, как и Познер, считают, что суды, обладающие большей квалификацией по сравнению с ними, должны устанавливать условия, на которых они приобретают товары, могут придерживаться правила о том, чтобы никогда не подписывать договоры с красным шрифтом на первой странице; потребители, полагающие, что суды часто ошибаются, могли бы придерживаться иной стратегии. Если Познер прав и потребители рациональны, результат будет тот же, что и без свободы договора; если он не прав, рациональные потребители смогут и будут заключать договоры в случае, если диспозитивные правила неэффективны. Довод Познера требует предпосылки о том, что потребители не только не знают деталей оптимальных договоров, но и не знают, что они этого не знают, и потому будут отказываться от лучшего режима ответственности, предлагаемого судами.

Отказ современных судов признавать исковую силу соглашений об отказе от ответственности производителей или от ответственности за врачебную ошибку — пример более общей закономерности отхода от свободы договора за последние лет восемьдесят. Еще одна закономерность — нежелание судов признавать исковую силу типовых договоров, применяемых на рынке товаров массового спроса, так называемых договоров присоединения. Тре-

тий пример — их нежелание признавать исковую силу условий договора о штрафных санкциях, соглашений о заранее оцененных убытках, которые суды считают чрезмерными. Как я указывал в главе 12, условие о штрафных санкциях в договоре — это просто правило собственности, оговариваемое в частном порядке. Оно имеет смысл в тех же контекстах, что и остальные правила собственности: там, где переместить ресурсы для их наиболее ценного использования дешевле посредством частных трансакций (одна сторона покупает у другой разрешение на прекращение договора), чем с помощью судебного разбирательства.

Есть множество других примеров неэффективных особенностей общего права. Вероятно, самая яркая из них — отказ общего права учитывать при подсчете убытков от насильственной смерти ценность жизни для самой жертвы. Если этот подход сейчас и меняется, то происходит это главным образом через законы о насильственной смерти, а законодательство — это та часть правовой системы, которую Познер не считает эффективной.

Другой пример — отказ общего права делать требования по деликту, включая незавершенные требования, предметом купли-продажи. В главе 9 я показал, как это помогло бы решить проблемы, связанные с возмещением убытков по деликту с потерей жизни, в главе 17 — как это могло бы использоваться и некогда использовалось для решения проблем потерпевших, которые слишком бедны, чтобы самим заниматься судебным преследованием обидчика, а в главе 18 — как это могло бы стать лучшей альтернативой коллективному иску.

Ранее я приводил законодательство об интеллектуальной собственности как свидетельство в пользу эффективности. Но тезис Познера касается общего права, а не права, созданного законодателями, тогда как и патентное право, и авторское являются продуктами федерального законодательства.

Конечно, это законодательство подвергается толкованию, поэтому даже в статутном праве к тому моменту, когда оно попадает к тяжущимся сторонам, образуется существенный элемент общего права. Но если мы посмотрим на этот аспект закона об интеллектуальной собственности, доказательство в пользу эффективности перестанет быть таким уж ясным.

Рассмотрим вопрос о том, могут ли компьютерные программы на машинном коде, то есть та форма программирования, которая используется в компьютерах, защищаться авторским правом. В более ранних делах некоторые суды приходили к выводу, что нет, на том вполне убедительном основании, что если что-то не предназначалось для человеческих глаз, то это нельзя считать сочинением. Конец этому аргументу положил не суд, а Конгресс, который пересмотрел закон об охране авторских прав и включил в него программное обеспечение как в форме исходного текста программы, так и объектного кода. Если эта черта закона об интеллектуальной собственности свидетельствует об эффективности, то это эффективность именно статутного права.

В качестве противоположного свидетельства рассмотрим вопрос о сроке, в течение которого действует патент. Оптимальный срок патентной защиты зависит от технологии производства и маркетинга изобретений. Чем быстрее происходят инновации, тем больше вероятность того, что то, что вы изобрели сегодня, я бы изобрел завтра, поэтому вероятнее, что длительный срок действия патента принесет вам чрезмерное вознаграждение за ваше изобретение. За последнее столетие технология производства и маркетинга изобретений значительно изменилась. Все это время срок действия патентов, предусматриваемый американским патентным законодательством, составлял от 14 лет до 21 года.

Неясное право и еще более неопределенная экономика: доводы в пользу неведения

До сих пор я оценивал тезис о том, что общее право эффективно, перечисляя черты права, которые подходят или не подходят под данные им предсказания, черты, которые эффективны либо неэффективны. Как вы можете видеть, и тех, и других достаточно много. Более серьезная проблема с проверкой этого тезиса связана с тем, что порой мы просто не знаем, что такое эффективная правовая норма. Во многих случаях талантливый теоретик может найти вполне убедительные экономические аргументы в пользу любой из двух альтернативных правовых норм: небрежность или строгая ответственность, принятие возражения о приближении к нарушителю покоя или отказ от него, учет или отказ от учета вероятностного множителя при расчете убытков по деликту.

Я посвятил целую главу, восемнадцатую, одному примеру проблемы такого рода, разделению на уголовные преступления и деликты в нашей правовой системе. Существование уголовного права можно защищать на том основании, что это способ иметь дело с ответчиками, в отношении которых невозможно выполнить решение суда в силу их неплатежеспособности. В ответ на этот довод можно предложить сделать ответчиков по деликтам более пригодными для выполнения решения суда, установив систему поощрений, которая сочетала бы судебное преследование в частном порядке с некоторым частным финансированием, или указать на то, что сдерживание правонарушений может быть превращено в частное благо, а удерживать от совершения правонарушений стоит даже тех преступников, которые не в состоянии возместить ущерб.

Более сложный довод в защиту действующего законодательства, которым мы обязаны Лэндесу и Познеру, указывает, что, для того чтобы создать полностью эффективную систему частного уголовного правоприменения, необходимо оптимизировать два исхода, используя одну-единственную форму контроля, что в общем случае оказывается с математической точки зрения невозможным. Нет оснований, кроме разве что слепой удачи, для того, чтобы один и тот же штраф порождал и оптимальную вероятность наказания (через стимулы, которые взыскание этого штрафа создает для правоприменителей), и оптимальный размер наказания. Я предложил решение для этой проблемы, описав институты частного правоприменения, в которых максимизация прибыли фирмой, занимающейся правоприменением, порождает оптимальное сочетание вероятности/наказания для любого уровня ожидаемого наказания, позволяя оптимизировать один исход при помощи одной формы контроля. Это решение в свою очередь можно раскритиковать, указав на то, что, если затраты на поимку и осуждение правонарушителя больше штрафа, который можно с него взыскать, правонарушение продается по отрицательной цене. Потерпевшие должны платить фирмам, занимающимся судебным преследованием, за привлечение к ответственности за преступления против них. В ответ на эту критику можно снова заметить, что сдерживание преступлений может быть частным благом, и привести в качестве реального примера ассоциации по судебному преследованию правонарушений из XVIII века, систему институтов, в которой потерпевшие платили за то, чтобы за совершенные против них правонарушения привлекали к ответственности. А в ответ на это можно сослаться на проблему правонарушений с анонимными жертвами, для которых сдерживание не может быть превращено в частное благо.

Я только что провел один аргумент — о том, следует ли отменить уголовное право, основную черту нашей правовой системы, — через семь раундов проверки, на четыре или пять раундов больше, чем вы можете встретить, если будете слушать курс по праву и экономике у кого-то, кроме меня. С каждым разом вывод менялся на противоположный. Я привожу это в качестве свидетельства того, насколько рискованно переходить от наличия аргумента в пользу эффективности какой-то конкретной правовой нормы к выводу о том, что эта норма на самом деле эффективна.

И это еще не все; я опустил вторую линию критики аргумента Лэндеса и Познера, которая сама по себе представляет одну из самых изощренных защит разделения на деликты и уголовные преступления в литературе. Их проблема оптимизации двух переменных при помощи одного метода контроля не относится только к уголовным преступлениям, она также касается и деликтов. Подобно тому как штрафы в частной уголовной системе одновременно создают отрицательный стимул для преступников и положительный для того, кто занимается их судебным преследованием, возмещение убытков в гражданской системе — это одновременно и наказание за совершение деликта, и награда за успешное судебное разбирательство. Нет оснований для того, чтобы ожидать, что оптимальные стимулы к достижению обеих целей будут одинаковыми. В той мере, в которой Лэндес и Познер объяснили, почему судебное преследование преступлений в частном порядке — ошибка, они также показали, почему частное преследование деликтов — это тоже ошибка, тем самым подорвав свой собственный довод в пользу эффективности наших правовых институтов.

Проблема не только в неоднозначности, но и в необъективности отбора. Предположим, вы — правовед, верящий в правоту тезиса Познера. Вы види-

те, что общее право принимает возражение о том, что жертва сама приблизилась к нарушителю покоя; свиноферма, на которую владельцы прилегающего жилого комплекса, подали в суд за внешний эффект в виде неприятных запахов, может возразить, что первой появилась в этом месте. Немного поразмыслив над проблемой, вы находите объяснение. Проблема возникла не из-за присутствия свинофермы, а из-за присутствия жилого комплекса рядом со свинофермой. Жилой комплекс, или свиноферму, легче переместить до того, как он построен, а не после, поэтому любой, кто пришел вторым, может избежать проблем с наименьшими издержками.

Предположим, однако, что вы столкнулись с тем же самым вопросом несколько десятилетий спустя и выяснили, что суды все неохотнее принимают этот довод защиты при рассмотрении исков о нарушении покоя. Вам приходит в голову, что, хотя застройщик и может перенести свой жилой комплекс в другое место, но собственник земли, на которой тот планировал строить, не может перенести свою землю. Если расширение города делает использование под жилую застройку наиболее ценным землепользованием для всех земель, окружающих свиноферму, правовая норма о приближении к нарушителю покоя позволяет владельцу свинофермы создавать серьезные внешние издержки для владельцев всех прилегающих земель. Отвергая это возражение, мы заставляем его учесть эти издержки — и переехать.

Как показывают эти примеры, и как могли бы показать многие другие, ученый, ищущий доказательство того, что общее право эффективно, почти всегда может их найти, определив, *что* эффективно после того, как узнал, каков закон. В большинстве случаев диапазон правдоподобных аргументов достаточно широк, чтобы находчивый исследователь смог найти хотя бы один довод, который оправды-

вает существующий закон. Иногда при достаточно внимательном рассмотрении выясняется, что, хотя довод правдоподобен, он, тем не менее, ошибочен. Иногда — нет. А иногда, когда мы смотрим на очень большое число правовых норм, аргумент никогда не подвергается достаточно внимательному рассмотрению.

Мой собственный вывод: последнее слово о тезисе Познера еще не сказано. Одни особенности общего права вполне соответствуют тому, что мы ожидали бы в эффективной правовой системе, другие — нет, и во многих случаях мы просто не знаем наверняка, каким должно быть эффективное правило.

Более веские доказательства существуют для модифицированной версии этого тезиса, согласно которой общее право было эффективным, возможно, потому, что унаследовало свои доктрины от эффективной системы частных норм или от эффективных правовых норм, порожденных конкурирующими судебными системами средневековой Англии, но на протяжении большей части прошлого столетия оно постепенно отдалялось от эффективности. Это объяснило бы отход от свободы договора, но не длительный отказ деликтного права присуждать убытки в размере ценности жизни жертвы для нее самой или делать требования по деликту предметом купли-продажи.

В защиту Ричарда Познера

Итак, экономист-аналитик может легко передвигаться не только внутри разделов общего права, но и между ними. Почти любая проблема деликтного права может быть решена, если подойти к ней как к проблеме договорного

права и задать вопрос о том, о каких мерах безопасности люди, ставшие участниками несчастного случая, договорились бы заранее, если бы трансакционные издержки не были непомерно высокими... Точно так же почти любая проблема договорного права может быть решена как проблема деликтного права, если спросить, какие санкции необходимы для того, чтобы помешать исполняющей или платящей стороне придерживаться расточительного с общественной точки зрения поведения, например пользоваться уязвимостью другой стороны, которая первой должна исполнить свою часть обязательств по договору.

В то же время и деликтные, и договорные проблемы могут быть сформулированы как проблемы определения прав собственности... Определение прав собственности само по себе может рассматриваться как процесс выяснения того, о каких мерах договорились бы стороны, если бы трансакционные издержки не были непомерно высокими.

(*Познер Р.* Экономический анализ права. С. 252–253)

Независимо от того, правильно или нет Познер объяснил общее право в его нынешнем виде, он сделал кое-что еще, возможно, не менее важное. Пытаясь показать, что право эффективно, он (вместе со многими другими) продемонстрировал единство, может быть, не самого права в том виде, в котором оно существует, но тех проблем, для решения которых оно существует. Мы не знаем, эффективно ли право. Мы знаем, что вопрос «Какая правовая норма

является эффективной?» превращает изучение права из совокупности отдельных, не связанных друг с другом доктрин в единую проблему, в которой одни и те же аргументы — проблемы морального риска, стратегии «не уступать», общественных благ, неблагоприятного отбора, правил *ex ante* в сравнении с правилами *ex post* и многие другие — помогают понять целый ряд правовых вопросов. Тезис Познера независимо от того, правильный он или ошибочный, явно оказался полезен.

Дальнейшее чтение

Лучшая работа судьи Познера по экономическому анализу права: *Posner R.* Economic Analysis of Law (Boston: Little, Brown, 1973; 2d ed. 1977, 3d ed. 1986, 4th ed. 1992).

Защиту Познером отсутствия свободы договора в области ответственности производителей можно найти в: *Posner R., Landes W.* The Economic Structure of Tort Law (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987).

Общий обзор его творчества в экономической науке и за ее пределами см. в: *Friedman D.* Richard Posner// The New Palgrave Dictionary of Law and Economics. New York: Stockton Press, 1998.

ЭПИЛОГ

Чем мы занимались в предшествующих девятнадцати главах, или Описание слона

Мир имеет ограниченное пространство и ресурсы и населен людьми с разными верованиями и целями. В этих простых фактах скрыты возможности конфликта. Я хочу охотиться на оленя в поле, где вы пытаетесь выращивать пшеницу. Вы хотите плавать в реке, где я пытаюсь ловить рыбу.

Простое и очевидное решение — открытое применение физической силы. Вы высаживаете вокруг вашего пшеничного поля изгородь из колючего кустарника, чтобы убедить меня охотиться на оленей в другом месте. Я ударяю вас веткой дерева по голове, чтобы убедить плавать в другом месте.

Это не самое удачное решение проблемы. Его издержки — это затраты времени и усилий, царапины и синяки, и зачастую оно не достигает своей цели. Открытое применение насилия — настолько плохое решение проблемы ограниченных ресурсов и различий в целях, что к нему прибегают разве что маленькие дети и великие страны.

Более сложный вариант этого решения, в котором вместо насилия применяются угрозы, работает намного лучше — настолько хорошо, что его можно наблюдать в целом ряде исторических обществ. Мы с вами каким-то образом вырабатываем правила разделения наших притязаний на ресурсы. Я знаю, что поле ваше, а это означает, что, если я буду его топтать, вы сделаете что-то, что мне не понравится, например ударите меня по голове или станете плавать в моем бассейне. Вы знаете, что бассейн мой, и это

означает, что, если вы будете в нем плавать, я сделаю что-то такое, что вам не понравится, например ударю вас по голове или буду топтать вашу пшеницу.

Если людей всего двое, у меня есть очевидный соблазн раз и навсегда решить проблему, подкрасться к вам, когда вы спите, и стукнуть по голове. В более реалистичном по размерам обществе мне помешает то, что я знаю, что, если я вас убью, ваши друзья и родственники в отместку убьют меня. В результате мы получаем общество, основанное на кровной вражде (не путать с феодальным обществом), в котором исполнение правовых норм обеспечивается в частном порядке при помощи угрозы частного возмездия тем, кто их нарушает.

Возьмем Грецию времен гомеровского эпоса. Когда Агамемнон с победой возвратился с Троянской войны, его жена со своим любовником убили его. Никто не вызывает полицию, чтобы их арестовать, потому что никакой полиции нет. Убийство, даже убийство короля — частное дело. Его родственники решают, мстить за него или нет.

Родственники — это в данном случае его сын Орест. Проблема в том, что среди убийц, которым он должен отомстить, — его собственная мать. Похожая история два тысячелетия спустя становится основой конфликта в «Саге о Гисли». Гисли мстит Торгриму, одному из убийц его кровного брата (мужа сестры) Вестейна, но не трогает другого убийцу, Торкеля, потому что Торкель — брат Гисли. Орест выбирает противоположный путь, убивает мать и обеспечивает сюжетами для пьес среди прочих Эсхила и Еврипида.

Системы, основанные на кровной вражде, неплохо функционировали во многих исторических обществах. В какой-то мере они работают и по сей день. Нормы округа Шаста, соблюдение которых обеспечивается в частном порядке, представляют собой, по сути дела, систему вражды, хотя и такую, в которой масштабы мести значительно ограничены

по сравнению с гомеровской Грецией или Исландией периода саг. И многие другие взаимодействия людей можно рассматривать как системы негосударственных норм, выполнение которых обеспечивается частным порядком за счет угрозы одной стороны сделать что-то, что не понравится другой.

Можно представить себе современное общество как более сложную и формализованную версию такой системы децентрализованного права и правоприменения. Тридцать лет назад я посвятил почти половину моей первой книги попытке описать, как могло бы функционировать общество, в котором частные фирмы обеспечивали бы права своих клиентов и торговались друг с другом за то, чтобы назначать частные суды для разрешения споров между ними. Однако мы живем в совершенно ином обществе. Поэтому, несмотря на отступления об Исландии и округе Шаста, эта книга пытается разобраться с иным решением проблемы конфликтов между людьми.

Прямая частная сила — это очевидное децентрализованное решение. Очевидное централизованное решение — это диктатура. Кто-то назначает себя правителем и отдает приказы. Мне не разрешается топтать пшеницу, вам не разрешается распугивать рыбу. Если кто-то сделает что-то, что ему делать не разрешено, диктатор или его подручные его побьют.

Это решение существует также в целом ряде контекстов в современном мире. Патриархальная семья — это один пример, фирма — второй, правительство — третий. Хотя это может вполне неплохо работать для маленьких групп и простых проблем, это плохо, порой даже катастрофически плохо работает для больших групп людей, делающих сложные вещи.

Это плохо работает по двум причинам. Первая в том, что индивиды преследуют свои собственные интересы; диктатура требует какого-то механизма, который заставил бы их делать то, что хочет диктатор, а не то, что хотят они сами. Вторая

причина — отсутствие единой информации: каждый из нас имеет очень специфические знания о своих способностях, обстоятельствах и желаниях. Чтобы метод диктатора работал хорошо, чтобы он производил привлекательные исходы для людей, к которым применяется, эта информация должна быть передана по командной иерархии от нас к диктатору, затем диктатор должен ее проанализировать, чтобы понять, что всем нам следует делать, и после этого спустить обратно к нам в виде приказов. На практике большая часть информации в ходе этого процесса теряется, что является одной из причин очень плохой работы огромных организаций с централизованным управлением.

Оказывается, что наилучшие решения для больших обществ — децентрализированные, основанные на институтах частной собственности и торговли. Каждый индивид сам себе хозяин; земля и вещи преимущественно находятся в собственности отдельных индивидов. Если мне нужны ваши услуги или я хочу пользоваться вашей собственностью, я делаю вам предложение, которое вы захотите принять; если то, что я хочу, для меня ценнее, чем для вас, должно быть некоторое предложение, которое я захочу вам сделать.

Это звучит просто, но реализация этого решения вызывает множество проблем. Правовые нормы, определяющие, какие права есть у каждого человека и как следует решать разногласия или разбираться с умышленным нарушением прав, — один из возможных подходов к решению этих проблем.

Собственность, договор, деликт и уголовное преступление в трех абзацах

При системе частной собственности нам необходим какой-то способ для того, чтобы определить границы моей собственности не только в физиче-

ском пространстве, но и в правовом, — какие виды землепользования моих соседей нарушают мои права на мое землепользование и наоборот. Нам необходим какой-то способ определить, кто владеет конкретным участком земли, и установить права собственности на ту собственность, которая ранее была ничейной. Нам нужны механизмы обеспечения выполнения этих прав и разрешения споров, возникающих вокруг них. И все это должно быть выведено из особого случая недвижимой собственности — собственности на землю — и перенесено на более общие случаи, которые включают собственность на вещи и интеллектуальную собственность. Отсюда имущественное право и законы об интеллектуальной собственности.

Одно из того, что я могу сделать со своей собственностью, — продать ее вам. Одна из причин, почему децентрализованное решение работает, — оно позволяет вещам и правам на вещи, переходить в результате обмена к тому человеку, который ценит их выше. Чтобы этот механизм работал не только в самых простых случаях (я дал вам яблоко в обмен на ваш апельсин), нам нужны договоры, соглашения, устанавливающие взаимные обязательства сторон в более сложных обменах. Договоры могут привести к разногласиям в интерпретации, честным или нечестным, а потому потребовать некоторой совокупности норм для определения того, существует ли договор и как решаются споры по нему. Даже в случае самого простого обмена нам нужно достаточное количество правовых норм для установления того, продал ли я свое яблоко за ваш апельсин, и тогда апельсин теперь мой, а яблоко — ваше, или же просто дал вам подержать яблоко, пока рассматривал ваш апельсин. Отсюда договорное право.

Чтобы удержать меня от нарушения правовой нормы, должен быть механизм, который гарантирует, что со мной случается что-то, что мне не нра-

вится, когда я это делаю. Этот механизм, каким бы он ни был, также неизбежно столкнется со случаями, в которых одна сторона полагает, что правило было нарушено, а другая — что нет. Поэтому нам необходимы деликтное право и уголовное право для установления соответствующих норм и создания механизмов обеспечения их выполнения, и нам требуются процессуальные нормы и судебная система для разрешения споров.

Экономика

Эта книга посвящена особому подходу к пониманию правовых норм, который разрабатывали экономисты и правоведы под влиянием экономической науки. Центральный вопрос, вокруг которого строился этот подход, прост: какой набор правовых норм и институтов максимизирует размер пирога — позволяет всем в максимальной степени достигать своих целей? Какие правовые нормы экономически эффективны?

Есть по крайней мере три причины, по которым мы задаем этот вопрос. Первая состоит в том, что, хотя экономическая эффективность — грубо говоря, максимизация счастья всего человечества — не единственная важная цель для людей, она, тем не менее, имеет важное значение для большинства из них. Это верно и по эгоистическим соображениям — при прочих равных условиях, чем больше пирог, тем больше кусок, на получение которого я могу рассчитывать, — и по неэгоистическим соображениям тоже. Поскольку эта цель важна практически для всех, целесообразно задуматься о том, какие правовые нормы позволяют достичь ее наилучшим образом.

Вторая причина связана со свидетельствами о том, что значительная часть правовой системы, в которой мы живем, может быть объяснена как ин-

струмент получения эффектных результатов. Если это так, то экономический подход может дать точное описание того, почему право, или по крайней мере большая его часть, в настоящее время устроено именно так, а также способ его понимания. С инструментом гораздо проще разобраться, если вы знаете, для чего он предназначен.

Последняя причина в том, что экономисты лучше других могут определить, какие нормы приведут к более или менее эффективным результатам, — а когда у вас есть молоток, любая вещь покажется гвоздем.

Эффективные правовые нормы и как их добиться

Первое приближение к системе эффективных норм простое: частная собственность и торговля. Я сам себе хозяин, все является частной собственностью, а если вы хотите использовать меня или мою собственность, вы делаете мне предложение, которое я захочу принять. Посредством обмена все товары и услуги переходят к тем, кто ценит их наиболее высоко, приводя к эффективным результатам.

Это описание неявно подразумевает, что реальный мир можно разделить на независимые друг от друга части, каждая из которых принадлежит одному человеку, или, говоря иными словами, оно предполагает, что то, как я использую свою собственность, не влияет на вас, а то, как вы используете свою, — на меня. Иногда это верно. Но часто это не так, из-за чего возникает проблема внешних эффектов: стандартный пример и в экономике, и в праве — загрязнение воздуха. Если я не несу издержки всех моих действий, я могу совершить их, даже если чистый результат с учетом издержек, которые я создаю для других, отрицательный. В этом случае мое действие неэффективно, оно уменьша-

ет общий размер пирога, даже если и увеличивает размер моего куска.

Есть по меньшей мере четыре разных способа решения этих проблем. Первый и наиболее очевидный — прямое регулирование: кто-то решает, что должны делать люди, и требует этого от них. Это работает, если регулятор полон благих намерений, всемогущ и всезнающ. На практике ни одно из этих условий обычно не выполняется. Это диктаторский способ обеспечения общественного порядка, применяемый в рамках децентрализованного подхода для решения некоторых проблем.

Вторая альтернатива — правило ответственности, которое требует от меня выплатить кому-нибудь, государству или моему соседу с наветренной стороны, возмещение убытков, которые я причинил. Поскольку я теперь в полной мере несу все издержки своих действий, я буду действовать, только если чистый результат положительный, тогда действие окажется эффективным. Это работает, если у нас есть какой-то механизм, который позволяет точно измерить внешние издержки и заставить платить сторону, ответственную за них.

В идее «ответственной стороны» скрыто присутствует проблема: издержки, которые меня заставляют нести, создал не только я. Загрязнение мною воздуха не причинило бы никому вреда, если бы никто не жил поблизости с наветренной стороны. То, что мы называем внешними издержками, почти всегда вызвано действиями множества людей. Если мы выбираем одного из них и делаем его ответственным за результат, это может оказаться для него очень затратным решением, тогда как есть менее затратное решение для кого-то другого. Отсюда общее правило: создайте стимул в том месте, где он принесет наибольшую пользу. Постарайтесь создать такие правовые нормы, чтобы тот, кому проще сократить эти издержки, оказался бы тем, на кого они возлагаются.

Третье решение — применить к правам тот же подход, который мы применяем к товарам и услугам: частная собственность и торговля. Право на загрязнение кому-то принадлежит; если этот кто-то — вы, виновник загрязнения, а право ценнее для меня, вашего соседа с наветренной стороны, я его у вас куплю. Это хорошо работает там, где издержки подобных частных трансакций очень низкие, хуже, когда они высокие и не работают вовсе, когда они очень высокие — в случае загрязнения воздуха в Северной Калифорнии, например.

Последнее и очень распространенное решение — не делать ничего, допустить существование неэффективности, вызванной внешними эффектами, потому что затраты на их устранение не окупаются.

Я привел в качестве примера загрязнение воздуха, но этот анализ применим к широкому кругу правовых проблем. Когда я нарушаю мой договор с вами, я создаю для вас издержки — и, возможно, решаю все-таки его нарушить, даже если чистый результат, учитывающий, как ваши, так и мои выгоды, окажется отрицательным. Одно из решений — административное: суд решает, является ли мое нарушение в итоге эффективным, и разрешает его, если является, и запрещает, если нет. Второе решение — правило убытков в виде упущенной выгоды: мне разрешается нарушать договор, но я должен возместить понесенные вами в связи с этим издержки. Третье — частные переговоры: мне разрешается нарушать договор, только если я сначала куплю у вас разрешение на это. Четвертый способ — ничего не делать, и в этом случае мы получаем не договор, имеющий исковую силу, а не имеющую законной силы договоренность: если вы не явились на мой праздничный обед, хотя и приняли приглашение, я могу возмутиться, но у меня нет оснований подать на вас в суд. Эти альтернативы могут использоваться для контроля за внешними эффектами с помощью правовой системы во мно-

жестве контекстов: распределение рисков в страховании или при заключении договоров, закон об ответственности производителей и деликтное право в целом, а также другие разделы.

Контроль внешних эффектов — не единственная тема, сквозной линией проходящая через наш анализ, хотя она, возможно, занимает в нем центральное место. В системе частной собственности должен быть какой-то способ определить, какие права подразумевает владение собственностью и кому они принадлежат. Если я владею участком земли, могу ли я запретить вам раскопать с вашей стороны межевой линии яму, в которую может провалиться мой дом? А запретить вырыть угольную шахту в ваших владениях и разрабатывать уголь, который находится под моей землей? А запретить громкую музыку в три часа ночи на вашем переднем крыльце, в 20 футах от окна моей спальни? Если мы живем на берегу реки, что случится с нашими правами собственности, когда ее русло изменится? Что, если я построю дом на земле, которую и я, и мой сосед считаем принадлежащей мне, а потом, когда один из нас заглянет в документы, выяснится, что это участок на самом деле принадлежит соседу?

Еще один круг вопросов касается проблемы обеспечения исполнения тех правовых норм, которые у нас имеются: выбор между наказаниями *ex ante* и *ex post*, проблема создания правильных стимулов для правоприменителей, затраты на задержание, осуждение и наказание правонарушителей и значение этих затрат для оптимального обеспечения исполнения.

Девятнадцать глав этой книги должны были обрисовать общий подход к разработке эффективной правовой системы:

- Выбрать правильное сочетание правил собственности и правил ответственности, принимая во внимание издержки этих правил.

- Определить права собственности и соединить их в пучки таким образом, чтобы минимизировать издержки, связанные с их определением, защитой и с осуществлением трансакций.
- Обеспечивать их соблюдение посредством сочетания публичных и частных исков при соответствующем наборе норм доказывания и ответственности.
- Принимать во внимание стимулы всех сторон, включая тех, кто следит за соблюдением закона, трансакционные издержки и проблемы использования рассредоточенной и неполной информации. Там, где возможно, создавать институты, благодаря которым будут существовать люди, в интересах которых использовать такую информацию для выработки соответствующих норм.

Я описал одно направление, в котором может применяться этот анализ, — выяснение того, какие правовые нормы были бы эффективными. Если развернуть проект в противоположном направлении, мы получим способ понимания той правовой системы, которую мы имеем, — при условии, что она, или по крайней мере существенная ее часть, может быть объяснена как система эффективных правовых норм.

Что важно помнить при любой версии этого проекта: утопия недопустима. Как утверждал Коуз в той самой статье, которая дала нам коузовский подход к внешним эффектам, в реальном мире все решения не идеальны. Наш цель не в том, чтобы полностью устранить издержки, а в том, чтобы минимизировать их, найти наименее плохую систему правовых норм. Даже в этом мы не можем достичь совершенства, потому что мы слишком мало знаем, чтобы представить правовое устройство в математическом виде. Что мы можем — так это понять достоинства и недостатки альтернативных норм, тем самым сделав первый шаг к выбору между ними.

Например, строгая ответственность в деликтном праве предусматривает возмещение для жертвы и потому не создает для нее стимула принимать меры предосторожности для уменьшения вероятности несчастных случаев. Норма о небрежности решает эту проблему ценой устранения стимулов для причинителей вреда принимать меры предосторожности, которые суд не может наблюдать или о которых не может судить. Поэтому строгая ответственность наиболее привлекательна там, где предосторожности со стороны жертвы не важны, а ненаблюдаемые меры предосторожности со стороны причинителя вреда важны, небрежность же — в противоположных обстоятельствах.

Правило *ответственности производителя* лишает покупателя стимула минимизировать риск и затраты и порождает судебные споры и соответствующие издержки; правило *ответственности покупателя* устраняет судебные споры, восстанавливает стимулы покупателя, но лишает продавца стимула следить за рисками, о которых покупатель не знает. Поэтому выбор правила вращается вокруг того, кто может лучше контролировать риск (создать стимул в том месте, где он принесет больше пользы), насколько затратным и точным является судебное разбирательство, и того, насколько хорошо покупатели информированы, по крайней мере о среднем уровне риска, связанного с конкретным брендом. Свобода договора предоставляет частный механизм для выбора из ряда альтернативных норм, при условии что потребители достаточно хорошо информированы не в отношении риска отдельных продуктов, но в отношении того, насколько для них ценна гарантия на них.

Наказание *ex ante*, такое как штраф за превышение скорости, создает стимулы, основанные на информации, имеющейся у правоохранительных органов, но не на информации (обычно го-

раздо более детальной и более дешевой), которой располагают действующие лица. Наказание *ex post*, такое как деликтная ответственность за автомобильные аварии, создает для действующего лица стимул пользоваться своей частной информацией, но требует суровых наказаний, применяемых с низкой вероятностью, поэтому обычно приводит к высоким издержкам наказания. Вот почему выбор между ними зависит от относительного качества информации, имеющейся у тех, кто следит за соблюдением закона, и у действующих лиц, и касающейся того, что делает действующее лицо и что оно должно делать, а также от размеров и издержек наказания *ex post*. Один из выводов состоит в том, что там, где даже наказания *ex post* достаточно малы, чтобы не создавать проблемы неприятия риска или порождать ответчиков, в отношении которых нельзя выполнить приговор суда, они однозначно превосходят наказания *ex ante*, если только правоохранительный аппарат по какой-то причине не имеет более совершенную информацию о том, что делает действующее лицо и что оно должно делать, чем та, что имеется у самого действующего лица. Другой вывод: чистая система наказаний *ex ante* почти никогда не бывает эффективной, потому что ее можно улучшить, добавив к ней наказание *ex post*, достаточно небольшое, чтобы оно не влекло за собой существенных издержек наказания.

Правовая система может выбирать, как квалифицировать одно и то же деяние — как деликт, как уголовное преступление, как то и другое, как не то и не другое. Квалификация правонарушения как деликта создает потенциальную проблему с ответчиками, которые не в состоянии выплатить назначенную судом компенсацию, в особенности в контекстах, в которых сдерживание преступлений трудно превратить в частное благо. Там, где вероятность поимки и осуждения правонару-

шителя низка, встает дальнейшая проблема недостаточного наказания, если присужденное возмещение убытков не увеличено таким образом, чтобы компенсировать низкую вероятность и риск мошеннического судебного преследования, если таковые существуют. Квалификация правонарушения как уголовного преступления решает проблему неплатежеспособных ответчиков, но ставит проблему стимулов для потерпевших, у которых может не оказаться достаточного стимула сообщать о преступлении и помогать в привлечении виновного к ответственности, и для правоохранителей. Говоря шире, при такой квалификации возникают проблемы, обычно связанные с централизованными формами производства. А там, где сдерживание правонарушений может быть произведено как частное благо, решение, исполнение которого обеспечивается в частном порядке, имеет неотъемлемое преимущество в виде осуждения именно того, кто должен быть осужден.

Антимонопольное законодательство имеет потенциал сократить как издержки поиска ренты, связанные с попытками фирм получить монопольные прибыли через соглашения о фиксированных ценах или слияния, так и социальные потери от монополии вследствие неэффективно высоких цен, если эти попытки увенчались успехом. Но оно рискует помешать благотворным трансакциям, происходящим в его тени, таким как слияния, направленные на сокращение затрат, и включение в договор условий, например, о поддержании розничных цен, которые лучше всего объясняются как средство увеличить производимую фирмами ценность, а не просто цену продаваемой продукции. В худшем случае — поучительный пример дает история Комиссии по внутренней торговле между штатами — антимонопольное законодательство может использоваться для сдерживания конкуренции и поддержания монополии.

Наши скромные обстоятельства

Как показывают эти примеры, мы редко знаем достаточно, чтобы просто дать точный ответ на вопрос о том, какие правовые нормы эффективны: подсчитать, что оптимальное наказание за грабеж — три года, два месяца и один день в тюрьме или что осуждение должно требовать по крайней мере 0,932-ю вероятность виновности. Чаще всего самое большее, на что мы можем надеяться, — это в достаточной мере разобраться в логике проблемы, чтобы сделать информированное предположение о том, как должно выглядеть достаточно хорошее решение. Я занимался этим до изнеможения (вероятно, и своего, и вашего) в главе 5, анализируя простую правовую проблему, затрагивающую железные дороги, фермеров и искры.

То, что я предлагаю в этой книге, — это не ответы, а способы их поисков. Я делаю это не потому, что у меня нет мнения относительно того, каким должно быть право, но потому, что в большинстве случаев я не считаю, что у меня есть достаточно сильные аргументы, доказывающие это мнение, чтобы любой разумный человек, понимающий аргументы, со мной согласился. Одна из причин этого взгляда в том, что есть и другие экономисты, включая некоторых, чьи способности я оцениваю очень высоко, которые понимают мои аргументы, но приходят к иным выводам по тому или иному вопросу.

Мой взгляд на антимонопольное законодательство, например, состоит в том, что за исключением отказа судов требовать исполнения договоров, ограничивающих торговлю, нам было бы лучше без него. Но я хочу, чтобы в конечном итоге у вас остался не этот вывод, предложенный экономистом, не обладающим профессиональным знанием в этой области, — но сам анализ, который при-

вел меня к нему и может привести кого-то другого к иному выводу. Аналогично, по моему мнению, наша правовая система выиграла бы от существенного сдвига в сторону Исландии XII века — такого пересмотра границ между уголовным и деликтным правом, которое побудило бы нас в большей степени опираться на обеспечение соблюдения законов в частном порядке с внесением изменений в соответствующие законы. Однако я хочу, чтобы в конце у вас остался не этот вывод, а понимание того, как можно плодотворно размышлять о выборе между частным и публичным принуждением к соблюдению закона и соответствующими институтами. То же самое касается других вопросов, таких как свобода договора, торговля органами и родительскими правами и многое другое.

Экономическая наука — не набор вопросов и ответов, это подход к пониманию поведения. То, что получается из этого подхода, зависит не только от экономической теории, но и от фактов реального мира, к которым применяется эта теория. Я многое знаю о реальном мире, — так же, как и вы, и другие люди, находящиеся в твердом уме и в возрасте старше года, — но есть очень многое, чего я не знаю. И хотя я продумал многие вопросы, касающиеся логики права, поскольку думал я в одиночку и занимался этим в течение некоторого разумного промежутка времени, мне зачастую приходилось игнорировать осложнения, которые, возможно, могут оказаться важными.

Поэтому в конце я приведу короткий список наиболее значимых вопросов, в которых я плохо разбираюсь. У меня нет:

- Удовлетворительной теории трансакционных издержек, хотя некоторые фрагменты такой теории можно найти в главе 5 и в других работах.
- Должной теории стимулов государственных служащих, таких как полиция и судьи. Анализ, кото-

рый я предлагаю, основан на очень слабой предпосылке о том, что у них должен быть какой-то стимул делать то, что они делают, иначе бы они этим не занимались, а также предпосылки о том, что они желают то же самое, что и другие люди.

- Соответствующей теории механизмов, порождающих правовые нормы, в узком смысле — статутного и общего права. Я предлагаю по меньшей мере краткий очерк механизмов, которые порождают частные нормы, в главе 17 и в других работах. Я предложил анализ механизмов, которые порождали бы правовые нормы в системе, в которой право и принуждение к его соблюдению производились бы как частные блага.

В добавление к этим большим пробелам теоретический анализ, который я предлагаю, не принимает во внимание многие из вполне значимых сложностей реального мира, к которому применяются правовые нормы.

Например, я неявно допускал, что все правонарушители сталкиваются с одной и той же вероятностью задержания, что, очевидно, неверно. Анализ эффективного наказания можно и нужно пересмотреть, отказавшись от этой предпосылки.

Кроме того, я не предпринял серьезных попыток проанализировать взаимодействие между публичным принуждением к соблюдению права и частным принуждением посредством репутации и частных норм, за исключением очень короткого обсуждения того, как клеймо позора создает издержки для лица, осужденного за совершение преступления, издержки, вызванные тем, что частные стороны принимают во внимание информацию, порожденную его обвинительным приговором.

Хотя информационные издержки время от времени играли роль в анализе, по большей части я использовал предпосылку экономической науки о ра-

циональности в ее простейшей форме — индивиды совершают правильные действия, — а не допускал, что индивиды делают правильный выбор в отношении сбора затратной информации, а затем совершают действия, основываясь на несовершенной информации, приобретение которой, как они посчитали, может окупиться. Так, например, я предполагал, явно или неявно, что всем известны правовые нормы, применимые к их действиям, что, конечно же, неверно.

Я мог бы продолжить, но предоставлю вам возможность указать на другие упущения — и, если вы достаточно амбициозны, попытаться исправить некоторые из них.

Научное издание

Дэвид Д. Фридман

ПОРЯДОК В ПРАВЕ

Какое отношение экономика имеет к праву и почему это важно

Главный редактор издательства Валерий Анашвили
Научный редактор издательства Артем Смирнов
Выпускающий редактор Елена Попова
Корректор Наталья Гуковская
Дизайн обложки Сергей Зиновьев
Верстка Ярослав Агеев

Издательство Института Гайдара
125009, Москва, Газетный пер., д. 3–5, стр. 1

Подписано в печать 23.03.2017.
Тираж 1000 экз. Формат 60×90/16
Отпечатано в филиале «Чеховский печатный двор»
АО «Первая образцовая типография»
www.chpd.ru. Факс (496) 726-54-10, (495) 988-63-87
142300, Московская обл., г. Чехов,
ул. Полиграфистов, 1

ГОТОВЯТСЯ К ИЗДАНИЮ

Вилфред Долфсма
Провалы государства: общество, рынки и правила

В этой уникальной книге предлагается фундаментальное рассмотрение того, как государство может не исполнять свою ключевую обязанность, связанную с формулированием правил. Государство, выступая представителем общества, обращается к экономике, формулируя правила, в рамках которых должны действовать рыночные игроки. Хотя провалы рынка и бизнеса широко обсуждаются в экономической литературе, провалы государства зачастую оставляются без внимания. В настоящей книге восполняется этот недостаток и подробно рассматривается вопрос о том, что представляют собой провалы государства.

Джим Лейцель
Принципы права и экономики: руководство для любознательных

«Право и экономика» занимается применением экономического анализа к правовым проблемам. Этот подход представлен в публичном обсуждении вопросов государственного управления, он применяется также в самых разных социальных науках, включая политическую экономию, конституционную экономику и политологию. «Принципы права и экономики: руководство для любознательных» предлагает всестороннее объединение сфер права и экономики. Джим Лейцель понятным языком подвергает сомнению традиционные подходы к праву и экономике и выявляет общие темы, проходящие через две эти области, предлагая читателям способы интеграции их знаний с целью изучения проблем через призму обеих дисциплин. В книге рассматриваются основные методы «права и экономики» в их применении к широкому кругу вопросов, включая вандализм в искусстве, продажу почек и право собственности на метеорит. Сжатая, но достаточно полная, эта книга — идеальное введение в широкий спектр понятий и споров в области «права и экономики». Она станет увлекательным и интересным чтением для студентов экономических и юридических факультетов, а также для тех, кто интересуется социальными науками в целом. Благодаря ей они приобретут навыки, необходимые для того, чтобы мыслить подобно специалисту по «праву и экономике».