

УТИЛИТАРИЗМ, ЭКОНОМИКА И ТЕОРИЯ ПРАВА*

Р. А. ПОЗНЕР**



Познер Ричард Аллен,
судья Апелляционного суда
Соединенных Штатов в седьмом
судебном округе Чикаго
и старший преподаватель
в школе права Чикагского
университета

В настоящей работе, вышедшей в 1979 г., Ричард Познер впервые представил свою оригинальную теорию права — теорию максимизации благосостояния. Работа состоит из нескольких частей. В первой части работы рассматриваются несколько предварительных проблем, в том числе различие между позитивным и нормативным анализом и установление критерия предпочтения между этическими теориями. Вторая часть, которую Ричард Познер считает главной, посвящена различиям между утилитаризмом и максимизацией благосостояния как нормативных систем, а также краткому рассмотрению кантовского подхода. Судья Познер делает акцент на том, что разница между способностью к получению удовольствия и производительным трудом на благо окружающих является ключом к различению утилитаризма и максимизации благосостояния как этических систем. Также в статье имеются четыре приложения, в которых рассматриваются некоторые нормативные споры о праве с точки зрения экономического анализа, тщательно отделяемого автором от утилитаризма. В частности, Познер подробно анализирует проблему смертной казни, право на неприкосновенность частной жизни, вопросы личных свобод, рыночный подход к усыновлению детей и приобретению донорских органов.

лизирует проблему смертной казни, право на неприкосновенность частной жизни, вопросы личных свобод, рыночный подход к усыновлению детей и приобретению донорских органов.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: теория максимизации благосостояния, утилитаризм, экономический анализ права, чикагская школа экономического анализа, Р. Дворкин, Г. Л. А. Харт, В. Парето, Дж. Бентам, Дж. Дж. К. С্মарт.

POSNER R. A. UTILITARIANISM, ECONOMICS AND LEGAL THEORY

In this paper published in 1979, Richard Posner first introduced his original theory of wealth maximization. The work consists of several parts. The first part of the work deals

* Оригинал статьи опубликован в: The Journal of Legal Studies. 1979. Vol. 8, no. 1. P. 103–140.

Перевод с англ. В. С. Дорохина.

** Richard Allen Posner — judge of the United States Court of Appeals for the Seventh Circuit in Chicago and a Senior Lecturer at the University of Chicago Law School.

E-mail: rposner@uchicago.edu

© Posner R. A., 1979

© Дорохин В. С., перевод на русский язык, 2017

fifth several preliminary problems, including the difference between positive and normative analysis and the establishment of a criterion of preference between ethical theories. The second part which Richard Posner believes to be the main one is devoted to the differences between utilitarianism and wealth maximization as normative systems, as well as to a brief review of the Kantian approach. Judge Posner emphasizes that the difference between the ability to receive pleasure and productive work for the benefit of others is a key to distinguish between utilitarianism and wealth maximization as ethical systems. The article also contains four annexes that deal with some normative disputes about the law from the point of view of economic analysis which the author carefully separates from utilitarianism. Thus, in particular, Posner discusses in detail the problem of the death penalty, the right to privacy, personal liberties, a market approach to the adoption of children and the acquisition of donor organs.

KEYWORDS: wealth maximization theory, utilitarianism, economic analysis of law, Chicago School of Economic Analysis, R. Dworkin, H. L. A. Hart, W. Pareto, J. Bentham, J. J. K. Smart.

Среди самых серьезных критиков использования экономической теории, объясняющей и иногда оправдывающей принципы деликтного и контрактного права, реституции и других областей англо-американского прецедентного права¹, есть такие, которые подвергают критике экономические основы теории, называя ее одной из разновидностей утилитаризма².

Их прием состоит в том, чтобы приравнять экономику к утилитаризму и затем обрушиться с критикой на последний. Выполняют ли они эту процедуру потому, что им более комфортно иметь дело с терминологией философской, нежели терминологией общественных наук, или же они хотят использовать текущий поток философской враждебности к утилитаризму³ — не имеет значения. Важный вопрос состоит в том, являются ли утилитаризм и экономика действительно одним и тем же предметом. Я полагаю, что это не так, и считаю, что экономический критерий, который я называю «максимизация благосостояния», обеспечивает более устойчивое

¹ См., напр.: *Posner R. A. Economic Analysis of Law*. 2nd ed. 1977 (и ссылки, приведенные там). — Из последнего см.: *Kronman A. T. Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts* // *Journal of Legal Studies*. 1978. Vol. 7; *Landes W. M., Posner R. A. Salvors, Finders, Good Samaritans and Other Rescuers. An Economic Study of Law and Altruism* // *Journal of Legal Studies*. 1978. Vol. 7. P. 83; *Priest G. L. Breach and Remedy for the Tender of Nonconforming Goods under the Uniform Commercial Code: An Economic Approach* // *Harvard Law Review*. 1978. Vol. 91. P. 960. — Я использую термин «прецедентное право» (*judge-made*) вместо термина «общее право» (*common law*), чтобы избежать придинок юристов относительно технического значения последнего.

² Из последних работ см.: *Epstein R. A.* 1) *Book Review: The Next Generation of Legal Scholarship?* // *Stanford Law Review*. 1978. Vol. 30. P. 633, 645, n. 35; 2) *Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints* // *Journal of Legal Studies*. 1979. Vol. 8. P. 49, 74–75.

³ В качестве примера тенденции пренебрежительного отношения к утилитаризму в современной философии см.: *Nozick R. Anarchy, State, and Utopia*. 1974. P. 62, 201; *Williams B. A Critique of Utilitarianism* // *Smart J. J. C., Williams B. Utilitarianism For and Against*. 1967. P. 77, 149–150.

основание для нормативной теории права, чем это делает утилитаризм. Настоящая работа посвящена именно исследованию данного вопроса.

Первая часть работы решает несколько предварительных проблем, включая различие между позитивным и нормативным анализом (и, в пределах последнего, между типами нормативного притязания) и установление критерия предпочтения между этическими теориями. Вторая часть, главная в работе, посвящена различению утилитаризма и максимизации благосостояния как нормативных систем. Кантианская альтернатива также исследована, но очень кратко⁴. Я делаю акцент на том, что разница между способностью к получению удовольствия и производительным трудом на благо окружающих является ключом к различению утилитаризма и максимизации благосостояния как этических систем. В приложении рассматриваются некоторые текущие нормативные споры о праве с точки зрения экономического анализа, который тщательно отделен от утилитаризма.

I. Введение

А. История проблемы

Хотя отождествление утилитаризма и экономики до сих пор воспринимается как должное, оно в большей степени предполагается, чем постулируется⁵, что недвусмысленно выражено в недавней лекции Г. Л. А. Харта. По его словам, я признаю, что именно утилитаризм послужил вдохновением для экономического анализа права⁶. Даже тогда это не было абсолютно точным описанием моей позиции⁷, однако ошибка Харта понятна, ведь до недавнего времени я недостаточно четко различал эти две системы мысли⁸.

Их действительно легко перепутать. Утилитаризм, как его обычно понимают и как я его понимаю в этой работе⁹, утверждает, что моральная

⁴ При использовании термина «кантианец» я придерживаюсь позиции, выраженной в работе Б. Аккермана (*Ackerman B. A. Private Property and the Constitution*. 1977. P. 41–42), и обозначаю им совокупность родственных этических теорий, которые, отвергая любую форму консеквенциализма, сами по себе служат предпосылками понятий о человеческой автономии и самоуважении. Такие теории не обязательно должны быть очень схожи с теорией Иммануила Канта.

⁵ См., напр.: *Epstein R. A.* 1) Book Review: The Next Generation of Legal Scholarship?; 2) Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints; *Ackerman B. A. Private Property and the Constitution*. P. 42, 64–65, 214–215. — См. комментарий в: *Crier J. E., Schwartz G. T.* Book Review, Talking About Taking // *Yale Law Journal*. 1978. Vol. 87. P. 1295, 1299–1300, п. 33; 1301, п. 43. — В интересующем нас примечании Аккерман предполагает, что одна из версий экономики благосостояния может быть приравнена к кантовской этике (*Ackerman B. A. Private Property and the Constitution*. P. 222, п. 11).

⁶ *Hart H. L. A.* American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream // *Garvard Law Review*. 1977. Vol. 11. P. 969, 957–984.

⁷ *Posner R. A.* Blackstone and Bentham // *Journal Law & Economics*. 1976. Vol. 1, no. 9. P. 569, 591, п. 60.

⁸ Ср.: *Posner R. A.* Economic Analysis of Law. 2nd ed. P. 12 и *Posner R. A.* Economic Analysis of Law. 1st ed. 1973. P. 357.

⁹ Иногда он используется в более широком смысле для обозначения любой консеквенциальной этической теории. Используемый таким образом, он будет охватывать нормативную экономическую теорию, разработанную в данной работе.

ценность действия (или практики, учреждения, права и т. д.) измеряется эффектом получения счастья, «превышением удовольствия над болью»¹⁰, у всех членов (в некоторых версиях утилитаризма — у всех разумных существ) «общества» (возможно, страны или целого мира).

Нормативная экономика утверждает, что политика, право и т. д. оцениваются по эффекту в продвижении «благосостояния», и этот термин часто определяется так широко, что практически синонимичен утилитарному понятию счастья (за исключением того, что удовлетворение прочих живых существ обычно не включается в понятие благосостояния).

Отождествление экономики с утилитаризмом было подкреплено тем, что в экономике существует тенденция использовать термин «полезность» в качестве синонима для благосостояния¹¹, как в выражении «максимизация полезности», а многие знаменитые утилитарные философы, такие как Бентам, Эджворт и Джон Стюарт Милль, были также выдающимися экономистами. Кроме того, много практиков «экономики благосостояния» (самое общее современное название для экономики как нормативной дисциплины) расценивают свою деятельность как прикладной утилитаризм¹².

Я объясню экономический критерий, известный как «максимизация благосостояния», и докажу, что его можно отличить в этическом смысле от утилитарного идеала и от тех форм экономики благосостояния, которые вытекают из утилитаризма. Однако нужно иметь в виду, что, даже рассматриваемая как прикладной утилитаризм, экономика — это область интеллектуальной деятельности, отличная от философского утилитаризма; она имеет технический словарь, теоремы, методологию и т. д., о которых утилитарный философ может быть не осведомлен, так же как физик может быть несведущ в электротехнике. История утилитаризма и экономики в теории права ясно это дает понять. Описывая экономический анализ права как вдохновленный утилитаризмом, Г. Л. А. Харт предположил, что утилитаризм предшествовал экономике. Это правильная последовательность, если тема — теория права (как было у Харта), но это совсем не так, если говорить об экономике в более широком смысле. Адам Смит, основа-

¹⁰ *Sidgwick H.* The Methods of Ethics. 7th ed. 1907. P. 413.

¹¹ Следует отличать особое использование термина «полезность» в экономике. Два результата различаются по полезности, но не по стоимости, когда они имеют одинаковую актуарную стоимость, другими словами, имеют то же самое значение для нейтрального к риску человека, но человек, выбирающий между результатами, не является нейтральным по отношению к риску. Таким образом, уверенность в получении 1 доллара и 10-процентный шанс на выигрыш 10 долларов, как говорят, имеют одинаковое значение, но не склонный к риску индивид предпочел бы гарантированное получение 1 доллара (мог бы извлечь из него большую полезность). Эта идея полезности согласуется с чисто экономическим подходом к вопросам стоимости в широком смысле; полезность как счастье, и мы это увидим, с таким подходом не согласуется.

¹² Об утилитарном базисе экономики благосостояния см., напр.: *Little I. M. P.* Critique of Welfare Economics. 2nd ed. 1957. P. 42; *Pigou A. C.* The Economics of Welfare. 4th ed. 1962. P. 20. — См. в общем: *Readings in Welfare Economics* (American Economic Association) / ed. by K. J. Arrow, T. Scitovsky. 1969.

тель современной экономики, не был утилитаристом¹³. Хотя предпосылки утилитаризма, как и экономики, можно найти ранее, чем вышло «Благосостояние народов» (в письмах Пристли, Беккариа, Юма и др.), утилитаризм не достигал сопоставимого уровня развития со смитовской экономикой вплоть до работы Бентама, т. е. до следующего поколения после Смита.

Однако теория права начала ощущать воздействие утилитаризма во время Бентама, тогда как экономика не оказывала реального влияния на теорию права до 1960-х гг. (за исключением нескольких областей, таких как антимонопольное право, где правовые нормы носили явно экономический характер).

К этому времени утилитаризм захватил юридическое воображение¹⁴. Теория уголовного наказания была открыто утилитарной¹⁵. В конституционном праве отказ от концепции «абсолютных» прав в пользу балансировки судебного дела (*balancing test*) не только имел решительно утилитарный привкус¹⁶, но и отражал распространяющийся акцент на политику — на утилитарные соображения как детерминанты правовых норм и результатов. Деликтное и контрактное право также сблизилось в утилитарных понятиях¹⁷. Эймс заявлял: «Право утилитарно. Оно существует для реализации разумных потребностей сообщества. Если интерес человека вступает в противоречие с главным объектом права, им нужно пожертвовать»¹⁸.

Несмотря на веру ученых юристов в утилитаризм, они редко использовали экономические понятия явно. Случайные усилия при «экономическом» подходе к праву можно описать в основном как псевдоэкономические¹⁹. Однако часть науки того периода (т. е. до 1960-х гг.) обнаруживает

¹³ Об этических взглядах Адама Смита см.: *Smith A. The Theory of Moral Sentiments* / ed. E. G. West. 1969; *Coase R. H. Adam Smith's View of Man* // *Journal Law & Economics*. 1976. Vol. 19. P. 529; *Buchanan J. M. The Justice of Natural Liberty* // *Journal of Legal Studies*. 1976. Vol. 5. P. 1; *Devine D. J. Adam Smith and the Problem of Justice in Capitalist Society* // *Journal of Legal Studies*. 1977. Vol. 6. P. 399.

¹⁴ См., напр.: *Hart H. M., Sacks A. The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*. 1958. P. 113–114.

¹⁵ См., напр.: *Packer H. L. The Limits of the Criminal Sanction*. 1968 (особенно, гл. 13).

¹⁶ В качестве хорошего примера свободы слова см.: *United States v. Dennis*, 183 F. 2d 201, 212 (2d Cir. 1950), 341 U. S. 494 (1951).

¹⁷ *Terry H. T. Negligence* // *Harvard Law Review*. 1915. Vol. 29. P. 40; *Fuller L. L. Consideration and Form* // *Columbia Law Review*. 1941. Vol. 41. P. 799. — Неприятие Холмсом каких-либо моральных обязательств, чтобы выполнить обещание, выражено в его знаменитом заявлении, что обязательство на основании договора об исполнении или возмещении ущерба имеет утилитарный (не говоря уже об экономическом) привкус. См. об этом: *Holmes O. W. The Path of the Law* // *Holmes O. W. Collected Legal Papers*. 1920. P. 167, 175.

¹⁸ *Ames J. B. Law and Morals* // *Harvard Law Review*. 1908. Vol. 22. P. 97, 110. — Более ранние ссылки на полезность можно найти в трудах юристов. Дж. Стивен (*Stephen J. A General View of the Criminal Law of England*. 1890. P. 106) цитирует средневековое английское дело о причинении вреда: “Le utility del chose excusera le noisomeness del stink” («Полезность вещи оправдывает ее злые последствия»). *Blackstone's Commentaries* содержат значительные отсылки к полезности. См. также: *Posner R. A. Blackstone and Bentham*. P. 578.

¹⁹ Примером является экономическая теория деликтов, эффективно критикуемая у Р. Паунда: *Pound R. The Economic Interpretation and the Law of Torts* // *Harvard Law Review*.

интуитивное схватывание экономической теории²⁰, то же наблюдается и во многих судебных решениях²¹.

До недавнего времени утилитаризм господствовал в теории права, но откровенный экономический анализ использовался редко. Положение теперь полностью изменилось. Сегодня теоретики права, которые обсуждают утилитаризм, склонны отрицать его роль в качестве основания нормативной теории права²². Это тенденция, которая принудила Г. Л. А. Харта заявлять, что утилитаризм «в настоящее время находится в осаде», по крайней мере когда речь идет об американской теории права²³.

В то же время появилась много литературы, которая применяла экономический анализ к праву с явностью и изощренностью, неизвестными теории права в период, когда утилитаризм доминировал²⁴.

Этот потрясающий образец — уменьшение влияния утилитаризма, рост экономического анализа — возможно, просто отражает растущую интеллектуальность юридической науки. Большая часть такой науки была до недавнего времени ориентирована на практику и, следовательно, озабочена техническими вопросами юридической доктрины. Поскольку ученый в этой традиции не очень заботился о концептуальных основах правовой системы (он и не должен), его работа имела тенденцию подсознательно отражать утилитарно-прагматическую позицию, которая доминировала в американской правовой мысли. Сегодня ученый-юрист гораздо охотнее рассматривает правовую систему сквозь призму гуманитарных или общественных наук. Если он будет рассматривать эту систему с философской точки зрения, то, вероятно, отметит неуважение, с которым философы сегодня относятся к утилитаризму²⁵. Если он подойдет к вопросу с экономической точки зрения, то, вероятно, будет использовать понятия и методы экономики более систематично, явно и пронизательно, чем это делал бы ученый-юрист более раннего поколения. Философы тяготеют соответственно к рассмотрению экономики как разновидности утилитаризма, а экономисты относятся к утилитаризму как к еще одному названию экономики.

1940. Vol. 53. P. 365. — Теория состояла в том, что судебные решения по таким делам были продиктованы личными экономическими интересами судей.

²⁰ См., напр.: *Fuller L. L. Consideration and Form*. P. 815; *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947) («формула Хенда»).

²¹ *Posner R. A. Economic Analysis of Law*. 2nd ed. *passim*.

²² См., напр.: *Dworkin R. Taking Rights Seriously*. 1977; *Epstein R. A.* 1) Book Review: *The Next Generation of Legal Scholarship?*; 2) *Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints*; 3) *A Theory of Strict Liability* // *Journal of Legal Studies*. 1973. Vol. 2. P. 151; *Fried Ch. Right and Wrong*. 1978; *Kennedy D. Form and Substance in Private Law Adjudication* // *Harvard Law Review*. 1976. Vol. 89. P. 1685; *Wellington H. H. Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication* // *Yale Law Journal*. 1973. Vol. 83. P. 221.

²³ *Hart H. L. A. American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*. P. 986.

²⁴ См. ссылки в прим. 1 выше.

²⁵ См. прим. 3 выше.

В. Позитивное vs. нормативное

Этот и следующий подразделы посвящены поиску двух ошибок в философской критике экономического анализа права. Так случилось, что эти ошибки в равной степени подрывают философскую критику утилитаризма. Первая состоит в том, что позитивный и нормативный анализ социальных институтов не могут быть разделены, или, по крайней мере, утилитаристы и экономические аналитики их не различают. Вторая заключается в том, что система веры не может привести к нормативным выводам, пока ее философские основы не стали общепризнанными.

Критики и экономического анализа, и утилитаризма склонны сосредоточиваться на нормативных, а не позитивных аспектах этих систем взглядов. Действительно, некоторые самые серьезные критики экономического анализа права, такие как Эдвин Бейкер, соглашаются, что анализ хорошо описывает основной характер англо-американского прецедентного права²⁶. Бейкер не считает, что эффективность — правильная цель для общества, но полагает, что она имела сильное влияние на прецедентное право. Рональд Дворкин, однако, заявляет, что нормативная немощь экономического анализа права подрывает описательные или позитивные утверждения этой теории²⁷. Его довод состоит в том, что позитивная экономическая теория права — замаскированная теория правомочий. Позитивная экономическая теория права, согласно Дворкину (и он частично прав), утверждает, что прецедентное право необходимо, чтобы способствовать рыночным сделкам, а также чтобы управлять рынком, накладывая юридические санкции в ситуациях, где затраты рыночных сделок слишком высоки, и распределяя ресурсы на условиях свободного рынка. Дворкин утверждает, что экономическая теория права страдает неполнотой: чтобы определить распределение ресурсов, которое порождено рынком (или его юридические заменители), необходимо знать назначение начальных прав на эти ресурсы, потому что распределение определит результат транзакционного процесса.

В переводе на экономический язык аргумент Дворкина касается эффектов благосостояния в распределении прав. Если начальное распределение некоторого права — скажем, на чистый воздух — заметно не затронет благосостояние никакого правообладателя, то независимо от того, в пользу кого сделано начальное распределение, или система рынка (если не препятствуют транзакционные издержки), или правовая система, разработанная, чтобы моделировать результаты такого рынка (если транзакционные издержки препятствуют), гарантирует заключительное распределение права тому, кто извлечет из этого права максимальную выгоду²⁸. Однако если спорное право составляет большую часть благосостояния правообладателя, начальное распределение может быть заключительным

²⁶ *Baker C. E.* The Ideology of the Economic Analysis of Law // Philosophy & Public Affairs. 1975. Vol. 5. P. 3.

²⁷ *Dworkin R.* Taking Rights Seriously. P. 47–98.

²⁸ Я абстрагируюсь здесь от других соображений распределения благосостояния, кроме различных способов распределения прав, влияющих на него.

и не будет никакого уникального эффективного результата. Например, если А стал рабом В, он может быть не в состоянии купить свою свободу от В; таким образом, право на труд А, если В им наделен первоначально, останется у последнего, и это решение будет эффективно. Но если А первоначально обладает правом на свой собственный труд, В может не быть готов заплатить цену, необходимую, чтобы побудить первого расстаться с этим правом. Начальное распределение снова будет заключительным и снова будет эффективно, но это будет совершенно другое распределение, чем если бы В было предоставлено право первоначально.

В подобных случаях, где эффекты благосостояния важны, экономический анализ не предсказывает уникальное распределение ресурсов, если начальное распределение прав не определено²⁹. Впрочем, этот результат едва ли будет фатальным для положительной экономической теории права. В худшем случае сужается область теории: появляется теория, согласно которой право стремится оптимизировать использование любыми людьми их прав и обмен такими правами. Более важно то, что экономическая теория права — это теория не только прав, но и обмена. Как мы увидим, права могут выводиться из самой теории; они не должны постулироваться³⁰.

Дворкин, к которому здесь присоединяются Эпштейн и Мичелмен, также утверждает, что судьи в системе общего права, создавая правила и принимая решения, действительно руководствовались скорее неэкономическими понятиями прав, чем неявными экономическими понятиями³¹. Этот аргумент в отличие от вышеупомянутого ставит прямой эмпирический вопрос о позитивном анализе права³².

С. Разные уровни нормативности

Широко признано, что, прежде чем экономист озвучит предложения для правовой реформы с целью повышения эффективности правовой системы, он должен вывести и отстоять нравственные основы эффективности. Это представление неправильное. Два важных нормативных способа использования экономического анализа права совершенно не затронуты философскими вопросами, которых в основном касается настоящая работа. Первый способ использования должен указать на затраты предложенного плана действий. Предположим, что кто-то приводит доводы в пользу отмены смертной казни на том основании, что неправильно для

²⁹ Дворкин не был первым, кто заметил это. Ранее это отмечено у Литтла: *Little I. M. P. Critique of Welfare Economics*. P. 96–97.

³⁰ См. об этом ниже.

³¹ *Dworkin R. Seven Critics // Harvard Law Review*. 1976–1977. Vol. 11. P. 177; *Epstein R. A. 1) Book Review: The Next Generation of Legal Scholarship?; 2) Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints; 3) A Theory of Strict Liability; Michelman F. I. Norms and Normativity in the Economic Theory of Law // Minnesota Law Review*. 1978. Vol. 62. P. 1015, 1047.

³² Эмпирические данные, свидетельствующие о позитивной «теории прав» права, на момент написания данной статьи ничтожно малы, как указывалось у Кента Гринвалта: *Greenawalt K. Policy, Rights, and Judicial Decision // Harvard Law Review*. 1977. Vol. 11. P. 991, 1010–1015.

государства лишать жизни, и экономист проводит исследование, которое показывает, что отмена смертной казни ведет к значительному увеличению количества убийств³³. Даже притом что от экономиста нельзя требовать никакой компетентности в вопросах справедливости или несправедливости смертной казни, когда он демонстрирует цену ее отмены (т.е. более высокое количество убийств), он способствует этическим дебатам, указывая на последствие, которое может (или не может) считаться относящимся к этическим проблемам. Пока считается, что затраты вообще этически уместны³⁴, экономист обязан участвовать в формировании этических суждений. И в любой ситуации, где утверждается, что другие ценности, помимо экономических, не исследуются, этическая роль экономиста является решающей.

Помимо того, чтобы помогать людям высказывать правильные нормативные суждения, указывая на то, сколько некой ценности, экономического благосостояния они должны пожертвовать для достижения чего-либо другого (или сколько экономической ценности они могли бы получить от принесения в жертву некоторой другой ценности, например, от морального отвращения к продаже почек или роговицы)³⁵, экономист может предоставить окончательные нормативные директивы любому, для кого эффективность вообще или конкретная эффективность для конкретного экономиста оказывается определяющей ценностью. Сейчас, когда относительно немногие люди в нашем обществе, рассуждающие на эту тему, считают максимизацию благосостояния или некоторую другую версию эффективности главной социальной ценностью, немногие относятся к этому как к чему-то банальному. Как я говорил, иногда это — единственная ценность, положенная на чашу весов. Следовательно, экономист может внести существенный вклад в этические дебаты, даже если он не способен дать какой-либо философски последовательный отчет об экономической нормативности.

Однако я не хочу так просто оставлять этот вопрос, поскольку мне кажется, что у экономического анализа есть некоторая претензия на то, чтобы стать последовательной и привлекательной основой для этических суждений. В том, что у утилитаризма есть такое право, я менее убежден. Прежде чем исследовать то, на что могут претендовать эти системы, рассмотрю кратко критерии выбора между конкурирующими этическими системами.

D. Критерии оценки этических теорий

Процедура выбора между конкурирующими положительными теориями чрезвычайно проста. Позитивная теория формулирует гипотезы,

³³ Данные исследования фактически были проведены. См. прим. 95 ниже.

³⁴ Чарльз Фрид, убежденный антиконсеквенциалист, называл «фанатичными» те моральные теории, которые отрицают какую-либо роль учета издержек при определении обязательств: *Fried Ch. Right and Wrong*. P. 10. — Похожий взгляд у Эпштейна: *Epstein R. A. Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints*. P. 74–75.

³⁵ См. об этом ниже.

подлежащие эмпирической проверке, по результатам которой они будут поддержаны или опровергнуты. Эта процедура невозможна в случае нормативной теории. Что можно использовать вместо нее? Один подход (например, у Ролза) должен вывести этическую теорию из одного или нескольких основных предположений (например, что справедливая система — это та, которую люди выбрали бы в «исходном положении»). Предположение может быть проверено только на основе интуиции (это означает, что оно не может быть проверено), но кто бы ни согласился с предположением, по-видимому, также должен будет согласиться с любыми этическими суждениями, которые могут быть получены из него в соответствии с принципами логики.

Далее я объясню позицию, согласно которой этическая теория не может действительно быть проверена, однако может быть отвергнута на основании одного из трех оснований: первое состоит в том, что теория не удовлетворяет определенным основным формальным критериям соответствия, таким как логическая последовательность, полнота, определенность и т. п.; второе состоит в том, что теория содержит правила, резко противоречащие общепринятому этическому восприятию (например, что убивать — это хорошо, или когда овца приравнивается по своему значению к человеку); наконец, третье заключается в том, что общество, которое приняло такую теорию, не выживет в конкурентной борьбе с обществами, придерживающимися альтернативных теорий. Третий критерий очень спорен, и я не буду исследовать его в этой работе, поскольку он не служит основой для проведения существенных различий между экономическим и утилитарным подходами. Однако я буду отстаивать позицию, согласно которой рассматриваемый с точки зрения формальных критериев или в соответствии с нашим моральным восприятием экономический подход менее «неприемлем» (*rejectable*), чем утилитаризм или кантианство.

Интуиционистический критерий выбора между этическими теориями может казаться субъективным и циклическим. Однако то, что мы хотим получить от этической теории, я полагаю, не является основанием для отказа от тех фундаментальных этических предписаний, которые все мы принимаем, даже если не всегда повинемся им; скорее, это структура, которая организует наше восприятие и руководит нами в процессе обращения с теми этическими проблемами, где наша интуиция ненадежна. Мы твердо знаем, что неправильно лишить жизни, чтобы спасти овцу, но мы менее уверены в том, лучше ли «помочь одному страждущему, которого мы знаем, чем уменьшить острую потребность ста людей, которые нам неизвестны»³⁶. Действительно, систематическая этическая теория, которая совместима с нашими основными этическими интуициями, но не ограничена ими, может быть полезной в решении моральных дилемм.

³⁶ См. прим. 66 ниже.

II. Отношения между утилитаризмом и экономикой

А. Критический анализ утилитаризма

Действие или практика правильны, хороши или справедливы в утилитарном представлении, если имеют тенденцию максимизировать счастье, обычно определяемое как превышение удовольствия над болью³⁷.

Это определение скрывает некоторые важные двусмысленности в утилитарной теории, но их лучше всего оставить для анализа критических замечаний утилитаризма. Однако в начале две особенности теории требуют разъяснения. Во-первых, это теория личной морали и социальной справедливости. Хороший человек — тот, кто стремится максимизировать суммарный итог счастья (свое собственное плюс счастье других), а хорошее общество — общество, которое стремится максимизировать это суммарный итог. Во-вторых, максимизируемый (*maximand*) показатель, по крайней мере, насколько большинство утилитаристов теперь рассматривают его, это не особое психологическое состояние, экстаз, эйфория или что бы то ни было еще, но, скорее всего, самое широкое понятие удовлетворения. Счастье, полезность максимизируются, когда люди (или существа) в состоянии удовлетворить свои предпочтения в самой большой возможной степени, независимо от того какими эти предпочтения могут быть. Эта формулировка не исключает возможность, что А может знать истинные предпочтения В лучше, чем сам В, т. е. присутствует возможность патернализма.

Лучший путь для объяснения оценки утилитарной теории состоит в том, чтобы исследовать основные критические замечания. Часть критики заключается в том, что область утилитаризма неопределенна. Чье счастье должно учитываться при разработке политики его максимизации? Счастье животных учитывается? Дж. Дж. К. Сمارт в связи с этим сформулировал следующий вопрос: «Возможно, строго сама по себе и в конкретный момент довольная овца так же ценна, как довольный философ. Однако трудно согласиться с этим. Если бы мы это сделали, то нам пришлось бы также согласиться с тем, что в идеале народонаселение должно быть сокращено с помощью методов контрацепции, а популяция овец должна соответственно возрасти. Возможно, нужно оставить именно столько людей, сколько необходимо для обеспечения жизни неисчислимым миллионам безмятежных овец в довольном безделье и в неприкосновенности от нападения хищников. Действительно, если довольный идиот так же хорош, как довольный философ, и если довольная овца так же хороша, как довольный

³⁷ Из последних хороших обзоров утилитаризма см.: *Plamenatz J.* The English Utilitarians. 1958; *Smart J. J. C.* An Outline of a System of Utilitarian Ethics // Smart J. J. C., Williams B. Utilitarianism For and Against. P.3; *Sartorius R. E.* Individual Conduct and Social Norms: A Utilitarian Account of Social Union and the Rule of Law. 1975. — Среди классических изложений см. в особенности: *Bentham J.* Introduction to the Principles of Morals and Legislation. 1789; *Sidgwick H.* The Methods of Ethics; *Stephen L.* The English Utilitarians. 1900. — Ранее отмечалось, что я отвергаю, как лишаящее большей части смысла, определение термина как класса этических доктрин, в которых мораль в процессе действия оценивается по своим последствиям. См. прим. 9 выше.

идиот, то довольная рыба так же хороша, как довольная овца, и довольный жук так же хорош, как довольная рыба. Где мы должны остановиться?»³⁸.

Смарт так и не дал ответа на свой последний вопрос. Хотя он полагает, что «трудно согласиться» с приравниванием довольной овцы к довольному философу, он не может найти основание в утилитарной теории для их различения и вынужден в конце неубедительно заметить: «Вопрос о том, было бы общее счастье увеличено заменой большей части народонаселения более многочисленной популяцией довольных овец и свиней, не является тем вопросом, который с помощью богатого воображения мог бы стать животрепещущей проблемой»³⁹.

Так как полезность в широком смысле, используемом современными утилитаристами, относится и ко (многим) животным, включение овец и свиней кажется необходимым в интересах теории. Смарт думает именно так. Однако есть что-то неправильное в философской системе, которая не может различить людей и овец. В системе утилитарной морали водитель, который совершил резкий поворот, чтобы избежать наезда на двух овец, и сознательно сбил ребенка, не может считаться плохим человеком, так как его действие, возможно, увеличило сумму счастья в мире. Однако этот вывод противоречит любому нашему этическому восприятию.

Таким образом, не факт, что у утилитаризма есть «пограничная задача», которая составляет проблему. Очевидное решение состоит в том, что включение чувств животных недопустимо. Мы могли, конечно, переосмотреть максимизируемый показатель (*maximand*), чтобы исключить животных. Мы могли бы заявить вместе с Франком Найтом, что люди не хотят счастья или любой другой версии предпочтительного удовлетворения, которое могло бы охватить то, что хотят животные: «Главное, чего фактически хочет здравомыслящий человек, — не удовлетворение его текущих желаний, а бóльшие и лучшие желания».⁴⁰ Но это — просто версия старой утилитарной игры, которая ведет в никуда, разделяя предпочтения на «высшие» и «низшие» при неизбежно меняющейся и субъективной основе.

Полагаю, что лучший ответ должен состоять в том, что мы не должны заботиться о полезности для животных, исключая те случаи, когда они включаются в человеческие утилитарные функции и содержатся в них. Однако этот джонсоновский ответ не решит пограничную задачу утилитаризма относительно иностранцев. Должна ли состоять американская политика в том, чтобы максимизировать счастье американцев, придавая счастье иностранцев нулевой вес? Или требуется вселенская перспектива? Как насчет нерожденных? Включение их в население, счастье которого должно быть максимизировано, может привести к различной политике в отношении аборт, усыновления, гомосексуальности, сбережений и других проблем, чем если бы в переписи счастья учитывались только живущие в настоящее время. Вопрос о том, учитывать ли иностранцев или

³⁸ Smart J. J. C. An Outline of a System of Utilitarian Ethics. P. 16.

³⁹ Ibid. P. 24–25.

⁴⁰ Knight F. H. The Ethics of Competition, and Other Essays. 1935. P. 22 (см. также: P. 32).

нерожденных, утилитаризм может решить непосредственно, хотя снова кажется, что если подойти к максимизации полезности совершенно серьезно, то будет обозначена наиболее широкая концепция соответствующего населения.

Проблема иностранцев и нерожденных связана со старым спором среди утилитаристов: состоит ли утилитарная цель в том, чтобы максимизировать среднее или полное счастье? Если бы беднейшая половина населения Бангладеш была убита, уровень жизни и того, что можно назвать субъективным счастьем, остающейся половины повысился бы из-за более высокого соотношения количества людей к территории и другим природным ресурсам. Однако тотальное счастье могло бы быть значительно меньше. Точно так же высокий уровень рождаемости может вызвать сокращение уровня жизни переполненной страны, а значит, и в среднем счастья страны, но эта потеря может быть больше, чем возмещение путем удовлетворения, даже несколько скудного, добавленного населения. В утилитарной теории нет никакого ясного основания для выбора между средним и полным счастьем, но последнее более совместимо с простым утверждением полезности как максимизируемого показателя.

В общем, логика утилитаризма раздвигает свои границы, насколько это возможно, делая этической целью максимизацию общей суммы счастья или удовлетворения во вселенной. Так как эта цель кажется достижимой только при условии, что множество людей станут несчастными (те из нас, кто должен был бы уступить место для всех иностранцев, овец и т. д.), утилитаристы постоянно ищут способы сократить границы. Но, поступая так, они выходят за границы утилитаризма.

Другая трудность с утилитаризмом — отсутствие метода для вычисления эффекта решения или политики в отношении полного счастья соответствующего населения⁴¹. Даже если внимание сосредоточено на народонаселении, нет никакого надежного способа измерить изменение уровня удовлетворения одного человека относительно изменения уровня удовлетворения другого. У некоторых утилитаристов есть вера в возможное открытие психологического критерия, который позволит измерить и сравнить счастье людей (и животных?)⁴², но за два прошедших века с того момента, как Бентам объявил об исчислении счастья (*felicific calculus*), никаких успехов в открытии такого критерия не было сделано.

Экономика благосостояния, по Парето, является более продвинутой благодаря некоторым приемам, такими как, например, решение проблемы исчисления удовлетворения. Основной аргумент Парето состоит в том, что добровольная рыночная сделка — например, когда А предлагает и В принимает плату 5 долларов за мешок апельсинов, или А предлагает В вступить в брак и В соглашается — делает обе стороны более обеспечен-

⁴¹ Как отметил Хайек, утилитаризм предполагает всезнание: *Hayek F. A. Law, Legislation, and Liberty. 1976. Vol. 2. P. 17–23.*

⁴² См., напр.: *Sartorius R. E. Individual Conduct and Social Norms... P. 31. — Ср.: Waldner I. The Empirical Meaningfulness of Interpersonal Utility Comparisons // Journal of Philosophy. 1972. Vol. 4. P. 87.*

ными и, таким образом, увеличивает уровень благосостояния или счастья в обществе, поскольку если бы А и В не были бы удовлетворены сделкой, по крайней мере один из них отказался бы от нее. Однако этот подход не удовлетворяет потребности утилитариста в надежном критерии, даже если мы принимаем (а я склонен это сделать, несмотря на аргументы, к которым я не могу обратиться здесь, что реклама или другие особенности рыночной экономики принуждают людей покупать вещи, которых они в действительности не хотят), что рыночная сделка увеличивает счастье сторон непосредственно сразу после нее. Сделка (или, что более правдоподобно, серия подобных сделок) может затронуть не только стороны; увеличивая спрос на апельсины, она может заставить цену апельсинов повыситься и для других потребителей, а более высокая цена может сделать тех других потребителей довольно несчастными. Кроме того, анализ требует постановки двух критических вопросов: были ли эти товары первоначально распределены так, чтобы максимизировать счастье (были ли люди с деньгами теми, кто получает большую часть счастья из вещей, которые можно купить за деньги?), и создает ли система свободных рынков больше счастья, чем делают или могут сделать альтернативные системы распределения ресурсов?

Конечно, критерий Парето мог быть определен таким способом, которым никакая бы сделка не считалась Парето оптимальной, если бы не вела к повышению уровня счастья в обществе. Возможно, это определение присутствует неявно в обычной формулировке критерия: по Парето, сделка является оптимальной, если делает по крайней мере одного человека более обеспеченным, и положение других не ухудшается. Однако, строго говоря, этот тест нельзя осуществить, потому что всеобъемлющее влияние транзакции на человеческое счастье и удовлетворенность сложно вычислить. Я прихожу к заключению, что анализ Парето не разрешает утилитаристскую проблему измерения счастья.

Трудность в выведении определенной политики или рекомендаций из этических посылок, конечно, не уникальна для утилитаризма, она в целом характерна для этического обсуждения. Работа Ролза, как мы увидим в дальнейшем, замечательно иллюстрирует этот тезис. Из современных кантианских теоретиков права нужно сравнить хотя бы Фрида и Эпштейна, которые, начав с одинаковых, казалось бы, посылок относительно человеческого уважения и автономии, приходят к различным выводам⁴³. Если Дворкин — «подлинный» кантианец, а не просто утилитарист эгалитарной школы⁴⁴, то этот вопрос еще более драматичен. Однако то, что утилитаризм не более неопределенен, чем конкурирующие теории морального обязательства, не может всякого примирить с утилитаризмом, особенно того, кто одобряет ограничение власти правительства. Предположим, например,

⁴³ Возможно, это незначительный пример, но он интересен для юристов: Фрид отвергает позицию Эпштейна, что *prima facie* деликтная ответственность должна быть безусловной ответственностью: *Fried Ch. 1) Right and Wrong. P. 107; 2) An Anatomy of Values: Problems of Personal and Social Choice. 1970. P. 187–189.*

⁴⁴ См. текст ниже.

что Бентам и много других утилитаристов правы в том, что, не имея информации об уровне счастья различных людей в зависимости от дохода, мы должны предположить, что все в значительной степени одинаковы в этом отношении. Тогда мы должны только сделать одно дополнительное и, как всегда, вероятное предположение — об уменьшающейся предельной полезности денежного дохода, — чтобы получить утилитарное основание для цели поиска уравнивания доходов. Далее, исходя из этих предпосылок, легко показать, что равное распределение дохода и благосостояния произведет больше счастья, чем какое-либо другое распределение⁴⁵, если затраты на достижение и поддержание такого распределения не будут равняться преимуществам большего счастья или превышать их. Оговорка, конечно, важная, но она помещает бремя доказывания на противника выравнивания дохода — и это в той области, где общеизвестна трудность в получении доказательства.

С помощью примера выравнивания дохода можно проиллюстрировать более широкий тезис. Если непригодность *felicific calculus* используется, чтобы оправдать утилитаристское использование догадок, то возможности для вероятного общественного вмешательства становятся фактически неограниченными. Тривиальный пример: он наблюдения факта способности животных к страданию недолго до защиты запрета на спортивную рыбалку⁴⁶.

Проблема неопределенности незаметно смешивается с родственным возражением на мысль утилитариста: что можно было бы назвать опасностями инструментализма?

Права в утилитарной системе — строго инструментальные блага. Единственное решающее благо — счастье группы в целом. Если оно будет максимизироваться, позволяя людям владеть собственностью и жениться, как они выбирают и меняют работу и т. д., то права на эти вещи будут даны им, но если счастье можно увеличить, рассматривая людей как овец, то права будут отобраны. Люди, кажется, не более счастливы в тоталитарных, чем в демократических государствах, но если бы они были таковыми, то последовательный утилитарист должен был бы поддержать тоталитаризм.

⁴⁵ *Bentham J.* The Philosophy of Economic Science // *Jeremy Bentham's Economic Writings* / ed. W. Stark. 1952. Vol. 1. P. 81, 115–116; *Lerner A. P.* The Economics of Control. 1944. P. 35–36; *Sartorius R. E.* Individual Conduct and Social Norms... P. 131.

⁴⁶ *Bentham J.* Principles of Penal Law // *Works of Jeremy Bentham* / ed. J. Bowring. 1843. Vol. 1. P. 367, 562. — Враждебность по отношению к утилитаризму многих «либералов» или правоведов с левыми взглядами несколько озадачивает в том смысле, что, будучи правильно поняты, утилитаризм предлагает мощную теоретическую поддержку социалистического государства или государства благосостояния, которое реально работает (важная квалификация), а также другой политики левых. Не нужно вместе с Лоуренсом Трайбом перерывать дохристианскую и незападную (*non-Western*) мысль в поисках философской основы для защиты животных за пределами максимизации благосостояния человека: *Tribe L. H.* Ways Not to Think About. Plastic Trees: New Foundations For Environmental Law // *Yale Law Journal*. 1974. Vol. 83. P. 1315. — Утилитаризм предоставляет такую основу. (Жизнь растений представляет собой более трудную задачу для утилитариста.) Философия, которая не делает явного различия между людьми и овцами, должна быть близкой по духу людям с коллективистскими или интервенционистскими симпатиями.

Таким образом, утилитаризм, видимо, основывает права чрезвычайной важности на эмпирической догадке о том, что они способствуют «счастью», а не на чем-то более устойчивом.

Эта догадка не может быть проверена никакими инструментами, которые мы имеем или, вероятно, будем иметь — хотя некоторые люди найдут слабое доказательство или нечто другое убедительное (например, Берлинская стена) в ее подкреплении. Даже в пределах общих рамок либерального государства утилитаристы, которые не стесняются смелых эмпирических предположений относительно распределения счастья, дают довольно чудовищные политические рекомендации. Примером может служить предложение Бентама по устранению попрошайничества путем обращения нищих в рабов⁴⁷.

«Моральная чудовищность» (*moral monstrosity*) является фактически основной проблемой утилитаризма. Можно выделить два типа чудовищности. Каждый из них происходит от отказа утилитариста провести различия видов удовольствия с помощью морали. Предположим, что А проводит свой досуг, отрывая мухам крылья, в то время как В проводит время за кормлением голубей, причем А обладает большей способностью к удовольствию, он получает больше счастья от своего досуга, чем В от своего. Отложим в сторону несчастье мухи — которое, если бы мы могли бы измерить счастье, было бы, вероятно, сочтено несущественным, — последовательный утилитарист должен был бы оценить А выше чем В, поскольку деятельность А добавляет больше к сумме счастья.

Другой тип моральной чудовищности, связанной с утилитаризмом, является результатом готовности утилитариста пожертвовать невинным человеком в угоду общественной потребности. Алан Донаган приводит следующий пример: «Вероятно, можно заключить, что больше блага и меньше зла последует, если вы безболезненно и тихо прикончите своего вредного старого и несчастного дедушку, чем если вы этого не сделаете: он будет освобожден от его никчемного существования; его дети будут рады наследству и больше не будут страдать от его вреда; а вы могли бы рассчитывать на вознаграждение, обещанное тому, кто умеет хранить тайну. Никто, правда, не сомневается, что последствия подобной позиции чудовищны»⁴⁸.

Донаган прав, и я полагаю, что последовательный утилитарист должен был бы счесть убийцу хорошим человеком. Утилитарист мог, конечно, указать, что практика убийства неприятных дедушек, вероятно, уменьшит счастье. Существование подобной практики сделало бы дедушек очень недовольными и, вероятно, не принесло бы пользу наследникам, потому что

⁴⁷ Posner R. A. Blackstone and Bentham. P. 592. — Говоря об утилитаристах, нужно сказать, что Бентам — один из главных, практически неисчерпаемых, источников странных политических выводов из утилитарных посылок. Тем не менее утилитаристы часто являются интервенционистами. См., напр.: Stephen L. The English Utilitarians. P. 228–229 (об интервенционистских предложениях Д. С. Милля). — Дворкин, возможно утилитарист левых взглядов, и утилитарная основа выравнивания доходов уже отмечалась.

⁴⁸ Donagan A. Is There a Credible Form of Utilitarianism? // Contemporary Utilitarianism / ed. M. D. Bayles. 1968. P. 187, 188.

она удерживала бы людей от накопления состояния. Однако у любых утилитарных возражений на создание исключения к праву убийства неприятных дедушек нет силы на уровне личной морали, когда ставится условие, чтобы убийство будет необнаруженным. Все же применение к убийце в примере Донагана термина «хороший человек» — недопустимое насилие над общепринятыми моральными понятиями.

Чудовищность на уровне социального, а не личного выбора — менее серьезная проблема утилитаризма. Одно дело — выбрать невинного человека наугад и убить его, чтобы достичь некоторой социальной цели, и совсем другое — установить институциональную структуру (например, уголовное наказание), делающую неизбежным страдание некоторых невинных людей. Не может быть создана никакая система наказания, которая сведет вероятность ошибочного обвинения к нулю. Хотя даже на уровне социального выбора утилитаризм может иногда приводить к чудовищным результатам. Предположим, что есть группа людей, которая столь немногочисленна относительно остальной части общества, столь несчастна и так ненавидима, что их истребление увеличит полное счастье общества. Последовательному утилитаристу было бы трудно осудить истребление при этих обстоятельствах, хотя у него будет возможность отметить издержки, которые понесут люди, переживающие о том, что станут следующей группой в очереди на истребление. В качестве другого примера можно привести начальные и относительно умеренные антисемитские меры, принятые правительством Гитлера против немецких евреев, которые, очевидно, увеличили общее счастье немецкого (и мирового?) населения, даже притом что некоторые неевреи, возможно, боялись распространения этого прецедента на другие меньшинства, к которым они принадлежали. Очевидно, эти начальные антисемитские меры были нравственно желательны с утилитарной точки зрения⁴⁹.

Если чудовищность — опасность утилитаризма, то моральная щепетильность или фанатизм — опасность кантианских теоретиков. Бернард Уильямс излагает случай «Джима», который гостит у некоего чиновника в экономически отсталой стране и которому предлагается выстрелить в группу политических заключенных⁵⁰. Чиновник говорит Джиму, что если Джим застрелит одного из заключенных, то он освободит других. Закоренный кантианец сказал бы, что Джим не должен стрелять в заключенного,

⁴⁹ Неправильно думать, что принцип счастья, если его трактовать соответствующим образом, требует наличия правил против дискриминации, поскольку их отсутствие вызвало бы панику среди членов различных меньшинств. Правила действительно имеют преимущества, которые могут при определенных обстоятельствах перевесить издержки от потери гибкости, требуя исполнения в случае изменения обстоятельств. Поэтому последовательный утилитарист, не впадая в поклонение правилам, которые чистые утилитаристы справедливо бы критиковали (*Smart J. J. C. An Outline of a System of Utilitarian Ethics*. P. 10), может поддерживать правила. Однако могут ли антидискриминационные правила быть оправданы на основе утилитарных принципов либо, в целом или частично, конкретной исторической обстановкой (как в донацистской Германии), — это еще один из тех вопросов, на которые утилитаристы отвечают только догадками.

⁵⁰ *Williams B. A Critique of Utilitarianism*. P. 77, 98–99.

потому что существует решающее различие между совершением зла и отказом предотвратить зло. Это — позиция Уильямса. Я считаю заявленное различие важным в этом примере. Если Джим отклонит приглашение чиновника, то все заключенные умрут; если он примет его, то все, кроме одного, будут спасены. Нет никакого компромисса. Никто не окажется в более выгодной ситуации, если Джим отклонит предложение; все, кроме одного, проиграют.

Большинство кантианцев пытаются избежать фанатизма, предлагая исключения из налагаемых категорических обязанностей⁵¹. Они утверждают, что пытаться неправильно, даже если это могло (как считал Бентам) сказаться на увеличении баланса счастья, но затем признают, что если мучения одного человека необходимы для спасения человеческого рода, то подвергнуть его пыткам будет правильным решением. Однако, однажды уступив в этом смысле, нет никакой логической возможности остановиться. Как быть, если два невинных должны быть убиты, чтобы спасти 200 млн американцев; 10 — чтобы спасти 3 млн жителей Чикаго; 20 — чтобы спасти 60 тыс. жителей Гайд Парк — Кенвуд (район в Чикаго. — *Ред.*)? Есть ли различие между кантианцем и утилитаристом, когда кантианец не позволил бы себе пожертвовать невинным человеком, если бы не было по крайней мере 100 жизней с другой стороны, в то время как для утилитариста двух будет вполне достаточно? Но по какому принципу кантианец проводит границу на цифре 100? Почему не 50, 10 или не 3? (Если он отказывается проводить эту границу, в чем тогда состоит помощь в обеспечении конкретного морального руководства?) В зависимости от того, где он действительно проводит разграничение, кантианец превращается в утилитариста (если он придает большое значение цене) или остается фанатиком (если не придает).

Тенденция кантианства сливаться с утилитаризмом проиллюстрирована моральной философией Джона Ролза⁵². Хотя посылки Ролза явно кантианские и он отвергает утилитаризм, потому что тот «не делает серьезного различия между людьми»⁵³, Ролз определяет справедливость как результат коллективного выбора людьми в «исходном положении», т. е. лишенными всех их отдельных особенностей. Предполагается, что эти оттенки и выбирают принципы справедливости, которые будут максимизировать их полезность; а так как они, что также предполагается, очень не расположены к риску, они выбирают принцип, согласно которому большая часть экономической свободы человека отдается в обмен на социальное страхование. Принцип социальной справедливости Ролза напоминает принцип увеличения равенства доходов у Бентама с условием принуждения к сохранению у человека стимула к производительной деятельности. Как у Бентама, так и у Ролза искомая степень равенства зависит от эмпирических догадок относительно: 1) формы предельной полезности кривой

⁵¹ В качестве примера подобного подхода см.: *Fried Ch. Right and Wrong*. P. 10.

⁵² И эволюционировавшими мыслями моего коллеги Эпштейна: *Epstein R. A. Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints*.

⁵³ *Rawls J. A Theory of Justice*. 1971. P. 27.

дохода (или степени отвращения риска); 2) отрицательных эффектов снижения стимулов к труду в результате эгалитарной политики.

Потребность в этих догадках придает теории Ролза ту же самую неопределенность, которой страдает учение Бентама. Даже концепция «защелки невежества» (*veil of ignorance*) Ролза напоминает (как указывает Гэри Беккер) метод, которым экономист Абба Лернер вывел доходное равенство из принципа счастья; Лернер заявил, что согласно нашему незнанию величины функций предельной полезности человечества лучшее рабочее предположение — то, что они не зависят от дохода⁵⁴. Неудивительно, что другой экономист школы экономики благосостояния, Джон Харсаньи, предсказал основу принципа справедливости Ролза (рациональный выбор людьми в исходном положении) за много лет⁵⁵.

Я прихожу к заключению, что у утилитаризма есть серьезные недостатки, независимо от того, рассматриваем мы его как систему личной морали или как справочник по социальному принятию решений; кроме того, в стандартной альтернативе, которая предлагается утилитаризму, — в кантианстве — есть свои собственные серьезные дефекты; один из них — частое итоговое соответствие утилитаризму. Именно в этом контексте мы должны теперь рассмотреть экономический анализ как моральную систему, альтернативную и утилитаризму, и кантианству.

В. Экономический анализ

1. *Максимизация благосостояния как этическая концепция.* Я сказал ранее, что экономист, говоря нормативно, склонен определять благо, право или справедливость как максимизацию «благосостояния», в некотором смысле неотличимую от понимания утилитаристом полезности или счастья⁵⁶. Именно поэтому экономист экономики благосостояния — часто просто прикладной утилитарист. Но в своих нормативных целях я хочу определить максимизируемый показатель более узко, а именно как «стоимость» в экономическом смысле слова, или как «благосостояние», что даже яснее, как я полагаю⁵⁷.

В оставшейся части этой работы термин «экономический», когда он используется в нормативном смысле, означает улучшение благосостояния. Благосостояние — стоимость в долларах или долларовой эквиваленте (важная оговорка, как мы увидим) всего в обществе. Она измеряется готовностью людей заплатить за благо или, если они уже им владеют, тем, сколько им нужно денег, чтобы отказаться от него. Единственный вид предпочтения, который учитывается в системе максимизации благо-

⁵⁴ *Lerner A. P. The Economics of Control.*

⁵⁵ *Harsanyi J. C. Cardinal Utility in Welfare Economics and in the Theory of Risk-Taking // Journal of Political Economy. 1953. Vol. 61. P. 434.* — Ролз признает вклад Харсаньи: *Rawls J. A Theory of Justice. P. 137, n. 11; 162, n. 21.* — Харсаньи остается изысканным представителем утилитаризма: *Harsanyi J. C. Morality and the Theory of Rational Behavior // Social Research. 1977. Vol. 44. P. 623.*

⁵⁶ См. прим. 12 выше.

⁵⁷ *Michelman F. I. Norms and Normativity in the Economic Theory of Law. P. 1019–1021, 1032–1034 (полезная систематика определений благосостояния).*

состояния, — это тот, который поддержан деньгами, или, другими словами, зарегистрирован на рынке. Рынок, однако, не должен быть явным. Даже сегодня большая часть экономической жизни организована на бартерных принципах; «рынок брака», воспитание детей и дружественная игра в бридж — некоторые примеры этого. У этих услуг есть стоимость, которая могла бы быть превращена в деньги в отношении заменителей, предлагаемых на явных рынках или другими способами. Они иллюстрируют важный тезис — благосостояние не может приравниваться к ВВП (валовому национальному продукту. — *Ред.*) или любой другой фактической денежной мере благосостояния. Общество не станет богаче из-за отказа женщин от домашнего производства в пользу проституции.

Другой тип неявного рынка, который можно назвать «гипотетическим» рынком, также важен. Сравните две ситуации. В одной я предлагаю вам 5 долларов за мешок апельсинов, вы соглашаетесь, и обмен осуществлен. Мы можем быть уверены, что благосостояние общества было увеличено. Перед сделкой у вас был мешок апельсинов стоимостью меньше чем 5 долларов для вас, и у меня было 5 долларов; после сделки у вас есть 5 долларов, и у меня есть мешок апельсинов стоимостью больше чем 5 долларов для меня. Мы оба стали богаче согласно измерениям покупательной силы денег, которую мы прилагаем к рассматриваемым товарам. Однако предположим, что вместо того, чтобы купить у вас апельсины, я случайно раздавил их. Суд, применяющий формулу Хенда к ответственности за небрежность⁵⁸, задался бы вопросом, была ли ожидаемая цена несчастного случая для вас больше или меньше, чем ожидаемая выгода для меня, какова бы ни была деятельность, породившая инцидент в виде побочного продукта. Чтобы ответить на вопрос, суд должен был бы высказать суждение относительно того, во сколько те апельсины обошлись вам, насколько сильно я спешил в той ситуации и т. д. Пурист настаивал бы на том, что соответствующие ценности непостижимы, так как они не были открыты в фактической рыночной сделке, но я предполагаю, что суд (по крайней мере, во многих случаях) может высказать довольно точное предположение относительно распределения ресурсов, которые максимизировали бы благосостояние. Однако поскольку определение стоимости (т. е. готовности заплатить) производится судом менее точно, чем рынком, для таких случаев, как типичные происшествия, где транзакционные издержки препятствуют использованию фактического рынка для эффективного распределения ресурсов, должен быть зарезервирован подход гипотетического рынка. Под «фактическим рынком» я понимаю такой, который основан на добровольном обмене, независимо от того, используются в нем деньги или нет.

Обсуждение подхода гипотетического рынка может помочь указать на различие между максимизацией благосостояния, с одной стороны, и счастьем, полезностью или максимизацией благосостояния, как они мыслятся утилитаристами и утилитарными экономистами, — с другой⁵⁹. В то время

⁵⁸ См. прим. 20 выше (*Carroll Towing*).

⁵⁹ Тем не менее см. прим. 11 выше.

как предмет важных оговорок, отмеченный ранее⁶⁰, т. е. фактическая рыночная сделка, может быть достоверным свидетельством увеличения счастья, то же самое не может быть сказано относительно гипотетической рыночной сделки, которая по определению является ненамеренной. Предположим, что дымящая фабрика снижает ценность близлежащей жилой недвижимости на сумму 2 млн долларов, но переезд бы обошелся ей в 3 млн (единственный способ устранить загрязнение), и на этой основе существование фабрики имеет приоритет над действиями собственников по защите от беспокойства. Несчастье собственников может превысить счастье владельцев фабрики (которые могут состоять из тысяч акционеров, каждый с маленькой долей на предприятии) при предотвращении судебного иска на 2 млн. Теперь поменяйте числа местами и предположите, что собственники недвижимости — богатые люди и что, если фабрика должна закрыться, ее рабочие понесут тяжелые затраты на переселение и многие мелкие местные торговцы обанкротятся. Решение суда о закрытии фабрики будет эффективно, но, вероятно, не сможет максимизировать счастье.

В качестве другого примера того, почему максимизацию благосостояния нельзя рассматривать как идентичную замену максимизации блага в строгом утилитарном смысле, можно привести ситуацию, в которой бедный человек решает украсть алмазное ожерелье для своей красавицы подруги. Рыночная стоимость ожерелья — 10 тыс. долларов, что равняется его субъективной стоимости для владелицы, т. е. она была бы готова продать его за любую цену выше 10 тыс. долларов. Оптимальный штраф за это воровство (основанный на ценности ожерелья, вероятности задержания и обвинения вора, затрат системы уголовного правосудия и т. д.) будет, скажем, 25 тыс. долларов; если у вора нет денег на штраф, то устанавливается срок заключения (например, три года), который равняется бремени денежного штрафа в размере 25 тыс. долларов (или превышает его) для вора, который мог бы заплатить его. При этих обстоятельствах мы можем быть вполне уверены, что, если наш бедняк идет напролом и совершает воровство, полное счастье общества повысится, даже притом что он не сможет заплатить штраф. Действия вора должны обладать большей полезностью, чем вред, который он наносит обществу (в виде издержек потерпевшего, затрат на работу системы уголовного правосудия, чувства незащищенности и т. д.), так как это бремя возлагается на него в форме возможного тюремного заключения, хотя он совершит воровство в любом случае. Однако воровство не увеличивает благосостояние, поскольку это не результат ни добровольной, ни гипотетической рыночной сделки. В терминах фактического рынка нежелание вора (основанное на неспособности) заплатить за ожерелье означает, что ожерелье стоит для него меньше, чем для владельца. И обращение к анализу гипотетического рынка ничего не гарантирует, так как нет никакой проблемы высоких транзакционных издержек, которые оправдали бы разрешение вору обмануть рынок. Даже

⁶⁰ См. об этом выше.

если бы использовался подход гипотетического рынка, он все равно не привел бы к присуждению ожерелья вору, так как оно не стоит для него больше, чем для владельца, в смысле готовности платить. Напротив, подход гипотетического рынка был бы применим, если бы кто-то с деньгами ворвался в незанятый дом и украл еду, чтобы утолить голод. Транзакционные издержки были бы непреодолимы, и есть все основания полагать, что еда имела бóльшую стоимость в строгом экономическом смысле для вора, чем для владельца.

Как показывают эти примеры, соотношение между благосостоянием и счастьем остается неясным. Это подтверждается тем, что жители богатых стран, кажется, не более счастливы, чем жители бедных стран, хотя внутри страны богатые, кажется, более счастливы, чем бедные⁶¹. Адам Смит, который не был утилитаристом или «экономистом школы благосостояния», полагал, что люди были введены в заблуждение в своей вере в большее счастье в зависимости от богатства, хотя он не сомневался, что эта вера была распространена и была существенным двигателем человеческого прогресса⁶².

Мало того что благосостояние не может равняться счастью, но и (тот же самый пункт в терминологии экономики) люди не являются чистыми максимизаторами благосостояния. Благосостояние — важный элемент в предпочтениях большинства людей (и максимизация благосостояния, таким образом, напоминает утилитаризм в придании существенного веса предпочтениям), но не суммарный итог этих предпочтений. Вот почему позитивная экономическая теория предполагает, что люди — максимизаторы полезности в широком, утилитарном смысле, и существует еще одна причина частого смешения экономики и утилитаризма как этических систем. Может показаться, что этическая теория, основанная на одном предпочтении — желании благосостояния, — должна уступать этической теории, которая принимает во внимание полный набор предпочтений. Но это не обязательно так. Во-первых, как мы увидим, погоня за благосостоянием более совместима с нашими интуициями относительно этического поведения, чем поиски счастья. Во-вторых, принцип благосостояния можно легче, чем утилитаризм, свести к формальным элементам этической теории — включая понятия прав и исправительного правосудия. В-третьих, принцип благосо-

⁶¹ *Easterlin R. A.* 1) Does Money Buy Happiness? // *Public Interest*. N 30. Winter 1973. P. 3; 2) Does Economic Growth Improve the Human Lot? Some Economic Evidence // *Nations and Households in Economic Growth: Essays in Honor of Moses Abramovitz* / eds. P. A. David, M. W. Reder. 1974. P. 89.

⁶² Поэтому так озадачивает, что «Богатство народов» рассматривается как утилитарный трактат: *Plamenatz J.* *The English Utilitarians*. P. III. — Ролз описывает «Теорию моральных чувств» Смита как утилитаристскую, поскольку «безучастный свидетель» в этике Смита, как считает Ролз, напоминает «агрегирующего человека» у утилитаристов: *Rawls J.* *A Theory of Justice*. P. 22–23, n. 9; 184–181. — Во всяком случае, безучастный свидетель напоминает у Ролза человека в исходном положении: акцент в обеих концепциях делается на незаинтересованности в качестве фундаментальной концепции справедливости. Литтл отмечает (не развивая эту мысль) что Адам Смит писал о «богатстве», а не «благосостоянии» или «счастье» (*Little I. M. P.* *Critique of Welfare Economics*. P. 79, n. 2).

стояния более определенный, чем принцип счастья. Это важно не только в создании определенных рекомендаций для поведения и политики, но и в урегулировании границ вмешательства властей в жизнь людей.

Я рассмотрю первые два пункта более подробно. Сравните человека, который готов заплатить 10 тыс. долларов за ожерелье, с человеком, который не имеет никаких денег, но готов подвергнуться неденежной каре, эквивалентной отказу от такой денежной суммы. Положение первого человека нравственно выше, потому что он стремится увеличить свое благосостояние, предоставляя выгоду другому лицу, а именно владельцу. Кроме того, 10 тыс. долларов покупателя были, вероятно, накоплены посредством производительной деятельности, а значит, деятельности, выгодной не только для него, но и для других людей — для его работодателя, клиентов, клиентов его отца и т. д. Поскольку, если мы предполагаем, что доход человека меньше, чем общая стоимость его производительных сил⁶³, из этого следует, что производительный человек дает обществу больше, чем он от него получает. Таким образом, покупатель в нашем примере приносит чистую пользу не только владелице ожерелья (которая не приняла бы 10 тыс. долларов за него, если бы только оно не стоило для нее меньше), но и другим людям помимо производителя, которые на каждой стадии в накоплении тех денег посредством производительной деятельности получают чистую прибыль. Вор, напротив, не предоставляет никаких выгод ни владельцу ожерелья, ни кому-либо еще. Он может даже вообще не совершить ни одного продуктивного поступка в своей жизни. Его «притязание» на ожерелье, которое соблюдал бы утилитарист, основано на способности — возможности испытать удовольствие, — ничего не значащей для кого-либо еще. Тот факт, что термин «вор» используется уничижительно даже в тех обществах, где существует суровое наказание за это преступление, а на воровство идут только тогда, когда полезность для вора превысит ущерб для потерпевшего, является характеристикой наших этических верований, которые утилитаризм не может объяснить, а максимизация благосостояния может.

Другие этические ценности могут также быть более прочно основаны на фундаменте максимизации благосостояния, чем на утилитаризме. Экономическая свобода — очевидный пример того (с учетом почти универсального мнения экономистов, включая марксистов), что свободные рынки, независимо от того, какие возражения могут быть сделаны на их счет на основании справедливости, максимизируют благосостояние общества. Это, безусловно, эмпирическое суждение, но оно опирается на гораздо более устойчивую основу, чем утверждение, согласно которому свободные рынки минимизируют счастье.

Менее очевидно, что большая часть обычного благочестия — выполнение обещаний, правдолюбие и т. п. — может также быть выведена из принципа максимизации благосостояния. Приверженность этим достоинствам облегчает проведение сделок (и следовательно, способствует тор-

⁶³ См. прим. 80 ниже.

говле и благосостоянию), уменьшая затраты на охрану рынков с помощью самозащиты, подробных контрактов, судебного производства и т. д.⁶⁴ Даже альтруизм (благотворительность) может интерпретироваться как принцип экономии⁶⁵. Хотя стоит отметить, что абсолютный альтруист мог бы решить продать свои услуги лицу, предлагающему самую высокую цену, а не пожертвовать их самому нуждающемуся просителю. Из-за затрат на определение потребности иным способом, нежели через готовность заплатить, распределение с помощью цены может фактически принести большую чистую пользу остальной части общества, чем распределение «по потребностям» или «по заслугам»⁶⁶. Первый метод распределения также приведет к большему накоплению благосостояния, которое может быть пожертвовано полностью или частично. Но снова идеальный альтруист не захочет тратить такое большое количество времени на выявление претендентов на благотворительность, что значительно уменьшит его производительность и пользу, которую это приносит другим людям.

В итоге принцип максимизации благосостояния поощряет и вознаграждает традиционные добродетели («кальвинистские» или «протестантские») и способности, связанные с экономическим прогрессом. Способности (такие как интеллект) служат эффективности, с которой могут использоваться ресурсы; достоинства (такие как честность и альтруизм в его надлежащем месте), уменьшая затраты на рыночную сделку, делают то же самое. Можно сомневаться в том, предполагает ли то же самое сочетание достоинств и способностей также принцип счастья, особенно с учетом степени самоотречения, неявного в приверженности «протестантским достоинствам». Утилитаристы должны были бы придать одинаковое значение способности к удовольствию, самоснисходительности и другим гедонистическим и эпикурейским ценностям (по крайней мере, усердию, честности и т. д.), которые являются утилитарными только потому, что они имеют тенденцию увеличивать благосостояние и, следовательно, могли бы увеличить счастье.

Не все, конечно, соглашались с тем, что рынок делает человека лучше. Франк Найт цитирует следующий отрывок из Раскина: «В сообще-

⁶⁴ Altruism, Morality, and Economic Theory / ed. E. S. Phelps. 1975; Posner R. A. Economic Analysis of Law. 2nd ed. P. 185–186.

⁶⁵ Конкретный пример см. в: Landes W. M., Posner R. A. Salvors, Finders, Good Samaritans and Other Rescuers. An Economic Study of Law and Altruism. P. 95.

⁶⁶ Хайек хорошо об этом написал: «Мы до сих пор предпочитаем делать добро только тогда, когда это делается в интересах конкретных потребностей известных нам людей, и считаем, что лучше помочь одному голодающему человеку, которого мы знаем, чем облегчить острую потребность ста человек, которые нам не знакомы, но на самом деле мы обычно делаем самые хорошие вещи, преследуя выгоду... Цель, для которой успешный предприниматель хочет использовать свою прибыль, вполне может обеспечить госпиталь или художественную галерею для родного города. Но совершенно независимо от вопроса о том, что он хочет сделать со своей прибылью после того, как он ее заработал, он принес выгоду большему числу людей, нацелившись на наибольшую прибыль, чем он мог бы принести, если бы сосредоточился на удовлетворении потребностей известных ему лиц. Он, ведомый невидимой рукой рынка, принес вспоможение в виде современных удобств для самых бедных домов, о которых даже не знал» (Hayek F. A. Law, Legislation, and Liberty. Vol. 2. P. 145).

стве, отрегулированном законами спроса и предложения, но защищенного от открытого насилия, люди, которые становятся богатыми, в целом трудолюбивы, решительны, горды, жадны, быстры, методичны, разумны, лишены воображения, нечувствительны и невежественны. Люди, которые остаются бедными, являются полностью глупыми, полностью мудрыми, праздными, беззаботными, робкими, вдумчивыми, унылыми, с богатым воображением, чувствительными, хорошо осведомленными, непредусмотрительными, нерегулярно и импульсивно злыми, неуклюжими плутами, открытыми ворами, полностью милосердными, справедливыми и благочестивыми людьми»⁶⁷.

Я не знаю ни о каких систематических доказательствах, опирающихся на утверждения Раскина, но некоторые из них, конечно, неправдоподобны. Если у вас хорошее воображение (например, в создании новых продуктов, производственных процессов и методов распределения), чувствительность (в обработке партнеров, сотрудников, клиентов, поставщиков и в предупреждении изменений в потребительском спросе) и если вы хорошо осведомлены, по крайней мере в пределах узкой сферы, то это дает вам значительные преимущества в бизнесе. Неясно, почему хорошо осведомленный, вдумчивый и мудрый человек не должен стать богатым в рыночной экономике в силу наличия у него этих качеств. Возможно, Раскин думает, что такой человек не хотел бы быть богатым. Но если это так, по-видимому, так бы было в любом случае, как бы ни была организована экономика. Не нужно обладать качествами милосердного, справедливого, или благочестивого человека для того, чтобы проигрывать конкуренцию в системе рыночной экономики, если, конечно, эти качества (особенно последнее) не используются, чтобы подчеркнуть отвращение к продуктивной деятельности на рынке.

Другой аспект, в котором максимизация благосостояния кажется более оправданным моральным принципом, чем утилитаризм, — то, что она предоставляет более устойчивую основу для теории справедливости, и дистрибутивной, и корректирующей. Дворкин и Кеннеди ошибаются в том, что источник прав, обмениваемых в рыночной экономике, находится вне принципа максимизации благосостояния⁶⁸. Сам принцип предопределяет создание системы исключительных прав — той, которая в идеале распространится на все ценные редкие вещи, не только на недвижимость и личную собственность, но и на человеческое тело и даже на идеи. Иногда, конечно, эти права должны оцениваться по затратам на защиту — именно поэтому патент, авторское право и связанные с ними законы защищают только подмножество ценных идей — и в связи с проблемами конфликтного использования (должен ли я иметь право жечь мусор на территории моей собственности, или мой сосед должен иметь право на защиту от

⁶⁷ *Knight F. H. The Ethics of Competition, and Other Essays. P.66. — О широкомасштабных и безрезультатных дискуссиях об этике рыночной системы см.: Markets and Morals / eds. G. Dworkin, G. Bermant, P.G. Brown. 1977.*

⁶⁸ *Dworkin R. Taking Rights Seriously. P.97–98; Kennedy D. Form and Substance in Private Law Adjudication. P.1763–1764.*

дыма?). Тем не менее применение экономического подхода к принципу исключительных прав намного сильнее, чем у утилитаристов или, скажем, у многих кантианцев.

И при этом экономист не предопределяет, что исключительные права были созданы и затем молчаливо переданы по их назначению. Верно то, что, если бы рыночные сделки имели нулевые затраты, для экономиста не было бы разницы, кому исключительное право первоначально предоставлялось. Процесс добровольного обмена с нулевыми издержками перераспределял право тому, кто бы ценил его больше всего. Когда мы откажемся от нереалистичного предположения о нулевых операционных издержках, распределение прав становится определяющим — пункт, пропущенный Дворкиным и Кеннеди. Если транзакционные издержки положительны, принцип максимизации благосостояния требует начального наделения правами тех, кто, вероятно, оценит их больше всего⁶⁹. Это экономическая причина предоставления рабочему права продавать его труд и женщине — права определять своих сексуальных партнеров. Если бы такие права были в случайном порядке предоставлены третьим лицам, то эти права были бы, вероятно (но необязательно), выкуплены обратно рабочим и женщиной соответственно. При этом нет никакого механизма для того, чтобы первоначально определить и наделить правом того, кто фактически оценивает его так высоко, что он не мог бы его перепродать «естественному» владельцу. Несомненно, присущие трудности заимствования под человеческий капитал⁷⁰ разрушили бы усилия естественного владельца выкупить право на его труд или даже тело от кого-то, кто действительно не оценивал его более высоко, чем он сам, но это — просто дальнейшая причина для первоначального наделения правом его естественного владельца.

Чарльз Фрид возражает: неправильно назначать индивидуальные права этим способом, потому что вывод о том, что индивид ценит свою жизнь, тело, ум и т. д. больше, чем кто-либо еще, предполагает некоторое понятие человека как единицы, уже обладающей жизнью, телом, умом и т. д.⁷¹ Однако владение — это не собственность. Хотя Фрид полагает особенно нелепым то, что зубы человека должны быть недоступными для всех, рассмотрим следующее гипотетическое дело. Зубы у меня во рту невероятно белые, словно жемчуг, и компания *Colgate* нанимает фотографа, чтобы неотступно следовать за мной и фотографировать меня каждый раз, когда я улыбаюсь; лучшая из этих фотографий затем издается без моего согласия в рекламе зубной пасты *Colgate*. Нью-Йоркский Апелляционный суд однажды постановил, что в таком случае не было никакого вторжения в законные права⁷². Суд в действительности предоставил право на изображение блестящей улыбки не ее «естественному» владельцу. Хотя эта

⁶⁹ *Posner R. A. Economic Analysis of Law. 2nd ed. Pt. 1.*

⁷⁰ Я абстрагируюсь от ненужных сложностей, таких как законы о банкротстве и юридические запреты в отношении добровольного долгового рабства.

⁷¹ *Fried Ch. Right and Wrong. P. 103–104.*

⁷² *Roberson v. Rochester Folding Box Co., 171 N. V. 538, 64 N. E. 442 (1902).*

точка зрения была экономически неправильной и обычно отклонялась⁷³, я не думаю, что здесь содержится какое-либо противоречие или нелепость.

Еще один вопрос, относящийся к начальному распределению прав, — неэффективность монополий (фактор также отсутствующий бы в мире нулевых транзакционных издержек)⁷⁴, когда приводятся доводы в пользу распределения прав в небольших объемах для многих, чтобы сделать затраты на аккумуляцию прав в единый блок достаточно большими с целью запрета обретения монополиями власти. Таким образом, было бы неэффективным наделить одно лицо правами на труд всех электриков, или рабочих литейного завода, или работников ресторана, потому что это приведет к монополизации части трудовых ресурсов и, следовательно, к сокращению благосостояния общества.

Несмотря на эти соображения, начальное распределение прав, которое было совместимо с целью максимизации благосостояния, может быть чрезвычайно неравным. В то время как операции на свободном рынке, разделение состояний среди наследников и т. д. могли бы в течение длительного времени привести к большему равенству, с другой стороны, это не всегда так и зависит от распределения производительных качеств среди населения. Однако речь идет не о неравенстве результатов, которое касается теоретиков, утверждающих, что экономическая теория права — замаскированная разновидность утилитаризма. Мы говорим о предполагаемом несоответствии между благосостоянием или максимизацией счастья и защитой прав. Однако теория прав — это фактически важный результат принципа максимизации благосостояния.

Права, выводимые из экономической теории, конечно, не даруются Богом и не имеют иной сверхъестественной природы; они — «простые» инструменты максимизации благосостояния. Но это не обязательно ставит их на менее прочную основу, чем права, защищаемые кантианскими теоретиками. Историческая концепция справедливости Нозика ставит под сомнение все права, заставляя их обоснованность зависеть от справедливости начального наделения и всех последующих передач права: безупречную родословную нужно показать для каждого права⁷⁵. Другие кантианские теоретики права, такие как Ролз, сочли возможным оправдать обширное общественное вмешательство в систему прав собственности во имя защиты абсолютных прав. Как мы увидим, некоторое общественное перераспределение благосостояния может подразумеваться принципом максимизации благосостояния, но это намного более ограниченный вид, чем тот, который выводится из кантианских принципов, развернутых Ролзом и Нозиком.

⁷³ Posner R. A. The Right of Privacy // *Garvard Law Review*. 1978. Vol. 12. P. 393, 411–412.

⁷⁴ Потребители «подкупили» бы монополиста, чтобы увеличить его выпуск до конкурентоспособного уровня, и традиционные общественные издержки монополии были бы устранены.

⁷⁵ О критике исторической концепции права Нозика см., напр.: *Wolff R. P. Robert Nuzick's Derivation of the Minimal State // Arizona Law Review*. 1977. Vol. 19. P. 7, 9, n. 9; *Hodson J. D. Nozick, Libertatianizm, and Rights // Ibid*. P. 212, 221.

Корректирующая справедливость в системе, основанной на максимизации благосостояния, является областью деликтного права. Такое право обеспечивает компенсацию любому пострадавшему от нарушения прав, которыми он обладает на основании принципов системы распределительной справедливости. В другом месте я неосторожно описал оплату убытков жертве нарушения (а не государству или частному правоприменителю, отличающемуся от жертвы, или другим) как «деталь»⁷⁶; позвольте мне подчеркнуть, что эта «деталь» твердо включена в систему юридических средств, подразумеваемых принципом максимизации благосостояния⁷⁷.

Наконец, как я уже говорил в другом месте, чисто формальные особенности справедливой правовой системы (что законы публикуются, что они не имеют обратной силы и т. д.) могут также быть получены из принципа максимизации благосостояния⁷⁸.

Подведем итоги. Принцип максимизации благосостояния подразумевает, во-первых, начальное распределение частных прав (к жизни, свободе и труду) среди их естественных владельцев; во-вторых, наличие свободных рынков, чтобы позволить переназначение этих прав время от времени для другого использования; в-третьих, существование правовых норм, которые моделируют рыночные операции, когда затраты рыночных сделок запретительны; в-четвертых, систему юридических средств для удерживания и возмещения ущерба от вторжений в права; в-пятых, систему личной морали («протестантские достоинства»), которая служит для уменьшения затрат рыночных сделок. Будь традиционные области общего права реорганизованы вдоль более функциональных линий, первой из этих областей было бы право собственности, второй — контрактное право, третьей — деликтное право и четвертой — процессуальное и коррективное (в том числе уголовное) право.

2. *Критические замечания пересмотренного утилитаризма.* Я теперь рассмотрю, насколько критические замечания в адрес утилитаризма применимы также к экономическому анализу. Это исследование, кстати, может объяснить экономический подход в дальнейшем.

Пограничная задача менее серьезна, когда благосостояние заменяет счастье в качестве максимизируемой величины (*maximand*). Животных берем в расчет — но только поскольку они увеличивают благосостояние. Оптимальная популяция овец определена не предположением об их способности к удовлетворенности относительно таковой у людей, но пересечением кривых маржинального производства и маржинальных затрат на содержание овец.

Менее приятный вывод из подхода максимизации благосостояния — то, что люди, которые очень бедны — не те, кто просто испытывает не-

⁷⁶ Posner R. A. *Economic Analysis of Law*. 2nd ed. P. 143. — Я имел в виду, что это была деталь с ограниченной точки зрения возложения правильных затрат на правонарушителя.

⁷⁷ Posner R. A. *Economic Analysis of Law*. 2nd ed. P. 143, n. 2; 399–403; Landes W. M., Posner R. A. *The Private Enforcement of Law* // *Journal of Legal Studies*. 1975. Vol. 4. P. 1, 30–36.

⁷⁸ Posner R. A. *Economic Analysis of Law*. 2nd ed. P. 189–191.

достаток в готовых наличных деньгах, а те, кто не может даже заработать на минимальный достойный уровень жизни, — учитываются, только если они являются частью сервисной функции кого-то, кто богат. В строгом применении критерия максимизации благосостояния (за некоторыми исключениями, которые мы обсудим позже) отсутствует общественная обязанность помогать неимущим. Этот вывод, может показаться, приписывает чрезмерное значение конкретному размеру человеческих способностей индивида. Если ему случилось родиться недалеким, и его чистый социальный продукт отрицателен, он не имел бы никакого права на средства поддержки, хотя нет ничего постыдного в неспособности содержать себя. Этот факт играет на современных чувствах, но я не вижу способа избавиться от него, который был бы совместим с любой из главных этических систем. Представление Ролза и других о том, что генетический дар человека является своего рода несчастным случаем, лишенным морального значения, несовместимо с кантианскими понятиями индивидуальности, из которой выводима эта точка зрения. Одинаковое отношение к изобретателю и идиоту — настолько, насколько затрагивается их моральное право распоряжаться ценными ресурсами, — действительно не делает различия между людьми⁷⁹. С этим связано то, что любая политика перераспределения ослабляет автономию тех, за счет кого осуществляется перераспределение.

Если говорить о статусе нерожденных, то критический вопрос с точки зрения максимизации благосостояния состоит в том, как далеко каждый готов распространить понятие гипотетических рынков. Можно посчитать, хотя и довольно грубо, может ли дополнительное население себя прокормить. Дополнительное население могло бы уменьшить благосостояние переполненного общества, но значительно увеличить таковое в малонаселенной стране с хорошими природными ресурсами.

Предполагая, что надлежащий вопрос состоит в том, превышает ли социальный продукт дополнительного населения его социальные издержки, а не в том, будет ли остальная часть населения более богатой, я, может показаться, неявно решаю пограничный вопрос в пользу включения дополнительного населения в население, благосостояние которого мы заинтересованы увеличить. Однако эти формулировки фактически эквивалентны. Производительные люди дают обществу больше, чем они получают от него⁸⁰.

⁷⁹ См. текст, относящийся к прим. 53 выше.

⁸⁰ См. рис. 1 ниже. D, спрос на труд (на некоторый тип труда), представляет график цен, которыми рабочие (или другие производители) могли оперировать для различного количества их труда. Если есть конкуренция среди рабочих, продукция их труда стремится к пункту q на рис. 1, где маргинальный продукт их труда — то, что покупатели заплатят на конкурентоспособном пределе, — просто равен цене поставки (S), представляя альтернативные издержки времени рабочих и других вложений (образование и т. д.). Таким образом, прямоугольник pq представляет совокупный доход рабочей силы, в то время как более крупная область ABq0 представляет полный социальный продукт их работы. Различие — форма «потребительского излишка», о котором см.: *Hicks J. R. The*

Следовательно, пока дополнительное население будет производительным, существующее население извлечет выгоду.

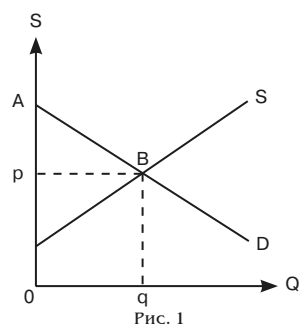
Что касается иностранцев, политика, сочетающая свободную иммиграцию с отсутствием общественной поддержки иммигрантов, гарантирует, что будет происходить только максимизирующая благосостояние иммиграция. Никто не будет иммигрировать, если он ожидает доход ниже своих затрат на поддержание жизни. Поскольку (отложим в сторону ошибку) его доход поэтому будет меньшим, чем его полный социальный продукт, он принесет остальной части населения больше, чем получит от них в виде товаров и услуг.

Таким образом, нет никакого реального конфликта между средним и общим количеством в системе максимизации благосостояния. Среднее благосостояние существующего населения должно увеличиваться в результате иммиграции, пока любые потенциальные отрицательные внешние эффекты иммиграции полностью поглощаются иммигрантами. И конфликты между увеличением благосостояния страны и мира также будут редки, потому что большинство торговых ограничений причиняет вред обеим сторонам.

Проблема измерения, так сильно подрывающая утилитаризм, легко решается, если область критерия максимизации благосостояния ограничена фактическими рынками, которые лишены серьезных проблем монополии или экстерналий: любая добровольная сделка, происходящая на таком рынке, должна увеличить благосостояние общества. Это суждение не является принципом Парето в смысле, обсуждавшемся ранее, т. е. как принцип полезности, но является, по существу, тавтологическим принципом максимизации благосостояния. Однако добровольность — слишком строгое условие для наложения на критерий максимизации благосостояния, и как только его область расширяется, чтобы включать гипотетические рынки, возникает проблема измерения. Но это менее серьезная проблема, чем измерение размеров счастья. Например, право врача, который осматривает жертву несчастного случая, находящуюся в бессознательном состоянии, на получение нормальной платы основано на разумном предположении, что если бы пациент мог провести переговоры с врачом для такого обслуживания по такой цене, он бы согласился с испрошенной

Rehabilitation of Consumer Surplus // Readings in Welfare Economics (American Economic Association) / ed. by K. J. Arrow, T. Scitovsky. 1969. P. 325.

Диаграмма преувеличивает размер излишка, так как часть его могла бы представлять возвращение поставщикам вложений, от которых зависела производительность рабочих. Однако обычно предполагается, что производители в конкурентной экономике неспособны удержать всю ценность их продукта. Даже владелец патента может получать прибыль от своего изобретения только первые 17 лет. И даже во время этого периода он не может получить весь потребительский излишек от изобретения, если только он не способен к абсолютной ценовой дискриминации — а это невозможно.



платой. Даже Эпштейн, который с большим подозрением относится к попыткам права моделировать решения для рынка, в таком случае оплатил бы врачу его услуги⁸¹. Намного легче предсказать рыночные предпочтения людей в областях, где свободный рынок не работает, чем предположить, какая политика максимизирует субъективное счастье.

Опасности инструментализма проявляются также менее остро в системе максимизации благосостояния, чем в утилитарной системе. Максимизатор благосостояния рассматривает возможность правового принуждения в намного более ограниченной области, чем утилитарист. Единственное основание для вмешательства в экономическую и личную свободу в подходе максимизации благосостояния — это крах рынка, который так серьезен, что благосостояние общества может быть увеличено общественным принуждением, а оно дорогостояще само по себе. Хотя экономисты расходятся во мнениях относительно вопросов о том, в каких ситуациях рынки не работают эффективно или насколько дорого обойдется исправление таких неудач, по крайней мере, это вопросы эмпирические, а не ценностные. Некоторые либертарианцы беспокоятся о том, что экономист будет эксплуатировать проблемы измерения, происходящие от использования гипотетического критерия рынка, чтобы, оправдываясь достижением эффективности, заставить людей нести различные обязанности. Но, повторюсь, наложение обязанностей допустимо с экономической точки зрения только в исключительном случае, где затраты препятствуют рыночной сделке. Эпштейн неправ в своем предположении о том, что принцип максимизации благосостояния повлек бы за собой принуждение врача поехать через всю Индию, если бы он был единственным, кто мог спасти некоего человека⁸². Это не будет случаем высоких операционных издержек. Если человек может заплатить хирургу, хирург поедет к нему, чтобы его вылечить, если нет — хирург максимизирует социальное благосостояние, оставаясь дома.

Как видно из этого примера, экономический подход менее дружелюбен к распределению, чем подход утилитаристский. Многие утилитаристы, стоит напомнить, выводят цель выравнивания доходов из комбинации принципа уменьшения предельной полезности денежного дохода и предположения, что функции человеческой полезности в значительной степени одинаковы (или, по крайней мере, не положительно связаны с благосостоянием). Большинство экономистов принимает принцип уменьшения предельной полезности дохода как теоретически вероятное и опытным путем поддержанное описание предпочтительной функции человека; но, по крайней мере, как экономисты, обеспокоенные максимизацией благосостояния, они не могут ничего сказать об относительной высоте утили-

⁸¹ *Epstein R. A. A Theory of Strict Liability. P. 203; Landes W. M., Posner R. A. Salvors, Finders, Good Samaritans and Other Rescuers. An Economic Study of Law and Altruism. P. 84, n. 3, 109–110.*

⁸² *Epstein R. A. A Theory of Strict Liability. P. 199; Landes W. M., Posner R. A. Salvors, Finders, Good Samaritans and Other Rescuers. An Economic Study of Law and Altruism. P. 126–27.*

тарных человеческих функций. В системе максимизации благосостояния то, что у А есть бóльшая способность к наслаждению данной суммой денег, чем у В, не предоставляет никакого основания для того, чтобы забрать деньги у В и передать их А. Передача могла бы увеличить счастье общества, но это не увеличит его благосостояние.

Однако вывод о том, что любой вынужденный трансфертный платеж непроизводителен, стоит пояснить в двух отношениях. Во-первых, некоторые, хотя по-видимому скромные, усилия в достижении более равного распределения дохода и благосостояния могут быть экономически оправданными, поскольку такое распределение может уменьшить уровень и, следовательно, затраты преступления, одновременно увеличивая альтернативные издержки преступника (т. е. его упущенный доход от законной деятельности) и, менее вероятно, уменьшая потенциальные доходы от преступления⁸³. Во-вторых, поскольку люди по своей натуре альтруистичны и, следовательно, готовы передать часть своего дохода тем, кому хуже, чем им, то аспекты общественного блага благотворительности (т. е. то, что облегчение бедности принесет пользу тому, кто не жертвует, но обеспокоен бедностью) могут оправдать общественное вмешательство. Даже это основание для перераспределения явно более ограничено, чем основания, доступные утилитаристу: немного людей столь человеколюбивы, что они хотят дойти до точки, где нет никого беднее их самих⁸⁴.

Теперь я обращаюсь к вопросу, может ли экономический подход, как и утилитаристский, приносить плоды, резко несовместимые с нашими общими моральными интуициями. Я полагаю, что нет. «Утилитарному монстру»⁸⁵ нет места в системе этики, основанной на максимизации благосостояния. Тот факт, что я мог бы получить так много удовольствия из мучения людей, чтобы превзойти их страдания в исчислении счастья, не сделает меня хорошим человеком и не даст мне права подвергнуть пыткам людей. Я должен был бы купить согласие своих жертв, и эти покупки скоро бы исчерпали благосостояние всех, кроме самых богатых садистов.

Критики рыночной системы склонны думать скорее о возможностях, созданных благосостоянием, чем об ограничениях, которые система рынка возлагает на осуществление отдельного желания. В бескомпромиссной утилитарной системе никакое ограничение бюджета не сможет ограничить утилитарного монстра. Но в системе максимизации благосостояния его действия ограничены пределами его состояния и его жертвы защищены системой прав, которая вынуждает монстра заплатить его жертвам ту компенсацию, которую они сами определяют.

⁸³ Экономическая модель преступления, которое производит эти последствия, разработана в: *Ehrlich I. Participation in Illegitimate Activities: An Economic Analysis // Essays in the Economics of Crime and Punishment / eds. G. S. Becker, W. M. Landes. 1974. P. 68.* — Конечно, будет ли перераспределение доходов эффективным методом борьбы с преступностью, зависит от его затрат и преимуществ относительно таких альтернативных методов, как более серьезное или неизбежное наказание.

⁸⁴ *Harberger A. Basic Needs Versus Distributional Weights in Social Cost-Benefit Analysis* (неопубликованная работа, Университет Чикаго, экономический факультет).

⁸⁵ Термин, взятый у Нозика: *Nozick R. Anarchy, State, and Utopia. P. 41.*

Вопрос зависти далее иллюстрирует моральные различия между максимизацией благосостояния и утилитаризмом. В обществе, где зависть широко распространена и сильна, для достижения максимального счастья от правительства потребовалось бы принятие решительной политики уравнивания доходов, даже притом что последняя повлияла бы на уменьшение общего благосостояния общества. Однако в обществе максимизации благосостояния зависть не служит причиной для общественного вмешательства, поскольку нет никакого основания утверждать, что перераспределение благосостояния в пользу завистливых было бы необходимо для предотвращения обвала рынка.

Большая разница между утилитарной и экономической моралью, а также источник «чужовщины» первой состоит в том, что утилитарист, несмотря на его явное беспокойство о социальном обеспечении, должен логически приписать стоимость всем видам асоциального поведения, таким как зависть и садизм, потому что это общие источники личного удовлетворения и, следовательно, полезности. Напротив, законно полученное благосостояние появляется только в процессе создания вещей для других людей — в предложении выгодного обмена. Человек может быть абсолютно эгоистичным, но в хорошо регламентированной рыночной экономике он не сможет продвигать свой личный интерес, не принося пользу другим и себе. Поскольку (чтобы повторить еще раз центральную мысль этой работы) социальный продукт производительного человека в рыночной экономике превышает его доход, такой человек не может способствовать созданию большего количества благосостояния, чем он получает от общества⁸⁶. В преследовании эгоистического интереса в утилитарном обществе такого ограничения нет.

Здесь интересно отметить, что в литературном аспекте английской мысли XIX в., которая находилась во власти утилитаризма, торжествовал идеал безделья — побега от «торговли» к благородному безделью деревенской жизни эсквайра. Эти явно противоположные тенденции в мысли того периода объединены озабоченностью поиском счастья — поиском, в котором не должна фигурировать производительная деятельность. Человек, который ведет созерцательную уединенную сельскую жизнь, может быть более счастливым, чем промышленный магнат, но он также произведет меньший прирост благосостояния для пользы остальной части общества.

Кантианец не может быть убежден в том, что гонка за благосостоянием ни в коем случае не приведет к чудовищности. Он, вероятно, захочет исправить пример Смарта с овцами⁸⁷ следующим образом: предположим 100 тыс. овец в совокупности стоят больше, чем любая покупательная сила денег, которая может обоснованно быть приписана ребенку. Разве экономист не должен расценивать водителя как хорошего человека или, по крайней мере, неплохого человека, когда он решает пожертвовать ребенком? Мой ответ — «да», и тот же самый ответ дается все время в нашем

⁸⁶ Этим можно объяснить, почему лень — неодобряемая черта в нашем обществе. Ленивый человек заменяет отдыхом, который не может дать никакого потребительской выгоды для остального общества, работу, которая может ее дать.

⁸⁷ См. текст, относящийся к прим. 38 выше.

(и любом) обществе. Опасные действия регулярно разрешаются на основе суждения, что затраты на предотвращение опасности превышают затраты жертв. Только фанатик отказывается обменивать жизнь на собственность, хотя трудность оценки стоимости человеческой жизни является серьезным основанием для придания ей большего веса на чаше весов перед частной собственностью.

В качестве дальнейших доказательств того, что моральная система, основанная на экономических принципах, совместима с нашими повседневными моральными интуициями (и может структурировать их), рассмотрим близкое соответствие между: 1) концепцией обычной небрежности; 2) определением небрежности в деликтном праве; 3) понятием небрежности у экономистов, как это объяснено Джоном Брауном, и др.⁸⁸ Небрежность означает создание не оправданного затратами — расточительного или уменьшающего благосостояние — риска происшествия. Обычный человек четко отличает происшествие из-за небрежности, как и судья, применяющий норму о небрежности, и экономист, отделяющий его от «неизбежного несчастного случая», который не мог быть предотвращен меньшими затратами, чем ожидаемыми от происшествия. Это важное моральное различие размыто в юриспруденции таких кантианцев, как Ричард Эпштейн и Джордж Флетчер, которые полагают, что *prima facie* ответственность за небрежный и неизбежный вред должна быть той же самой⁸⁹.

Другая форма моральной чудовищности, которая вытекает из принесения индивида в жертву совокупным интересам, является потенциальной проблемой как в экономическом, так и в утилитарном подходе. Примером может служить успешный иск из причинения вреда против владельца кирпичного завода, потому что непредвиденные изменения в характеристике района после постройки завода привели к неоптимальному землепользованию. Конечно, это слабый пример принужденного перераспределения, и вероятность требования действительно чудовищной жертвы от индивида в пользу групповых интересов намного меньше в системе максимизации благосостояния, чем в утилитарной системе. В частности, то, что Дворкин назвал «внешними предпочтениями»⁹⁰ — отвращение к группе, не основанное на некотором осязаемом вторжении (шум, загрязнение или что-либо другое), — будет в редких случаях (если вообще будет) обеспечивать основания для общественного вмешательства в систему максимизации благосостояния. Если бы нацистская Германия хотела избавиться от евреев, в системе максимизации благосостояния она должна была бы выкупить их. И тут было бы не больше экономической основы для принуждения, чем есть в контексте обычного (т. е. низких операционных издержек) принудительного отчуждения частной собственности⁹¹.

⁸⁸ *Brown J. P. Toward an Economic Theory of Liability // Journal of Legal Studies. 1973. Vol. 2. P. 323.*

⁸⁹ *Epstein R. A. A Theory of Strict Liability; Fletcher G. P. Fairness and Utility in Tort Theory // Harvard Law Review. 1972. January. P. 537.*

⁹⁰ *Dworkin R. Taking Rights Seriously. P. 232–238, 275–277.*

⁹¹ О том, почему экономист рассматривает принудительное отчуждение имущества как не имеющее оправдания в большинстве случаев и ограничил бы его использование

Я обеспокоен, однако, возможностью распространения логики дел из причинения вреда похоронным бюро (*funeral-parlor nuisance*) на евреев, чернокожих или другие расовые, религиозные и этнические меньшинства. Если похоронное бюро может повлиять на стоимость земли, потому что люди, живущие около него, расстраиваются напоминанием о смерти, аналогично присутствие евреев или черных в районе может настолько расстроить их соседей, что приведет к большему снижению стоимости земли, чем члены меньшинства будут готовы заплатить, чтобы остаться в районе. При этих обстоятельствах некоторая форма сегрегации служила бы увеличению благосостояния. Однако маловероятно, чтобы остракизм, изгнание или сегрегация производительной группы способствовали максимизации благосостояния в обществе.

Другой случай, вызывающий беспокойство, — негативные экстерналии из-за населения, упоминавшиеся ранее. В обществе, где соотношение людей к ресурсам было настолько высоко, что ожидаемые социальные издержки дополнительного населения превышают ожидаемый продукт, возникают доводы в пользу того, чтобы насильственно ограничить уровень рождаемости, — доводы, зависящие, конечно, от затрат на проведение такой политики по определению несовершенными инструментами правительства. Хотя экономист предпочтет введение на строго экономических основаниях налогов на рождение детей полному запрещению рождаемости вне некоторой фиксированной семейной квоты, можно представить случаи, где оптимальный налог был бы для многих непреодолим. Это было бы тем более вероятно, если бы оптимальное население было меньшим, чем существующее; таким образом, простое ограничение уровня рождаемости до уровня замещения не было бы достаточным для максимизации благосостояния общества.

Другие области, в которых использование максимизации благосостояния в качестве этического критерия, вероятно, приведет к результатам, противоречащим общему моральному восприятию, включают: 1) упрямость экономиста в обеспечении свободы договора в ситуациях, свободных от мошенничества, экстерналий, ограничения правоспособности, монополии или других источников краха рынка; 2) его безразличие (как экономиста) к эгалитарным ценностям.

(1) С точки зрения максимизации благосостояния, если А, например с целью обеспечения своей семьи (хотя причина не важна), продает себя в рабство к В, или если С занимает деньги у D с условием уплаты штрафа в виде возможности для D переломать ноги С в случае неплатежа, нет никакой экономической основы для отказа в принудительном исполнении любого из этих контрактов, если, конечно, при заключении контракта не было совершено мошенничества или принуждения. И при этом экономист не счел бы обещание в каждом случае столь иррациональным, чтобы создать неопровержимую презумпцию того, что оно было дано с помощью мошен-

сервитутами, но в любом случае настаивал бы на компенсации, см.: *Posner R. A. Economic Analysis of Law. 2nd ed. P. 40–44.*

ничества или принуждения, искажено безумием или иной недееспособностью⁹². Или, например, если некий белый категорически отказывается связываться с чернокожими, потому что его предшествующий опыт заставил его сформировать неблагоприятное впечатление от темнокожего населения в целом и для него издержки индивидуального подхода к ним превышают ожидаемые преимущества, то нет никаких оснований в экономической теории критиковать его поведение — оно увеличивает благосостояние⁹³.

(2) Часто говорится, что вопросы эффективности или благосостояния не могут быть отделены от вопросов распределения, потому что эффективное распределение ресурсов является отчасти функциональной зависимостью от того, что люди имеют, — поменяйте их права и вы измените оптимальное распределение. Но этот способ нахождения взаимоотношений между размещением и распределением вводит в заблуждение. Как было показано ранее, система прав или правомочий может быть выведена из цели самой максимизации благосостояния. Как только эти права (на тело, труд и т. д.) установлены, они будут продаваться, арендоваться или обмениваться, чтобы принести доход их владельцам. В целом более богатыми окажутся те, кто производит продукт с более высокой маржой в силу их ума, упорного труда, удачливости или по какой-либо другой причине. В системе, в которой сама цель состоит в максимизации благосостояния общества, распределение благосостояния, которое следует из оплаты людей в (грубой) пропорции к их вкладу в благо, не является произвольным. Ключевой момент, однако, заключается в том, что конкретное распределение благосостояния — просто побочный продукт распределения прав, которое само по себе происходит из принципа максимизации благосостояния. Справедливое распределение благосостояния не постулируется.

Справедливость этой премиальной системы также не подрывает тот факт, что некоторые люди живут за счет унаследованного благосостояния и не делают личного вклада в увеличение благосостояния общества. Трата унаследованного благосостояния представляет просто задержку части потребления за рамками целой жизни наследодателя. Хотя, безусловно, если наследники будут работать, а также тратить свое наследство, то общество будет более богатым.

Таким образом, нам не нравится безработный ленивый наследник не потому, что он паразитирует, это не так, а потому, что он не производит дополнительное благо для нас.

Последний пункт раскрывает важный, если даже не неожиданный редистрибутивный аспект максимизации благосостояния. Поскольку люди не получают свой социальный продукт полностью, в действительности некоторая часть (часто бóльшая) блага, которое они производят, «налогооблагается» потребителями. В целом чем больше благосостояния производит

⁹² Note on Paternalism // *Economics of Contract Law* / eds. A. T. Kronman, R. A. Posner. 1978. P. 253.

⁹³ Это так называемая статистическая теория дискриминации. См., напр.: *Phelps E. S. The Statistical Theory of Racism and Sexism* // *American Economic Review*. 1972. Vol. 62. P. 659.

человек, тем выше «налог» он платит (в абсолютных, не относительных величинах).

Заключение

Мораль, которую я вывел из максимизации благосостояния, напоминает то, что Адам Смит назвал системой «естественной свободы», и то, что студент Смита называл «капиталистической концепцией справедливости»⁹⁴. Этому взгляду, конечно, сразу был брошен вызов редистрибутивными и патерналистскими теориями. Это не мораль утилитаризма, который, как было упомянуто, обладает сильным редистрибутивным и иногда патерналистским привкусом. Хотя отсутствие патерналистских и редистрибутивных элементов не делает максимизацию благосостояния этически чудовищной доктриной, для Нозика и Эпштейна должно быть понятно, что кантианство также не должно воплощать собой редистрибутивную или патерналистскую политику.

Принцип максимизации благосостояния с изящной простотой комбинирует конкурирующие импульсы нашей моральной природы. Система, которую я обрисовал, с помощью прав собственности, фактических и гипотетических рынков предоставляет основу и кров и частным правам, и существенному процветанию, от которого в современном мире зависит счастье большинства людей. Поскольку человек не может процветать в рыночной экономике, не понимая потребностей и желаний других и не обращаясь к ним, и поскольку развитие альтруизма способствует эффективной работе рынков, рыночная экономика, отрегулированная в соответствии с принципом максимизации благосостояния, также способствует соперечиванию и добросердечию, все же не разрушая индивидуальность.

Приложение

Это приложение исследует экономический подход к этическим проблемам немного глубже посредством некоторых конкретных примеров, выбранных из современных проблем юриспруденции. Я взял в качестве примера: 1) смертную казнь; 2) право на частную жизнь; 3) распространение рыночного регулирования на усыновление и оборот человеческих органов; 4) природу свободы. Этими примерами, очевидно, не исчерпывается область интересных этических проблем в праве, и при этом я не ставлю себе цель рассмотреть их исчерпывающим образом (все они были рассмотрены подробно в других работах).

А. Смертная казнь

Для экономиста наказание является методом установления платы за привлечение в нерыночную деятельность с целью уменьшения уровня этой деятельности до такого, который мог бы быть обеспечен эффективным рынком. Экономический

⁹⁴ *Devine D. J.* Adam Smith and the Problem of Justice in Capitalist Society. P. 408. — Самыми видными современными представителями «капиталистической концепции справедливости» являются Ф. А. Хайек (см. особенно его *Law, Legislation, and Liberty* (1970)) и Милтон Фридман (см. его *Capitalism and Freedom* (1962)).

вопрос относительно смертной казни состоит в том, приближается ли общество с ее применением к оптимальному уровню и стоимости преступной деятельности. Ответ зависит от того, превышает ли выгода от смертной казни, выражающаяся в сокращении ущерба от преступления, затраты на ее назначение. Соответствующие затраты следующие: 1) цена преступлений, которые смертная казнь предотвратила бы по сравнению с более умеренным наказанием; 2) затраты на смертную казнь преступника относительно затрат на более умеренное наказание; 3) затраты на смертную казнь (снова относительно затрат на более умеренное наказание) случайному невинному человеку, который осужден за преступление, наказуемое смертной казнью; 4) затраты на управление наказанием (которые могут быть выше или ниже, чем таковые для альтернативного наказания — в то время как больше ресурсов тратится в судебных процессах, где возможно более серьезное наказание, исполнение наказания существенно дешевле, чем тюремное заключение).

Измерение этих затрат, конечно, непростой вопрос. В частности, должны быть разрешены две проблемы. Первая состоит в оценке сдерживающего эффекта смертной казни, вторая — в оценке стоимости жизни (как жертв преступлений, совершение которых могло бы быть предотвращено применением смертной казни, так и казнимых преступников). В первом случае проблема является сложной, но вполне разрешимой эмпирическим путем. Исследования Айзека Эрлиха доказали, что смертная казнь имеет значительный сдерживающий эффект⁹⁵, и несмотря на то что эти исследования имеют противоречивый характер⁹⁶, в конечном счете некий консенсус должен появиться. Вторая проблема может приятно игнорироваться, ограничивая применение смертной казни только за убийство. В таком случае, если смертная казнь — более эффективное средство устрашения, чем некоторое более умеренное наказание, есть человеческие потери с обеих сторон баланса, и мы должны только полагать, что жизни жертв в среднем столь же ценны, сколь жизнь убийцы, чтобы прийти к заключению, что смертная казнь приводит к существенным преимуществам. Мы не должны вычислять ценность каждой жизни, вовлеченной в процесс, но мы все еще должны сравнивать преимущества с дополнительными административными расходами (если таковые имеются) на смертную казнь и окупаемыми затратами на невинных людей, наказанных в случае (очень редком) судебной ошибки.

В. Право на неприкосновенность частной жизни

Люди часто хотят скрыть компрометирующие или нелюбимые факты о себе — уголовное дело, историю психического заболевания, эксцентричность и т. д. До какой степени право должно помогать им при этом, создавая нормы на неприкосновенность частной жизни? В деле *Melvin v. Reid*⁹⁷ женщина, которая была проституткой, обвиняемой в убийстве (в дальнейшем оправдана), переехала в другой город, взяла себе другое имя, вышла замуж и жила образцовой жизнью. Спустя семь лет после оправдания газета опубликовала статью о ее прежней жизни. Женщина предъявила иск и получила право на возмещение убытков. Может ли

⁹⁵ Ehrlich I. 1) The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death // American Economic Review. 1975. Vol. 65. P. 397; 2) Capital Punishment and Deterrence; Some Further Thoughts and Additional Evidence // Journal of Political Economy. 1977. Vol. 85. P. 741.

⁹⁶ См. ссылки в: Ehrlich I., Mark R. Fear of Deterrence: A Critical Evaluation of the "Report of the Panel on Research on Deterrent and Incapacitative Effects" // Journal of Legal Studies. 1977. Vol. 6. P. 293.

⁹⁷ 112 Cal. App. 285, 297 P.91 (1931).

право на неприкосновенность частной жизни такого рода проистекать из принципа максимизации благосостояния? Я полагаю, что нет⁹⁸.

Экономист предполагает, что сокрытие человеком информации о себе объясняется желанием побудить других участвовать в личных или социальных сделках, выгодных для него. Таким образом, это похоже на укрывательство существенной информации продавцом товаров и услуг. Так же как мошенничество на явных экономических рынках — источник высоких транзакционных издержек и препятствие для эффективного функционирования этих рынков, мошенничество в личных отношениях (включая занятость и другие деловые отношения, в которых участвуют люди) уменьшает эффективность занятости, брака и прочих (не всегда явных) экономических рынков. На утверждение, что в случае с бывшей проституткой люди, которые обнаружат правду о ее прошлом,отреагируют на это чрезмерно и абсурдно, экономист скажет, что люди в среднем придают соответствующий вес компрометирующей информации, обесценивая ее там, где она несвежая, ненадежная или не важная, и сравнивают ее с относительно благоприятной информацией о человеке.

Из этого не следует, однако, что экономист одобряет прослушку и прочие методы навязчивого наблюдения — и это если не считать политических возражений (которые сами имеют экономическое обоснование) на такое наблюдение, когда оно проводится с санкции правительства. Навязчивое наблюдение вообще расточительно в этом, оно побуждает людей вкладывать капитал в дорогостоящие меры самозащиты, так что в итоге о человеке становится известно мало, а ресурсы потрачены впустую в попытке узнать о нем и его усилиях помешать наблюдению. Особенно важное соображение состоит в том, что если бы межличностное общение человека было общественным достоянием, оно стало бы неестественным, эзоповым и редким, приведя к потенциально огромным социальным издержкам и к небольшой полезной информации для согласования.

Таким образом, существует экономическое право на частную жизнь. Оно менее экспансивно, чем хотели бы видеть самые горячие защитники частной жизни, но его существование свидетельствует о возможности экономического анализа обеспечить основание для заветных личных прав, а также для свободы профессионального выбора и других специфических «экономических» прав.

С. Расширение рынка на детей и человеческие органы

Я отметил ранее, что одной из самых важных областей, где экономике не удается создавать моральные понятия, совместимые с современной моралью, является свобода контракта. Экономист не признаёт ограничений этой свободы, кроме таких, как недееспособность, мошенничества, принуждения, монополии и экстерналии. Следовательно он отвергает законодательное ограничение ростовщичества, современную экспансивную концепцию незаконных сделок и запрет на штрафные санкции в контракте. Равным образом он отклоняет другие ограничения на свободу контракта, которые настолько вписаны в обычную мораль, что попытка подвергнуть их сомнению должна вызвать насмешку. Я приведу в качестве примера два договорных запрета, которые несовместимы с максимизацией благосостояния, относящихся соответственно к усыновлению и к продаже живущими людьми человеческих органов, таких как почки.

В Соединенных Штатах сегодня имеется острая нехватка детей на усыновление. Классические признаки дефицита налицо: длинные очереди из пар, ожидающих целых семь лет ребенка, и процветающий черный рынок с ценами около

⁹⁸ Эти взгляды разработаны в моей статье “*The Right of Privacy*”. См. также мою работу: *Posner R. A. Privacy, Secrecy, and Reputation // Buffalo Law Review. 1979. Vol. 28. P. 1.*

40 тыс. долларов, как недавно было сообщено⁹⁹. Классическая причина дефицита также имеется: цена, как баланс спроса и предложения, установлена на уровне далеко ниже необходимого. (В сущности, цена ограничена затратами на обслуживание естественной матери и медицинскими расходами для беременности, которые обычно не превышают 2 тыс. долларов.) Если бы детский рынок мог легально работать, цена упала бы ниже уровня черного рынка (хотя была бы выше, чем контролируемая цена), предложение увеличилось, и общество стало бы богаче. Противники легализации продажи детей привели серию экономических аргументов, коснувшись мошенничества, принуждения и экстерналий (например, психологическое влияние на ребенка от его продажи), но эти аргументы слабые и неубедительные¹⁰⁰.

Для экономиста, использующего максимизацию благосостояния как свой нормативный принцип, этим и заканчивается анализ: довольно эффективный детский рынок вполне реален и более чем предпочтителен по сравнению с существующей системой, которая объединяет нерыночное регулирование и предложение на черном рынке. Есть те, кто полагает, что разрешение торговли детьми имело бы глубоко нежелательные эффекты, было бы способно поощрить евгеническое размножение, которое может преобразовать характер человеческого рода и увеличить расовую враждебность (поскольку нет никакой нехватки темнокожих младенцев для усыновления, но есть нехватка белых, следовательно, темнокожие стоили бы меньше). Эти возражения не имеют веса для того, кто верит в принцип максимизации благосостояния. Он не может найти безнравственность в идее детского рынка, когда мораль выводится из самого экономического принципа.

Есть также острая нехватка человеческих органов, в особенности почек¹⁰¹. Для людей, страдающих от серьезной болезни почек, пересадка почки — лучшая альтернатива искусственной почке, требующей намного больших временных и денежных затрат, а также связанной с физическими страданиями. Доступность почек для трансплантации, однако, сильно подорвана тем, что свободный рынок почек находится под запретом. Сейчас для здорового человека владение двумя почками приводит к только незначительной выгоде — это страховка от болезни, которая разрушила бы одну почку, но не обе, потому что единственная почка может сделать работу точно так же, как и две, и удаление почки — это операция с низким риском. Следовательно, можно предсказать, что, если бы свободному рынку почек разрешили работать, некоторые здоровые люди продали бы одну из своих почек. Часть населения, готового участвовать в такой сделке по рыночной цене, вероятно, была бы маленькой, и цена высокой; тем не менее предложение почек для пересадки существенно увеличилось бы по сравнению с текущим уровнем. Продажи почек были бы максимизированы в плане благосостояния, поскольку, будучи добровольными, они не могли бы произойти иначе. Вероятно, большинство продавцов было бы относительно бедными людьми, но они, конечно, стали ли бы более богатыми после продажи.

Как с детским рынком, экономические возражения могут быть основаны на мошенничестве, ошибке и т. д., но эти возражения бледнеют по сравнению с преимуществами, которые принесет такой рынок. Также можно возразить еще глубже,

⁹⁹ Мои рассуждения о черном рынке детей основаны на: *Posner R. A. Economic Analysis of Law*. 2nd ed. P. 113–116; а также на: *Landes E. M., Posner R. A. The Economics of the Baby Shortage // Journal of Legal Studies*. 1978. Vol. 7. P. 323.

¹⁰⁰ См. ссылки в прим. 99 выше.

¹⁰¹ Факт, на котором основана данная дискуссия, взят из: *Needleman L. 1) Valuing Other People's Lives // Manchester School Economics & Social Studies*. 1976. Vol. 44. P. 309, особенно 310, п. 6; 2) *Note, the Sale of Human Body Parts // Michigan Law Review*. 1974. Vol. 72. P. 1182, 1216–1220.

отметив возможное отрицательное воздействие на благотворительное или альтруистическое пожертвование почек¹⁰²; но так как подобное пожертвование случается редко за пределами ситуаций с близкими родственниками, которые, вероятно, были бы не затронуты существованием почечного рынка, это возражение также не выдерживает критики¹⁰³. Следовательно, разрешение рыночного подхода при трансплантации почек привело бы к увеличению благосостояния и стало бы благом.

D. Свобода как благосостояние

Я говорил ранее, что заветные личные свободы могут быть выведены из принципа максимизации благосостояния. Впрочем, когда я приводил пример частной жизни, я, возможно, одинаково использовал свободу слова, которая в экономическом анализе опирается на аналогию «рынка в идеях» рынкам в (других) товарах¹⁰⁴.

Отдельный вопрос состоит в том, является ли свобода, как считали такие утилитаристы, как Джон Стюарт Милль, чем-то большим, нежели формой благосостояния. Профессор Стиглер в интересной недавней работе отвечает «нет»¹⁰⁵, и я думаю, что он прав с точки зрения максимизации благосостояния. Свобода в анализе Стиглера — просто размер набора индивидуальных возможностей. По Стиглеру, у среднего современного русского есть больше свободы, чем у его предков XIX в., не потому, что его гражданские свободы или даже его экономические привилегии больше, но потому, что его доход выше, и это дает ему больший набор возможностей, чем имели его предки. Таким образом, в его анализе нет никакого различия между свободой человека, который юридически свободно может поехать за границу, но испытывает недостаток в средствах сделать это, и человеком, который имеет средства, но ограничен в путешествиях государственным принуждением. Теперь может быть (а может и не быть) доказано опытным путем, что некоторые политические привилегии более ценны в строгом экономическом смысле, чем некоторые или все экономические свободы; затраты на минимальную заработную плату могли бы быть терпимыми с точки зрения благосостояния, если бы было необходимо предотвратить появление диктатуры, которая уменьшила бы национальное благосостояние еще больше. Но принцип максимизации благосостояния не предоставляет основания для отказа от обмена свободы на процветание, оба оценены в строго экономических терминах. Он не ставит политические права выше экономических прав. Он, насколько я попытался объяснить, — всесторонний и унитарный критерий прав и обязанностей.

References

- Ackerman B. A. *Private Property and the Constitution*. 1977.
Altruism, Morality, and Economic Theory, ed. E. S. Phelps. 1975.
Ames J. B. Law and Morals. *Harvard Law Review*. 1908, vol. 22.

¹⁰² Cp.: Landes W. M., Posner R. A. Salvors, Finders, Good Samaritans and Other Rescuers. *An Economic Study of Law and Altruism*. P. 124.

¹⁰³ Кроме того, Нидлман обнаружил, что даже у родителей уровень отказа от пожертвования почек своим детям составляет 90 % или более (*Needleman L. Valuing Other People's Lives*. P. 338).

¹⁰⁴ Coase R. The Market for Goods and the Market for Ideas // *American Economy Review*. 1974. Vol. 64. P. 384 (Papers & Proceedings); Posner R. A. *Economic Analysis of Law*. 2nd ed. P. 541–551.

¹⁰⁵ Stigler G. J. Wealth, and Possibly Liberty // *Journal of Legal Studies*. 1978. Vol. 7. P. 213.

- Baker C. E. The Ideology of the Economic Analysis of Law. *Philosophy & Public Affairs*. 1975, vol. 5.
- Bentham J. *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. 1789.
- Bentham J. Principles of Penal Law. *Works of Jeremy Bentham*, ed. J. Bowring. 1843, vol. 1.
- Bentham J. The Philosophy of Economic Science. *Jeremy Bentham's Economic Writings*, ed. W. Stark. 1952, vol. 1.
- Brown J. P. Toward an Economic Theory of Liability. *Journal of Legal Studies*, 1973, vol. 2.
- Buchanan J. M. The Justice of Natural Liberty. *Journal of Legal Studies*, 1976, vol. 5.
- Coase R. H. Adam Smith's View of Man. *Journal Law & Economics*, 1976, vol. 19.
- Coase R. The Market for Goods and the Market for Ideas. *American Economy Review*, 1974, vol. 64.
- Crier J. E., Schwartz G. T. Book Review, Talking About Taking. *Yale Law Journal*, 1978, vol. 87.
- Devine D. J. Adam Smith and the Problem of Justice in Capitalist Society. *Journal of Legal Studies*, 1977, vol. 6.
- Donagan A. Is There a Credible Form of Utilitarianism? *Contemporary Utilitarianism*, ed. M. D. Bayles. 1968.
- Dworkin R. Seven Critics. *Garvard Law Review*, 1976–1977, vol. 11.
- Dworkin R. *Taking Rights Seriously*, 1977.
- Easterlin R. A. Does Economic Growth Improve the Human Lot? Some Economic Evidence. *Nations and Households in Economic Growth: Essays in Honor of Moses Abramovitz*, eds. P. A. David, M. W. Reder. 1974.
- Easterlin R. A. Does Money Buy Happiness? *Public Interest*, N 30. Winter 1973.
- Economics of Contract Law*, eds. A. T. Kronman, R. A. Posner. 1978.
- Ehrlich I. Capital Punishment and Deterrence; Some Further Thoughts and Additional Evidence. *Journal of Politic Economy*, 1977, vol. 85.
- Ehrlich I. Participation in Illegitimate Activities: An Economic Analysis. *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, eds. G. S. Becker, W. M. Landes. 1974.
- Ehrlich I. The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death. *American Economic Review*, 1975, vol. 65.
- Ehrlich I., Mark R. Fear of Deterrence: A Critical Evaluation of the "Report of the Panel on Research on Deterrent and Incapacitative Effects". *Journal of Legal Studies*, 1977, vol. 6.
- Epstein R. A. A Theory of Strict Liability. *Journal of Legal Studies*, 1973, vol. 2.
- Epstein R. A. Book Review: The Next Generation of Legal Scholarship? *Stanford Law Review*, 1978, vol. 30.
- Epstein R. A. Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints. *Journal of Legal Studies*, 1979, vol. 8.
- Fletcher G. P. Fairness and Utility in Tort Theory. *Harvard Law Review*, 1972. January.
- Fried Ch. *An Anatomy of Values: Problems of Personal and Social Choice*. 1970.
- Fried Ch. *Right and Wrong*. 1978.
- Fuller L. L. Consideration and Form. *Columbia Law Review*, 1941, vol. 41.
- Greenawalt K. Policy, Rights, and Judicial Decision. *Garvard Law Review*, 1977, vol. 11.
- Harsanyi J. C. Cardinal Utility in Welfare Economics and in the Theory of Risk-Taking. *Journal of Political Economy*, 1953, vol. 61.
- Harsanyi J. C. Morality and the Theory of Rational Behavior. *Social Research*, 1977, vol. 44.

- Hart H. L. A. American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream. *Garvard Law Review*, 1977, vol. 11.
- Hart H. M., Sacks A. *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*. 1958.
- Hayek F. A. *Law, Legislation, and Liberty*. 1976, vol. 2. P. 17–23.
- Hicks J. R. The Rehabilitation of Consumer Surplus, *Readings in Welfare Economics (American Economic Association)*, ed. by K. J. Arrow, T. Scitovsky. 1969. P. 325.
- Hodson J. D. Nozick, Libertatianizm, and Rights. *Arizona Law Review*, 1977, vol. 19.
- Holmes O. W. The Path of the Law, Holmes O. W. *Collected Legal Papers*. 1920.
- Kennedy D. Form and Substance in Private Law Adjudication. *Harvard Law Review*, 1976, vol. 89.
- Knight F. H. *The Ethics of Competition, and Other Essays*. 1935.
- Kronman A. T. Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts. *Journal of Legal Studies*, 1978, vol. 7.
- Landes E. M., Posner R. A. The Economics of the Baby Shortage. *Journal of Legal Studies*, 1978, vol. 7.
- Landes W. M., Posner R. A. Salvors, Finders, Good Samaritans and Other Rescuers. An Economic Study of Law and Altruism. *Journal of Legal Studies*, 1978, vol. 7.
- Landes W. M., Posner R. A. The Private Enforcement of Law. *Journal of Legal Studies*, 1975, vol. 4.
- Lerner A. P. *The Economics of Control*. 1944.
- Little I. M. P. *Critique of Welfare Economics*. 2nd ed. 1957.
- Markets and Morals*, eds. G. Dworkin, G. Bermant, P. G. Brown. 1977.
- Michelman F. I. Norms and Normativity in the Economic Theory of Law. *Minnesota Law Review*, 1978, vol. 62.
- Needleman L. Note, the Sale of Human Body Parts. *Michigan Law Review*, 1974, vol. 72.
- Needleman L. Valuing Other People's Lives. *Manchester School Economics & Social Studies*, 1976, vol. 44.
- Nozick R. *Anarchy, State, and Utopia*. 1974.
- Packer H. L. *The Limits of the Criminal Sanction*. 1968.
- Phelps E. S. The Statistical Theory of Racism and Sexism. *American Economic Review*, 1972, vol. 62.
- Pigou A. C. *The Economics of Welfare*. 4th ed. 1962.
- Plamenatz J. *The English Utilitarians*. 1958.
- Posner R. A. Blackstone and Bentham. *Journal Law & Economics*, 1976, vol. 1, no. 9.
- Posner R. A. *Economic Analysis of Law*. 1st ed. 1973.
- Posner R. A. *Economic Analysis of Law*. 2nd ed. 1977.
- Posner R. A. Privacy, Secrecy, and Reputation. *Buffalo Law Review*, 1979, vol. 28.
- Posner R. A. The Right of Privacy. *Garvard Law Review*, 1978, vol. 12.
- Pound R. The Economic Interpretation and the Law of Torts. *Harvard Law Review*, 1940, vol. 53.
- Priest G. L. Breach and Remedy for the Tender of Nonconforming Goods under the Uniform Commercial Code: An Economic Approach. *Harvard Law Review*, 1978, vol. 91.
- Rawls J. *A Theory of Justice*. 1971. P. 27.
- Readings in Welfare Economics (American Economic Association)*, ed. by K. J. Arrow, T. Scitovsky. 1969.
- Sartorius R. E. *Individual Conduct and Social Norms: A Utilitarian Account of Social Union and the Rule of Law*. 1975.
- Sidgwick H. *The Methods of Ethics*. 7th ed. 1907.

УТИЛИТАРИЗМ, ЭКОНОМИКА И ТЕОРИЯ ПРАВА
ПОЗНЕР Р. А.

- Smart J. J. C. An Outline of a System of Utilitarian Ethics, Smart J. J. C., Williams B. *Utilitarianism For and Against*. 1967.
- Smith A. *The Theory of Moral Sentiments*, ed. E. G. West. 1969.
- Stephen J. *A General View of the Criminal Law of England*. 1890.
- Stephen L. *The English Utilitarians*. 1900.
- Stigler G. J. Wealth, and Possibly Liberty. *Journal of Legal Studies*, 1978, vol. 7.
- Terry H. T. Negligence. *Harvard Law Review*, 1915, vol. 29.
- Tribe L. H. Ways Not to Think About. Plastic Trees: New Foundations For Environmental Law. *Yale Law Journal*, 1974, vol. 83.
- Waldner I. The Empirical Meaningfulness of Interpersonal Utility Comparisons. *Journal of Philosophy*, 1972, vol. 4.
- Wellington H. H. Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication. *Yale Law Journal*, 1973, vol. 83.
- Williams B. A Critique of Utilitarianism. Smart J. J. C., Williams B. *Utilitarianism For and Against*. 1967.
- Wolff R. P. Robert Nuzick's Derivation of the Minimal State. *Arizona Law Review*, 1977, vol. 19.