

Рубежи теорії права

Наиболее заметным событием в юридической мысли после Второй мировой войны было возникновение и развитие междисциплинарных правовых исследований — приложения социальных и гуманитарных наук к праву в надежде сделать право менее формалистическим, более практичным и более обоснованным в эмпирическом отношении.

Книга Ричарда Познера, одного из лидеров этого движения, посвящена стремительно расширяющимся рубежам данной области исследований. В ней рассматриваются пять основных направлений междисциплинарной работы: экономика, история, психология, эпистемология права и эмпирическое изучение права.

Эти подходы взаимно пересекаются и образуют связный корпус правовой теории, позволяющий анализировать такие внешне различные явления, как экономика свободы слова, интеллектуальная история экономического анализа права, связь между доходом и свободой, право владения и психология принятия решений судьями и присяжными, роль эмоций в праве и использование анализа цитат для оценки судей и профессоров права.

Книга адресована юристам, экономистам, социологам и политологам.

СОДЕРЖАНИЕ

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

ВВЕДЕНИЕ

В традиционном юридическом образовании внимание сосредоточено на практической стороне, т.е. на том, как быть хорошим юристом. Особое внимание уделяется анализу законов, а в системе прецедентного права — прежде всего анализу судебных решений, изучению характеристик основных правовых доктрин, профессиональным ценностям, а также все чаще приобретению навыков выступления в суде и ведения переговоров. Такое образование, дополненное практическим опытом работы юристом в хорошей фирме или в хорошем государственном учреждении, позволяет сформировать высококвалифицированного профессионала, т.е. того, кто может добиться эффективных результатов. Но оно не дает инструментов для понимания и улучшения системы, потому что не может содействовать необходимому взгляду *со стороны*. Именно в силу признания этого ограничения, признания некоторых заметных неудач правовой реформы, разработанной самими юристами¹, и прогресса, достигнутого социальными науками, юридическое образование и юридическая мысль в целом в последние годы стали более междисциплинарными и, как следствие (поскольку по сравнению со смежными или пересекающимися с нею областями юриспруденция всегда испытывала недостаток теории), более «теоретическими». Это не всегда хорошо; в большой своей части юридическая теория довольно бессодержательная². Но не всегда. Другие дисциплины могут внести существенный вклад в понимание и совершенствование права. В этой книге я обращаюсь к тому вкладу, который могут внести экономика, история, психология, эпистемология и статистика.

Это обширная тема, и мое рассмотрение неизбежно окажется неполным³. Акцент на экономике и на потребности в более эмпирическом

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Право и экономика, старая и новая. Расширение границ применения микроэкономики и усиление ее строгости (частично связанные с использованием в экономике теории игр) благоприятствовали возникновению и продолжающемуся росту особого и важного раздела теории права — экономического анализа права. Ведущие школы права США имеют в своем штате одного или нескольких экономистов с ученой степенью. Семь журналов (шесть американских, один европейский) специализируются на экономическом анализе права. Есть несколько учебников, обширная монографическая литература, две энциклопедии⁴ и профессиональные ассоциации в Соединенных Штатах, Европе и Латинской Америке. Несколько судей федерального апелляционного суда в прошлом занимались изучением права и экономики, а большинство федеральных судей и многие из судей штатов проходили обучение в рамках продолжающихся программ по экономическому анализу права.

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

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

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

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

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

ся содействие свободному рынку, а в областях, где издержки рыночных трансакций слишком высоки, — «имитация рынка» через объявление результата, который мог бы быть получен, если бы рыночные трансакции были возможны⁵. Таким образом, он имеет одновременно и дескриптивные, или объяснительные, и нормативные, или реформистские, аспекты.

Заявка на то, что можно назвать громким словом «*та самая* экономическая теория права», опирается на новаторскую статью Рональда Коуза⁶. Теорема Коуза утверждает, что, когда рыночные трансакционные издержки равны нулю, установленное законом первоначальное распределение прав никак не влияет на эффективность, поскольку, если это распределение неэффективно, стороны могут его исправить при помощи трансакции, нейтрализующей влияние закона. Отсюда следуют два важных вывода. Первый, что право в той мере, в которой оно заинтересовано в поддержании экономической эффективности, должно стремиться минимизировать трансакционные издержки, например, четко определив права собственности, упростив их передачу и создав дешевые и эффективные средства против нарушения договоров. Это звучит просто, но сформулировать эффективные правила в отношении собственности и договоров не так-то легко, как мы это увидим в гл. VI при обсуждении законодательства о собственности.

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

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

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

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

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

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

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

Феминистское правопведение оказало влияние на большое число теоретических работ, посвященных вопросам, затрагивающим гомосексуальных мужчин и женщин-лесбиянок («законы о геях»), таким, например, как запрет на однополые браки, недопущение гомосексуалистов к службе в американской армии, другие случаи дискриминации гомосексуалистов и уголовный запрет гомосексуальной содомии, который до сих пор сохраняется в законодательстве почти половины штатов. Я довольно подробно обсуждал феминизм и прочие юридические вопросы, относящиеся к сексу и полу в других книгах⁷, и не буду обсуждать их в этой.

Конституционная теория, право и политическая теория. Язык американской конституции местами и слишком общий, и неопределенный. Хорошо известный пример — Четырнадцатая поправка, гарантирующая «надлежащее соблюдение процессуальных норм» и «право на равную защиту со стороны закона». Широта и неопределенность такого языка, вместе с возрастом самой Конституции и динамизмом развития общества, которое она должна регулировать, поощряют свободное толкование. Верховный суд часто толковал недостаточно четко сформулированные конституционные термины, создавая права, например право на аборт, которые одновременно оказывались далеки от чаяний тех, кто писал и утверждал Конституцию, и расходились с взглядами демократического большинства отдельных штатов, а порой и страны в целом. Легитимность практики, в соответствии с которой комитет судей может ограничивать право демократического большинства на отображение его предпочтений в законодательстве, с давних пор была важным предметом спора в юридической профессии. Традиция самоограничения берет начало в ранней статье Джеймса Брэдли Тайера⁸, а среди ее сторонников

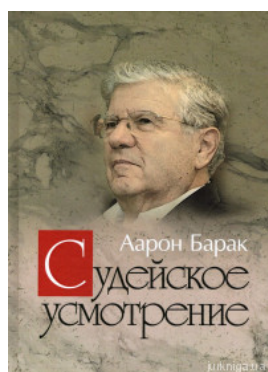
⁷ См.: Posner R.A. Sex and Reason. 1992; Overcoming Law. Pt. 4. Ch. 26; The Problematics of Moral and Legal Theory. P. 314 (в предметном указателе «Феминизм» и «Гомосексуальность»). См. более современные работы: Hirshman L.R., Larson J.E. Hard Bargains: The Politics of Sex. 1998; Eskridge W.N., Jr. Gaylaw: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

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

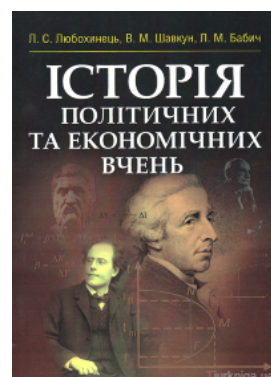
Книги, які можуть вас зацікавити



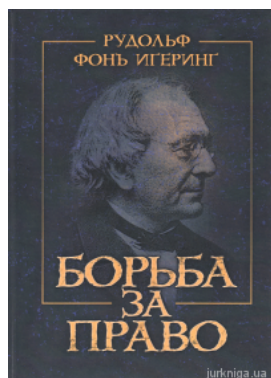
Верховенство права и
мера собственности



Судейское усмотрение



Історія політичних та
економічних вчень.
Навчальний посібник



Борьба за право.
Репринтное издание



Право, свобода и
мораль



Естественное право и
естественные права

Перейти до галузі права
Теорія держави і права



[Перейти на сайт →](#)